



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, dos (2) febrero de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO: 70-001-33-33-005-2014-00144-01
DEMANDANTE: JUAN CARLOS GÓMEZ PUENTES
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió acceder a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

El señor **JUAN CARLOS GÓMEZ PUENTES** por conducto de apoderado judicial formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que **(i) se *declare la nulidad*** del acto ficto derivado del silencio de la administración, mediante el cual se negaron acreencias laborales reclamadas por el demandante en petición del 11 de mayo de 2011.

¹ Fol. 1-6 C. Ppal.

Como consecuencia de la nulidad, a título de restablecimiento del derecho, **pretende se condene al Municipio de Buenavista** a : i) pagar el auxilio de cesantías correspondientes a los años 1997 a 2005; ii) al pago de la sanción moratoria contenida en el artículo 99, numeral 3 de la Ley 50 de 1990, en concordancia con la Ley 344 de 1996, por no consignar de manera oportuna las cesantías correspondientes a los años 1997 a 2005; iii) pagar los intereses de cesantías del 12% anual a que hace referencia el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** expuso que:

El señor JUAN CARLOS GOMEZ PUENTES fue vinculado desde el 21 de marzo de 1997 en el cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 009, hasta la fecha y se afilió al fondo de cesantías PORVENIR S.A. en el año 2005, con la finalidad de que le fueran consignadas las cesantías desde la fecha de vinculación a la entidad y las que se causaren en las vigencias siguientes.

El demandante desde la fecha de vinculación inicial el año 2005, no se encontraba afiliado a ningún fondo de cesantías público no privado y solo hasta el año 2005 fue afiliado a PORVENIR S.A., comprometiéndose la entidad demandada a cancelar al fondo de cesantías la totalidad de las sumas adeudadas.

El MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA tenía la obligación legal de efectuar las cotizaciones al Fondo de Cesantías en que se encontraba afiliado el actor (PORVENIR S.A.) en su condición de empleado público del nivel asistencial, durante las vigencias fiscales subsiguientes a la afiliación, es decir, en el caso que nos ocupa a más tardar el 15 de febrero de 2006, generándose de esta manera una sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo por la no consignación oportuna de las cesantías tal y como lo señala el inciso 3° del artículo 99 de la ley 50 de 1990.

De la misma manera se ha causado a favor del demandante los intereses legales del 12% anual a que hace referencia el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto la demandada tenía la obligación de cancelar esta obligación a 31 de diciembre de cada año fiscal, sin que esta obligación se cumpliera durante el vínculo laboral.

El 19 de mayo de 2001 el demandante mediante apoderado inició actuación administrativa, donde solicitaba los mismos derechos que se reclaman, sin recibir respuesta hasta la presentación de esta demanda, configurándose de esta manera un acto administrativo ficto o presunto por haber operado el silencio administrativo negativo.

Al actor no le fueron consignadas a PORVENIR S.A. las cesantías del periodo comprendido de 21 de marzo de 1997 fecha en que fue vinculado al 31 de diciembre de 2006, teniendo en cuenta que las cesantías correspondientes a la vigencia fiscal 2005 no fue consignada el 15 de febrero de 2006, y la correspondiente a la vigencia fiscal 2006 fue consignada en forma extemporánea el 28 de febrero de 2007 y la correspondiente a la vigencia fiscal de 2009 fue consignada en forma extemporánea el 24 de junio de 2010, tal y como se demuestra con la certificación que se anexa a la demanda, además tampoco se han pagado estos conceptos prestacionales los intereses moratorias a que hace referencia el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Al demandante le asiste el derecho a la consignación de las cesantías adeudadas en los periodos aquí señalados y como consecuencia el reconocimiento de la sanción moratoria a que hace referencia el numeral 3 de la ley 50 de 1990, por la consignación oportuna de las cesantías

Como **NORMAS VIOLADAS** en la demanda se señalaron los artículos 1, 2, 6, 29, 48, 53, 83, 95, 122 de la Constitución Nacional, Ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996, Decretos 1042 y 1045 de 1978 y el Decreto 1919 de 2002.

Como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** se argumentó que la entidad nominadora no cumplió con la obligación legal de consignar las cesantías y los intereses en los periodos señalados en el ordenamiento jurídico.

Al estar el demandante afiliado al Fondo de Cesantías PORVENIR desde el año 2005, se demuestra que el régimen aplicable durante este periodo era el contenido en la Ley 50 de 1990 y por ende tendría derecho al reconocimiento de las obligaciones que con la demanda se solicitan. Concluye señalando que el pago de la sanción moratoria no ha prescrito porque la vinculación laboral está vigente.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, fundamentándose en para que opere la sanción de la Ley 50 de 1990 y Ley 344 de 1996 se hacía necesario que el empleado dirija comunicación al empleador indicándole que las cesantías causadas antes de afiliarse voluntariamente se las consignen en un fondo, nos bastando que se afiliara en el año 2005 cambiando de régimen.

Señaló asimismo que para que se paguen parcialmente las cesantías debe se requiere un procedimiento previo que no cumplió el demandante, porque no aparece solicitud alguna dirigida a la alcaldía municipal solicitando el pago de las cesantías parciales, confundiendo y mezclando los sistemas de operatividad de las cesantías, solicitando presunta sanción moratoria que ni se aplica no se viabiliza.

1.3 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA³.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo en sentencia del 24 de junio de 2016, como problema jurídico planteó, que este consistía en establecer si había lugar a declarar la nulidad del acto acusado y determinar si al demandante le asistía derecho a recibir el valor

² Folios 38-46

³ Fols. 80- 89

de la sanción moratoria que trata la Ley 50 de 1990, por el pago tardío de las cesantías correspondientes a los años 1997 a 2005.

Luego de reseñar las normas que regulan el auxilio de cesantías y la sanción moratoria, estableció que por la fecha de vinculación al municipio demandado, esto es, 21 de marzo de 1997, al actor le era aplicable el régimen de liquidación anualizado de cesantías, razón por la cual, la entidad tenía la obligación de consignar los valores anuales causados por cesantías en un fondo privado administrador de cesantías, por los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005, lo cual no ocurrió, por lo que es viable la cancelación de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º de la Ley 50 de 1990, sin que pueda considerarse como un hecho que exonere a la entidad demandada, que el actor no estuviese afiliado ningún fondo.

En ese orden, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y condenó al Municipio de San Juan de Betulia a reconocer y pagar al actor la sanción moratoria causada por la no consignación de las cesantías correspondientes a los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005. Negó las demás pretensiones de la demanda. Asimismo, señaló que al estar la relación laboral vigente no había lugar a declarar la prescripción de la sanción moratoria reclamada y por último condenó en costas a la parte demandada.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN⁴

La parte demandada inconforme con la sentencia de primera instancia específicamente con la condena por sanción moratoria, formuló recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la decisión. En pro de lo anterior, expresó que se inobservó por el juez de instancia que había operado el fenómeno de la prescripción trienal frente al reclamo de la sanción moratoria, pues los derechos pretendidos derivan de los años 1997 a 2005 y la demanda fue presentada el 17 de febrero de 2014. Dijo que una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años

⁴ Folios 95-98.

para reclamarlo directamente a la administración y posteriormente en sede judicial, el solo hecho de reclamar ante la administración, interrumpe el lapso por otro periodo igual, lo que significa que inicia nuevamente al contarse los tres años

Expresó además que el actor no reclamó retiro de cesantías parciales a la Administración conforme lo exige la Ley 1071 de 2006, por lo que la sentencia se basó en hecho que no contiene dicha Ley, agregando que las exigencias legales para que opere la sanción moratoria exigen que el empleado le dirija una comunicación al empleador solicitando la consignación de las cesantías causada, no bastando que desde el año 2005, decidiera cambiar de régimen apoyándose en lo sucesivo a un fondo (*sic*).

Concluyó manifestado que el demandante nunca agotó vía gubernativa, solicitando a la Administración municipal de San Juan de Betulia el reconocimiento y pago de las cesantías parciales para destinarlas a compra de vivienda, liberación de gravamen de inmueble, adelantar estudios, y el solo cambio de régimen del empleado no obligaba a la administración a tener que depositar sus cesantías al fondo privado.

1.5 TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA⁵.

El recurso de apelación presentado por la parte demandada se admitió el 23 de agosto de 2016 y por auto del 14 de septiembre de 2016 se dispuso correr traslado para alegar por escrito a las partes y al Ministerio Público para que presentara concepto si a bien lo tenía. Conforme a la nota Secretarial obrante a folio 18 del cuaderno de segunda instancia, las Partes no se formularon alegatos y el Ministerio Público no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y

⁵ Folios 1-18 cuaderno de segunda instancia.

Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se demandó la nulidad del acto administrativo ficto o presunto generado por el silencio administrativo con ocasión a la petición presentada por el actor el día 19 de mayo de 2011⁶, ante el Municipio de san Juan de Betulia, a través del cual se entiende le fue negado el pago del auxilio de cesantías de los años 1993 a 2005, la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 la no consignación de las cesantías por dichos años, así como el pago de los intereses del 12% anual sobre el valor de las cesantías

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con los reparos que de forma concreta y específica formuló la parte demandada en el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, y con ello concluir si la sentencia impugnada debe ser revocada o confirmada, debe establecer el Tribunal *¿si al actor en su condición de empleado público del orden territorial le asiste derecho al pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías correspondientes a los años 1997 a 2005, o si sobre las mismas ha operado la prescripción a pesar de que el vínculo laboral con la entidad territorial demandada se encuentra vigente?*

2.3.1. RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO. Tesis del tribunal.

Para el Tribunal, la exigibilidad de la sanción moratoria no inicia con la terminación de la relación laboral, sino desde el mismo momento en que el empleador público incumple la obligación de consignar los valores generados por auxilio de cesantías en los términos específicos del artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990.

En ese orden, el término de prescripción trienal de la sanción moratoria no se cuenta desde la terminación de la relación laboral pública, sino a

⁶ Folio 8.

partir de la exigibilidad del derecho, esto es 15 de febrero de cada anualidad, razón por la cual, la sentencia de primera instancia deberá ser revocada

Lo anterior, con fundamento en los siguientes argumentos:

2.3.1.1.- DEL AUXILIO DE CESANTÍAS Y LA PROCEDENCIA DE LA SANCIÓN MORATORIA POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS CONSAGRADA EN EL NUMERAL 3° DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990 PARA LOS EMPLEADOS DEL ORDEN TERRITORIAL.

El auxilio de cesantías desde su consagración como derecho prestacional de los empleados, sin considerar si son públicos o de sector privado fue concebida bajo la idea que el trabajador cesante, esto es, quien ha dejado de laborar cualquiera sea la causa⁷, tenga como solventar sus necesidades básicas, hoy diríamos mínimo vital, en caso de desempleo. Esto es, no es un seguro de desempleo, pero si fue considerada como un remplazo o ahorro diferido del salario para efectos de la cesación de trabajo, mientras logra reingresar a la fuerza laboral⁸. Por tal razón, se ha considerado que la exigibilidad del derecho viene dada por la desvinculación laboral del empleado, esto es, por la terminación de la relación empleaticia.

En su regulación inicial, se le dio connotación indemnizatoria para luego pasar a prestación social⁹, que como un derecho que se causa por la

⁷ Excepto en los casos excepcionales de pérdida del derecho.

⁸ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia del 18 de enero de 1951, con ponencia del Consejero Baudilio Galán Rodríguez, actor: Julio C. Gaita; demandado: Caja Nacional de Previsión Social, señaló: "El objeto primordial de esa prestación era la de que el empleado u obrero pudieran atender a su subsistencia, al menos momentáneamente, mientras conseguía nueva ocupación. De ahí su nombre inicial auxilio de cesantía, que aún perdura, a través del completo cambio de legislación, y que resulta impropio y anacrónico, como se demostrará más adelante, en el curso de esta providencia. Fue la Ley 6ª de 1945, siguiendo el derrotero que ya había trazado el Decreto legislativo 2350 de 1944, la que estableció el derecho de cesantía, impropriamente llamado auxilio para los trabajadores oficiales, ya en forma general y constante. Como fácilmente puede comprenderse, estas disposiciones cambiaron sustancialmente la índole de la cesantía. Ya no se trataba del auxilio, gracia o indemnización que se consagraba para el personal trabajador de buena conducta como una defensa contra el despido injusto y como una sanción contra el patrono, sino como un derecho generador de un bien patrimonial, que se consolidaba en cabeza del trabajador por un lapso trienal de servicio, exigible a la terminación del contrato, cualquiera que fuere la causa de esa terminación, así el retiro voluntario, como la mala conducta, la enfermedad, etc."

⁹ A partir de la ley 65 de 1946.

prestación de servicios personales subordinados a razón de un mes de salario por cada año de servicio, y proporcional al tiempo de servicios, siendo liquidada con el último salario devengado y se paga a la terminación de la relación laboral¹⁰. A esta forma de liquidar el auxilio de cesantías se le ha denominado retroactivo o tradicional.

Al lado de dicha forma de liquidación, y decimos forma de liquidación porque el derecho es el mismo, en el año de 1990 con la ley 50 del mismo año, se introdujo el sistema anualizado, que consiste en liquidar a 31 de diciembre de cada año el valor de las cesantías causadas y consignarlas en un fondo administrador de cesantías a más tardar el 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que se liquide, pero sin afectar la naturaleza en que estaba inspirada la prestación social, esto es, servir de ayuda, apoyo o socorro monetario para cuando el trabajador se quede sin empleo.

Ahora bien, en el sector público territorial coexisten varios regímenes de liquidación de cesantías de los empleados públicos, cada uno de los cuales **se aplica de manera integral en virtud del principio de inescindibilidad**, así:

1.- Régimen de Cesantías con Retroactividad, que se rige por la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996. En este sistema no hay lugar al pago de intereses.

2.- Régimen Administrado por el Fondo Nacional de Ahorro, desarrollado en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998 que regula a los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo¹¹.

¹⁰ En el orden territorial, la cesantía continuó bajo los lineamientos de la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947 que contemplan su pago de manera retroactiva.

¹¹ Mediante el Decreto 3118 de 1968 "Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones" reorganizado por la Ley 432 de 1998, con el objetivo de administrar de manera eficiente las cesantías y contribuirá a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social, consagró en el artículo 27 y 49 la liquidación anual de las cesantías que se causen por los empleados públicos afiliados a este fondo, en los siguientes términos:

3.- Régimen de Liquidación de Cesantías por Anualidad, creado por la ley 50 de 1990, con la creación de los Fondos Administradores de cesantías y trajo consigo la liquidación anualizada del auxilio de cesantías, el pago de intereses del 12%, sobre el valor de las cesantías y la obligación en vigencia de la relación laboral de consignarlas hasta antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente en que se causen.

Este sistema de cesantías, trae la aplicación de una **sanción moratoria por falta o retardo en la consignación del auxilio de cesantías de los servidores en los fondos privados**, la cual se encuentra regulada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, así:

"Ley 50 de 1990, artículo 99: El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo".

"Artículo 27º.- Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

Artículo 49º.- Consignaciones anuales. La Nación, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado deberán consignar en el Fondo Nacional de Ahorro las cesantías que a partir del 1 de enero de 1969 se causen en favor de sus empleados y trabajadores.

Lo dispuesto en el inciso anterior se cumplirá de la siguiente manera:

- a. Mensualmente, las entidades en referencia deberán depositar en el Fondo una doceava parte del valor de los pagos en favor de su empleados y trabajadores por salarios y demás conceptos que se incluyan dentro de la base para liquidar al auxilio de cesantía, y
- b. Dentro de los primeros tres (3) meses de cada año, las referidas entidades depositarán en el Fondo la diferencia que resulte entre la liquidación de que trata el artículo 27 y las sumas depositadas en desarrollo del literal anterior; o tendrán derecho a que el Fondo les abone en cuenta el exceso de lo depositado sobre la liquidación."

La indemnización que en principio se estableció para los empleados del sector privado o particulares, se le amplió su radio acción al sector público con la expedición y entrada en vigencia del artículo 13 de la Ley 344 de 1996; norma que dispone:

"Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- a) *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
- b) *Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo."*

Disposición reglamentaria por el Decreto 1582 de 1998, en los siguientes términos:

"Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998."

A partir de este momento, se abre la posibilidad para que a los empleados públicos se les liquide a 31 de diciembre de cada año el valor generado por las cesantías y se les consigne en un fondo administrador de cesantías a más tardar el 14 de febrero de la anualidad siguiente a la que se causen, generándose en su favor, el pago de intereses de cesantías correspondientes al 12% anual y una sanción consistente en un día de salario por cada día de retardo, para el empleador que consigne las cesantías más allá del plazo de gracia concedido para el efecto. **De igual manera, la norma estableció de forma imperativa la aplicación inmediata de este sistema de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996, pero no opera de forma automática para quienes venían vinculados al servicio con anterioridad a dicha fecha.**

Debe señalarse igualmente que el Decreto 1582 de 1998, previó que los servidores públicos territoriales beneficiarios del régimen de liquidación retroactiva del auxilio de cesantías, esto es, los que venían laborando como servidores públicos antes del 31 de diciembre de 1996, en lo que interesa al presente proceso, podrían:

1. Acogerse al nuevo sistema de liquidación anual.
2. Manejar sus cesantías retroactivas a través de los fondos privados, sin perder su sistema de liquidación tradicional.

En el primer evento, el sometimiento al sistema de liquidación anual, involucra la aplicación de la sanción moratoria por retardo en la consignación de las cesantías, a razón de un día de salario, al tenor de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción que opera por el simple transcurso del tiempo, sin necesidad de establecer si existe o no mala fe del empleador público incumplido.

Se precisa que para quienes aplica el régimen anualizado de cesantías, la no manifestación del Fondo al que se debe hacer la consignación no exime de responsabilidad al empleador público frente al incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable por virtud, como se vio de la ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998.

En el segundo caso, simplemente opera un cambio de administración del dinero ahorrado por cesantías, pero sin perder la retroactividad y por ende no hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; conclusión que se extrae de lo señalado claramente en el artículo 2º del Decreto 1582 de 1998¹², el cual literalmente reza:

"Artículo 2º.- Las entidades administradoras de cesantías creadas por la Ley 50 de 1990 podrán administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial que se

¹² Los artículos 2 del Decreto 1252 de 2000 y 3 del Decreto 1019 de 2002, señalaron que a la fecha de entrada en vigencia de una y otra disposición estuvieran gozando del régimen de retroactividad de cesantías seguirían manteniendo el mismo.

encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad, es decir, de los vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996.

La afiliación de los servidores públicos territoriales a un fondo de cesantías en el evento previsto en el inciso anterior, se realizará en virtud de convenios suscritos entre los empleadores y los mencionados fondos, en los cuales se precisen claramente las obligaciones de las partes, incluyendo la periodicidad con que se harán los aportes por la entidad pública, y la responsabilidad de la misma por el mayor valor resultante de la retroactividad de las cesantías.

Parágrafo.- En el caso contemplado en el presente artículo, corresponderá a la entidad empleadora proceder a la liquidación parcial o definitiva de las cesantías, de lo cual informará a los respectivos fondos, con lo cual éstos pagarán a los afiliados, por cuenta de la entidad empleadora, con los recursos que tengan en su poder para tal efecto. Esto hecho será comunicado por la administradora a la entidad pública y ésta responderá por el mayor valor en razón del régimen de retroactividad si a ello hubiere lugar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996.

En el evento en que una vez pagadas las cesantías resultare un saldo a favor en el fondo de cesantía, el mismo será entregado a la entidad territorial”.

Así lo ha manifestado, el H. Consejo de Estado en providencia del 24 de julio de 2008, señalando al efecto:

"CESANTIAS DE SERVIDORES PUBLICOS DEL NIVEL TERRITORIAL - Normatividad aplicable / CESANTIAS DE SERVIDORES PUBLICOS DEL NIVEL TERRITORIAL - Regímenes de liquidación. El decreto 1582 de 1998 regula tres situaciones respecto del régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial: Primero, la de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que no es el caso de la actora pues esta ingresó a la administración distrital el 20 de febrero de 1979, a quienes se les dio la posibilidad de afiliarse a los fondos privados de cesantías y quedar gobernados por los artículos 99, 102 y 104 de la ley 50 de 1990 o afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro y regirse por el artículo 5º de la ley 432 de 1998 (artículo 1º). Segundo, la de los servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidieron acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, que tampoco es la situación de la demandante, pues no obra escrito suyo en el que expresamente renuncie a la retroactividad (artículo 3º). Tercero, la de los servidores públicos del nivel territorial cobijados por el sistema tradicional de retroactividad, esto

es, los vinculados antes de la expedición de la ley 344 de 1996, a quienes se les dio la opción de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, caso en el cual los aportes al mismo se realizan por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 60 de la Ley 432 de 1998; o de afiliarse a las entidades administradoras de cesantías creadas por la ley 50 de 1990, en orden a que estas "administren" en cuentas individuales los recursos para el pago de sus cesantías (artículos 1, parágrafo, y 2º). **Debe entenderse que quien se acoge a esta última opción no pierde el beneficio de la retroactividad; simplemente lo que opera es un cambio de administrador para el manejo de la prestación pues tal función deja de ser prestada por la entidad empleadora o el fondo público de cesantías para pasar a ser ejercida por un fondo privado**¹³ (negritas fuera del texto)

Por consiguiente, aquellos trabajadores beneficiarios de retroactividad, esto es los vinculados con anterioridad a la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, que decidan acogerse a liquidación anual, para que se les pueda aplicar el reconocimiento de la sanción moratoria, es menester la prueba irrestricta de la manifestación expresa de acogerse al régimen de liquidación anual de cesantías, esto es, no basta la simple afiliación o manejo de las cesantías por parte de un fondo privado, sino que es necesario que el servidor público cambie el régimen de cesantías, del retroactivo al anual, tal como lo ha señalado la Sección II Segunda Subsección B del Consejo de Estado en sentencia del 3 de diciembre de 2009:

"Esta instancia deberá centrar el estudio de la controversia a las razones de la impugnación, concretamente si para el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, es necesario que demuestre el peticionario, vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, haber manifestado a la entidad territorial su deseo de trasladarse del régimen retroactivo al régimen anualizado. En caso positivo, cuál el medio idóneo para probar tal manifestación", se concluyó: "Así las cosas, la respuesta al problema jurídico planteado es positiva, es decir que si se pretende reclamar la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías anuales, es necesario que se demuestre haber manifestado a la entidad el deseo de trasladarse al nuevo

¹³ Consejo de Estado Sección Segunda, en providencia del 24 de julio de 2008, expediente No. 25000-23-25-000-2001-00798-01(2471-04)

régimen de cesantías; y aunque de manera estricta no se puede catalogar de solemne la prueba, si es claro que el único medio idóneo es la comunicación que en este sentido debe necesariamente dirigir y radicar en la entidad el empleado, pues como quedó visto en el marco normativo, efectuada esta manifestación la administración tiene que proceder a liquidar y a consignar los valores correspondientes en el fondo privado que el empleado elija, o en su defecto el que la administración escoja”¹⁴.

Postura que se reafirma por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia 11 de febrero de 2016, al señalarse que la sanción moratoria no procede a los empleados públicos que sean beneficiarios régimen retroactivo de cesantía y además quien siendo de régimen retroactivo se afile a un fondo administrador privado de cesantías, ello no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado; porque para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado del servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es preciso que le manifieste expresamente a la administración dicha determinación, de no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos¹⁵.

En la misma línea de pensamiento, en sentencia del 19 de mayo de 2016, se expresó:

"Valga advertir que a pesar de la certificación previamente aludida, en que consta la afiliación de la demandante a Colfondos, en el expediente no obra prueba alguna de que hubiera informado a su empleador -municipio de Soledad- su interés en el traslado o cambio de régimen.

Al respecto, es necesario hacer énfasis en que de conformidad con lo previsto en el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, los servidores públicos vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996, cobijados por el régimen de retroactividad de cesantías, como el caso de la demandante, quien se vinculó a la administración municipal desde el año 1992, tenían la

¹⁴ Sentencia del 3 de diciembre de 2009, expediente No. 19001-23-31-000-2004-02143-01(2230-08). Sección II. C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Se puede consultar igualmente, sentencia del 11 de julio de 2013, Consejo de Estado, Sección II, expediente No. 70001233100020080012601(025912). Igualmente expediente No. 190012331000200402139 01 No. INTERNO 0110-09.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda Subsección A. Radicado No. 08001-23-31-000-2011-00752-01(1528-14). C. P. William Hernández Gómez.

posibilidad de cambiarse de régimen, pero ese cambio no operaba en forma automática por el solo hecho de la creación del régimen anualizado, sino que tenía que mediar la voluntad del empleado, para acogerse al mismo.

Y, esa decisión necesariamente debía ser puesta en conocimiento del empleador, pues era éste quien debía adelantar las gestiones encaminadas a liquidar los valores debidos con fundamento en el régimen de retroactividad y a partir de allí, empezar a realizar las liquidaciones anualizadas, en la forma y términos que dispuso la Ley 344 de 1996 y complementarias.

Sin embargo, y a pesar de la prueba de afiliación de la demandante al fondo privado Colfondos, no está demostrado que hubiera manifestado a su empleador la decisión de cambiar de régimen; por ende, no se puede afirmar que tal cambio se hubiera materializado, máxime cuando según lo certificó el Secretario de Talento Humano⁸ y como se señaló en el acto acusado, la demandante se encontraba inmersa en el régimen de retroactividad de cesantías y no se tuvo conocimiento de su traslado a otro régimen"¹⁶

Nuevamente se pronuncia el 16 de junio de 2016, el H. Consejo de Estado sobre el cambio de régimen de liquidación de cesantías y sus requisitos para que opere, determinando que el solo hecho de afiliarse a un fondo de cesantías privado no conlleva el cambio de régimen del retroactivo al anualizado. De forma conclusiva expuso entonces el Alto Tribunal:

"Así las cosas, y como quiera que el Decreto 1582 de 1998 prevé que el régimen contemplado en la Ley 344 de 1996, es para los servidores vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, y además que su aplicación para quienes se vinculãron con anterioridad a esta fecha solo opera para aquellos que decidan acogerse al mismo, debe precisarse que para el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado es necesario que el servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, manifieste expresamente a la administración dicha determinación⁵. De no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos.

En conclusión

¹⁶ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A, Radicado No. C-0001 23 31 000 2011 01152-01 (0761-15)

*Para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado, el servidor público de orden territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, debe manifestar expresamente a la administración su voluntad en ese sentido*¹⁷

La Corte Constitucional en sentencia C – 428 de 2004, sobre la posibilidad de aplicación del sistema anualizado a trabajadores cobijados por régimen de retroactividad, consideró:

*"...Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, **excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma.** Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia."*

Requisito que acorde a la Sentencia C- 859 de 2008 de la Corte Constitucional no puede entenderse como arbitrario ni caprichoso. Dijo entonces, la Corte haciendo referencia al artículo 114 de la ley 100 de 1993:

*"El requisito de la comunicación escrita para efectos del traslado de régimen de cesantías, no se revela como arbitrario o desproporcionado, pues, de una parte, no conlleva discriminación para quienes se acogen a la Ley 50 de 1990, dado que evidentemente su situación es distinta de quienes optan por trasladarse de régimen pensional; y de otra, tampoco implica desconocimiento del principio de buena fe, ya que debe presumirse que los trabajadores que manifiestan por ese medio su decisión de cambiar de régimen de cesantías, están actuando lealmente con su empleador y con la entidad administradora de esos recursos, y también lo hacen de manera libre, espontánea y sin presiones, ponderando las consecuencias patrimoniales de su decisión"*¹⁸.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A. Radicado 080012331000201100717 01 (4586-2015).

¹⁸ Igualmente dispone la decisión de constitucionalidad: "Bajo estas premisas resulta claro entonces que, contrariamente a la opinión del actor, el inciso segundo del artículo 114 de la Ley 100 de 1993

En consecuencia, el sólo hecho de la afiliación a un fondo administrador de cesantías, no constituye prueba del cambio de régimen, porque en caso que un servidor con sistema de liquidación tradicional se afilie a un fondo privado, lo que simplemente se presenta, tal como líneas antes se expuso, es un canje en la administración del dinero de las cesantías, más no de forma de liquidación, pues para ello, se requiere la prueba irrestricta de la petición de cambio de forma de liquidación¹⁹.

Así las cosas, quien siendo beneficiarios del régimen de liquidación tradicional de cesantías no manifieste su intención de cambiar de régimen de liquidación, no se encuentran amparados por la sanción moratoria traída por la Ley 50 de 1990 en artículo 99, extendida por la Ley 344 de 1996.

2.3.1.2. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES. SANCIÓN MORATORIA.

Las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, bien sean de carácter salarial o pensional, deben ser reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su causación, sino prescriben tales derechos. La institución es definida como una acción o efecto de *"adquirir un derecho real o extinguirse un*

no vulnera el principio de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales consagrado en el artículo 53 superior, toda vez que su contenido normativo nada dispone en relación con los efectos del tránsito legislativo en materia de cesantías operado en virtud de la Ley 50 de 1990, sino simplemente consagra un formalismo para efectos de hacer efectivo el derecho de optar por el nuevo régimen allí regulado, facultad que según se explicó fue hallada conforme con el actual ordenamiento superior por la Corte Suprema de Justicia cuando fungía como juez de la Carta.

Ese requisito para hacer efectivo el traslado de régimen de cesantías de los trabajadores que gozan de esa prerrogativa, consiste en: la comunicación escrita que el inciso primero de la referida norma exige a quienes se trasladan, por primera vez, del régimen pensional de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, siempre que sea rendida ante notario público o, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar.

Entonces es equivocado sostener, como lo hace el actor, que el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 autoriza la renuncia de derechos adquiridos, pues, se repite, sencillamente establece un requisito obligatorio para los trabajadores vinculados con los empleadores hasta el 31 de diciembre de 1990, que voluntariamente decidan trasladarse al régimen especial de cesantía previsto en la Ley 50 de 1990, consistente en la presentación de una comunicación rendida ante notario, cuyo único objetivo es hacer efectivo dicho traslado".

¹⁹ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 6 de septiembre de 1999, al respecto expuso: "... el cambio de régimen de cesantía únicamente supone la expresión escrita de la voluntad del trabajador recibida por el patrono y este acto, conforme a las reglas propias de las declaraciones de voluntad (C.C, artículo 1502), solo podría ser invalidado judicialmente si se demuestra que no reunió los supuestos generales relativos a la capacidad, al consentimiento libre de vicios y al objeto y la causa lícitos". Radicado No. N° 11909. Magistrado ponente: Dr. Francisco Escobar Henríquez

*derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley*²⁰ *o en otra acepción como "concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo".*

En pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia se ha señalado que la prescripción *"es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva de no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular"*.

Al respecto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968²¹, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969²², prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual"

Y ante la ausencia de norma que regule la figura de la prescripción frente a otros derechos laborales, bien sea salariales o de carácter pensional, se aplica por analogía el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establece:

"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán **desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.**

El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o una prestación debidamente determinado, interrumpirá la Prescripción pero solo por un lapso igual". (Texto original sin negrillas).

²⁰ Citado por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B"- sentencia del 9 de mayo de 2013. Expediente No. 08001233100020110017601- Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²¹ Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

²² Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-745 de 1999, al respecto expresó:

"En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades²³, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues "la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales".

En lo referente el momento en el cual se debe comenzar a contar el término de prescripción, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de noviembre 19 de 1999, expediente No. 15096 Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, ratifica lo anterior cuando señala:

*"... Hallándose definido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa que la dotación de vestido y calzado a los servidores estatales, ostenta el carácter de prestación social, en orden a definir la validez de la reclamación de esta prestación por parte del actor, se requiere precisar que salvo la consagración del fenómeno prescriptivo de la acción de reclamación de los derechos sociales, que se da cuando su satisfacción se requiere después de transcurrido tres años, **contados a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible**, en el ordenamiento jurídico ..." (Texto original sin negrillas) .*

Sobre la prescripción de la sanción moratoria, preciso es citar lo señalado en sentencia del 20 de octubre de 2014, se expuso:

"SANCION MORATORIA - Prescripción / PRESCRIPCION SANCION MORATORIA - Se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple el deber de consignar en la cuenta individual del trabajador / TERMINACION RELACION LABORAL - No incide para el pago el término de prescripción del

²³ Pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la sección segunda del Consejo de Estado del 28 de marzo de 1960, del 24 de febrero y julio 1 de 1961, del 21 de septiembre de 1982, del 2 de diciembre de 1982. Igualmente, la sentencia del 19 de noviembre de 1982 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

auxilio de cesantía / SANCION MORATORIA No condiciona la causación al pago efectivo de la prestación. Aunque la mora en la cual incurrió la Contraloría Distrital de Barranquilla empezó a correr desde los días 16 de febrero de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 y la misma cesó el 12 de mayo de 2010, la solicitud de pago de la referida sanción tan solo se cursó ante el mencionado órgano de control el 5 de noviembre de 2009, configurándose de forma parcial el fenómeno de prescripción del derecho. E numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que contiene la sanción moratoria solicitada, no condiciona la causación de tal derecho al pago efectivo de la prestación, ni mucho menos al retiro del empleado. Se insiste, la obligación de pago de la sanción moratoria no surge a partir de la cancelación efectiva de la cesantía ni de la terminación de la relación legal y reglamentaria, como parece entenderlo el apelante, sino que ella se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple con el deber de consignar el valor que corresponde en la cuenta individual del trabajador, a razón de un día de salario por cada día de retardo. Un entendimiento contrario conllevaría al absurdo de afirmar que el reclamo de la sanción moratoria dependería de la voluntad del empleador incumplido, pues solo sería viable formularlo una vez se ha pagado la cesantía o ha ocurrido el retiro del servicio del empleado. Por el contrario, la intención del Legislador al establecer dicha sanción fue justamente castigar la omisión o el retardo en el pago de la prestación²⁴

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, **en Sentencia de Unificación** del 25 de agosto de 2016, acogió el criterio anterior, señalando que efectivamente el término de la prescripción de las cesantías y de la sanción moratoria por no consignación de cesantías anualizadas, corren por separado, no dependiendo este último de la vigencia o no de la relación laboral pública, pues es autónoma y no está ligada al derecho principal y se puede reclamar de forma independiente, sino de la fecha en que se configura el incumplimiento de la obligación que genera la sanción²⁵; siendo la norma aplicable el artículo 151 del C. P. L y de la S. S.

²⁴ Ver asimismo, sentencia del 19 de mayo de 2016, Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A. Expediente No. 08001-23-31-000-2011-00812-01(3855-14. C. P. Gabriel Valbuena Hernández.

²⁵ En esta providencia de unificación se arrojan las siguientes conclusiones por la Sala Plena de la Sección Segunda: **1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción; 2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral; 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora**

En punto de lo anterior, la Sentencia de Unificación, señaló:

"Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1²⁶ del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.

Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación

en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago; 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio; 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

²⁶ "Artículo 104º.- De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía..."

*de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente*²⁷

Así las cosas, el estado actual de la línea decisional de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado y por ende la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable²⁸, que la prestación social se debe pagar el 14 de febrero de cada año, a partir del día siguiente a que se cause el derecho, se empieza a causar la sanción moratoria y el trabajador debe solicitarle el pago a la administración de manera oportuna so pena de prescripción trienal de las sumas que no haya reclamado en el momento preciso.

En tal sentido, no es posible considerar que la prescripción de la sanción solo se contabiliza a partir de la terminación del vínculo laboral; argumento con el cual comulga esta Sala, amén del obedecimiento a dicha decisión de unificación como precedente judicial.

2.3.1.3. CASO EN CONCRETO

El reparo formulado a la sentencia de primera instancia, estriba en que declaró la nulidad parcial del acto administrativo demandado y se condenó como restablecimiento del derecho al pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de los años 1995 a 2005.

Inconforme con lo anterior, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, en el que solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en razón a la prescripción del derecho a la sanción moratoria, la ausencia de comunicación de escogencia del fondo privado y la ausencia de solicitud de liquidación parcial de cesantías.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SALA PLENA, Sentencia del 15 de agosto de 2016, Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C. P. Luis R. Vergara Q. Ver reiteración en sentencia del 12 de octubre de 2016, Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No. 08001233100020120009101 (18992014)

²⁸. Sentencia T- 292 de 2006. Citada por Manuel Fernando Quinche Toro, en su texto, "el precedente judicial y sus reglas". Página 38. Ediciones doctrina y ley.

2.3.1.3.1 ANALISIS DE LA SALA A PARTIR DE LO PROBADO.

De las pruebas aportadas al plenario se encuentra acreditado que el señor Juan Carlos Gómez Puentes, se vinculó a la administración municipal de San Juan de Betulia, según Decreto 010 del 21 de marzo de 1997²⁹ en el cargo de Técnico de Sistemas, tomando posesión del cargo ese mismo día, el cual se encuentra desempeñando hasta la fecha de presentación de la demanda, razón por la cual, su régimen de liquidación de cesantías es el anualizado, ya que ingresó la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996

En consecuencia, su auxilio de cesantías le debió ser liquidado anualmente y consignado antes del 15 de febrero del año siguiente, según lo contemplado en el art. 99 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1582 de 1998 que hizo extensivo esta regulación a nivel territorial. En el evento en que se incumpla con la obligación tal como se analizó en acápite anterior, se genera en su favor la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, la cual dicho sea de paso, es absolutamente diferente a la regulada para los casos de cesantías parciales³⁰, razón por la cual en primer lugar no prospera el reparo relativo a la ausencia de petición previa sobre pago de cesantías parciales, pues ello no es el objeto de la discusión.

Ahora, si lo que arguye el municipio demandado es que no se agotó la petición previa a la Administración sobre la sanción regulada por la Ley 50 de 1990, debe señalar la Sala que la simple lectura de la petición obrante a folios 14-17 del cuaderno de primera instancia y que dio lugar precisamente al acto ficto demandado, demuestra todo lo contrario, esto es, que el actor, realizó en debida forma la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la entidad territorial demandada.

De otra parte, debe precisar la Sala que para quienes sean beneficiarios del régimen de liquidación anualizada de cesantías y por ende se les

²⁹ Folio 12, 13 y 14. Decreto de nombramiento, acta de posesión y certificación laboral de fecha 20 de septiembre de 2011 expedida por la Jefe de Oficina con funciones de Jefe de Personal de la Alcaldía Municipal de San Juan de Betulia.

³⁰ Ley 1071 de 2006.

aplique la sanción moratoria por falta de consignación o retardo en la consignación, no es requisito para que esta última se genere que el empleado dirija comunicación alguna al empleador sobre el Fondo Privado en donde debe realizar el depósito, puesto que en caso de que ello, no se dé, el empleador público debe proceder a elegir directamente el Fondo Privado Administrador, consignar las cesantías e informar de dicha situación a su empleado, situación que es distinta a la que ocurre cuando se da el cambio de régimen de liquidación de cesantías del retroactivo al anualizado.

La sanción opera por el simple transcurso del tiempo, esto es, vencimiento del plazo para consignar, sin que sea necesario determinar si existió o no mala fe del empleador público incumplido, toda vez que el legislador no previó para su causación supuesto diferente a aquel, determinado en la ausencia de consignación dentro del plazo estipulado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 (14 de febrero) de los valores anualizados de cesantías causados a 31 de diciembre por parte del empleador³¹.

Ello, como quiera que la indemnización en estudio, se concibe como un instrumento persuasivo para evitar la evasión en la consignación de las cesantías dentro del régimen de liquidación anualizado, y asimismo como una sanción tarifada a cargo del empleador incumplido, y en favor del empleado para precaver los daños que se causan con la sola conducta de consignar con posterioridad al 14 de febrero.

En esa misma línea, la omisión por parte del empleado en manifestar la escogencia de fondo administrador de cesantías, no exime al empleador público del cumplimiento de la obligación, ya que deberán ser consignadas las cesantías en Fondo Privado que para el efecto será escogido por la entidad pública a falta de decisión del empleado oficial, como tampoco de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los

³¹ Se puede consultar, CONSEJO DE ESTADO, Sección II, Subsección A, sentencia del 26 de junio de 2008, radicación número: 76001-23-31-000-2005-03190-01(2057-07). C. P. Gustavo Gómez A.

empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998.

En ese orden, el reparo relativo a que el empleado no comunicó a la Administración Municipal de San Juan de Betulia el fondo administrador elegido para que le consignara el valor causado por auxilio de cesantías, no tiene injerencia alguna o puede ser tomada como causal eximente de la sanción moratoria, ya que dicha circunstancia no hace parte del hecho generador de la sanción moratoria³².

Vistas las cosas de esta forma, sería evidente el derecho del actor al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que reclamó en primer lugar en sede administrativa y ahora en vía judicial a través del presente medio de control, ante la voluntad presunta de la administración que surge de la ausencia de respuesta a la petición efectuada el 19 de mayo de 2011, máxime cuando el documento obrante a folio 66-67³³ da cuenta que la primera consignación de cesantías la realizó el municipio el 28 de febrero de 2007.

No obstante lo anterior, se reitera lo expuesto en líneas anteriores, esto es, que si bien un sector de esta jurisdicción consideraba que en asuntos como el presente no opera la prescripción del derecho a la sanción moratoria mientras el trabajador siga laborando lo cierto es que en vista de la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, citada ut supra, esta Sala se inclina y acoge la postura de considerar aplicable al asunto las previsiones del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969 y el artículo 151 del C. P del T y de la S. S., de modo que la prescripción se contabiliza desde la exigibilidad de la sanción moratoria, pudiendo interrumpirse dicho término por una sola vez.

³² FALTA DE ESCOGENCIA DE FONDO DE CESANTIAS - No exime a la administración de cumplir su obligación de consignar dentro del plazo legal / PAGO DE CESANTIAS - Falta de escogencia de fondo No exime a la administración de consignar dentro del plazo legal. Sanción moratoria. Consejo de Estado Sección Segunda, sentencia del 9 de diciembre de 2010, expediente No. número: 11001-03-15-000-2010-01271-00(AC). Igualmente, Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, C.P Víctor Hernando Alvarado Ardilla, sentencia de 5 de agosto de 2010. Rad. No08001-23-31-000-2008-00394-01(1521-09), entre otras. entre otras.

³³ Certificación expedida por PORVENIR S.A.

En el *sub examine*, el actor pretende el pago de la sanción moratoria generada por la ausencia de consignación de las cesantías de los años 1997 hasta el año 2005, petición que realizó a la Administración el día 19 de mayo de 2011, como lo reconoce en los hechos de la demanda (hecho sexto) y se demuestra con la documental que se aprecia a folios 8 al 11 del cuaderno de primera instancia.

Así las cosas, como quiera que el actor tenía tres años para reclamar la sanción generada, para la fecha en que reclamó a su empleador público, 19 de mayo de 2011, había operado plenamente la prescripción de la sanción moratoria preteridida.

En lo que respecta a la contabilización del término prescriptivo, contrario a lo señalado por el *A quo*, es necesario reiterar lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 (ya citada), en cuanto a que dicho fenómeno se contabiliza desde el momento mismo en que la obligación se hace exigible, esto es, desde que se configura la mora, que para el caso de las cesantías anualizadas corresponde al 15 de febrero del año siguiente, sin consideración a la vigencia de la relación laboral, pues la sanción moratoria se puede reclamar independientemente y no está atada al auxilio de cesantías.

La Corte Constitucional frente a la finalidad de la prescripción ha señalado en sentencia C- 198 de 1999, que ésta cumple funciones sociales y jurídicas invaluable, por cuanto contribuye a la seguridad jurídica y a la paz social, al fijar límites temporales para adelantar controversias y ejercer acciones judiciales.

2.4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y como quiera que el recurso de apelación prosperó, se condenara en costas en ambas instancias a la parte demandante y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación

correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

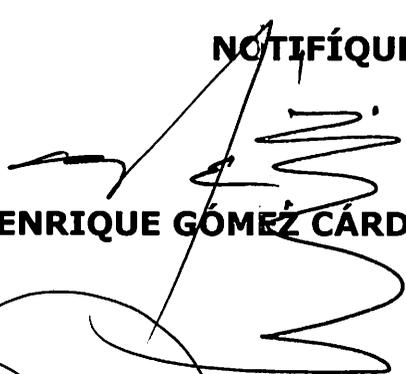
PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 24 de junio de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, niéguese las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas en ambas instancias a la parte demandante y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 14.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS


RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY


SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA