



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO: 70-001-33-33-009-2014-00044-01
DEMANDANTE: EVER MANUEL ORTEGA HERAZO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA-SUCRE.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 18 de mayo de 2016, por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

El señor **EVER MANUEL ORTEGA HERAZO** por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda, **SOLICITANDO**, la declaratoria de nulidad del acto Ficto o Presunto por haber operado el silencio Administrativo Negativo con ocasión a la petición presentada el 11 de mayo de 2011 ante el despacho del Alcalde del Municipio de San Juan de Betulia.

A título de Restablecimiento del Derecho que la entidad demandada- MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA, reconozca y cancele los siguientes conceptos:

¹ Fol. 1-6 C. Ppal.

- Que se reconozca y cancele las cesantías adeudadas correspondientes a las vigencias fiscales 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005.
- Que se reconozca y cancele la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo por la no consignación oportuna de las cesantías correspondientes a las vigencias fiscales 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, tal y como lo dispone el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, este derecho se adquiere desde el primer incumplimiento del deber legal y hasta que se verifique el pago total de la obligación o la consignación al fondo respectivo.
- Que se reconozca y cancele el interés legal del 12% anual a que hace referencia el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, desde la acusación del derecho, es decir desde la vigencia fiscal 1998 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

Asimismo, solicitó que las obligaciones reconocidas sean actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta la verificación del pago de las mismas.

Como **fundamentos fácticos de la demanda**, se expuso que:

El señor EVER MANUEL ORTEGA HERAZO fue vinculado al MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA- SUCRE, desde el 26 de octubre de 1998 en el cargo de Inspector Central, Código 303, Grado 018, hasta la fecha de la demanda.

El señor ORTEGA HERAZO se afilió al Fondo de Cesantías PORVENIR S.A. en el año 2005, con la finalidad que le fueran consignadas las cesantías desde la fecha de vinculación y las que se causaran en las vigencias siguientes.

El actor desde su fecha vinculación inicial hasta el año 2005 no se encontraba afiliado a fondo de cesantías.

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, a más tardar el 15 de febrero del año 2016, 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.

Se han causado los intereses legales del 12% anual a que hace referencia el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

El 11 de mayo de 2011, mediante apoderado inició actuación administrativa, donde solicitó el pago del referido derecho, 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.

Refiere que no ha operado la prescripción trienal, por cuanto el actor se encuentra vinculado a la entidad demandada en calidad de empleado público y esta desde la fecha de su vinculación laboral solo ha consignado las cesantías correspondientes a los periodos de 2006 a 2009.

Finalmente de lo anterior, se desprende que el actor no le fueron consignadas a PORVENIR S.A las cesantías del período comprendido del 26 de octubre de 1998 fecha en que fue vinculado, hasta el 31 de diciembre de 2006.

Como **normas violadas**, se señalaron los artículos 1, 2, 6, 25, 29, 48, 53, 83, 95, 122, 124 y 125, Ley 50 de 1990 y Ley 344 de 1996, Decreto 1042 de 1978, 1045 de 1978, 1919 de 2002.

En el **concepto de la violación**, la parte actora expresó que se transgredieron las disposiciones constitucionales y legales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ella contenida, teniendo en cuenta que la entidad nominadora no cumplió con la obligación legal que le asistía de consignar en forma oportuna las cesantías y los intereses en los periodos señalados en el ordenamiento jurídico, lo que hace a mi poderdante acreedor de unas obligaciones que se derivan de derechos prestacionales.

Indicó igualmente, que el demandante se encontraba afiliado al Fondo de cesantías PORVENIR S.A desde el año 2005, por ende está demostrado 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 pedidas, por haber desconocido la demanda las obligaciones que le correspondían de consignar oportunamente las cesantías y cancelarle los intereses moratorios en cada vigencia fiscal.

1.2. ACTUACION PROCESAL

- La demanda fue presentada el 17 de febrero de 2014 (Folio 1- 6 C. principal).
- Admisión de la demanda: 25 de marzo de 2014 (Folio 28 C. Principal).
- Notificación a las partes: 26 de marzo de 2014 (Folio 29 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 22 de julio de 2014 (Folio 41 -49 C. Principal).
- Audiencia inicial: 19 de marzo de 2015 (Folio 62 y 63 C. Principal).
- Audiencia de prueba: 04 de agosto de 2015 (Folio 108 -109 C. Principal).
- Sentencia: 18 de mayo de 2016 (Folio 114-120 C. Principal)
- Apelación de sentencia: 26 de octubre de 2016 (Folio 136- 143 C. Principal).
- Admisión del Recurso de Apelación: 06 de julio de 2017 (Folio 11 C. Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar: 14 de agosto de 2017 (Folio 16C. Apelación).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El municipio de San Juan de Betulia contestó la demanda, haciendo un análisis a los hechos planteados en la demanda, oponiéndose a las pretensiones del actor por carecer de sustento fáctico y jurídico, aduciendo que no están ajustadas a derecho.

En su defensa, afirmó que el municipio de no tenía obligación de consignar cesantías al fondo antes del año 2005 que fue cuando se afilio y que del año 2005 en adelante se ha venido consignando las mismas, agregando que la demanda pretende el pago de la sanción moratoria por la consignación de las cesantías desde el año 2005 en adelante y el memorial presentado al municipio que dio lugar al acto ficto demandado hace referencia al año 2005 hacia atrás.

Fundamenta su negativa, en que para resolver el conflicto objeto del presente proceso, el operador jurídico debe tener en cuenta las pruebas aportadas al expediente, para aplicación del artículo 174 del Código de procedimiento Civil, cuyas pruebas, dentro del presente asunto carecen de valor probatorio, por lo que la decisión de fondo debe ser la absolución de la demandada de todas y cada una de las pretensiones.

Por otro lado, cita y transcribe apartes normativos referentes a las cesantías y el régimen de liquidación aplicable a las mismas, realizando un paralelo entre el régimen anualizado y el régimen retroactivo. Finalmente, propone las excepciones de no agotamiento de vía gubernativa y carencia del acto administrativo.

1.4. LA SENTENCIA APELADA².

EL Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo denegó las pretensiones de la demanda. Como problema jurídico señaló que el mismo consistía en establecer si el actor tenía derecho al pago de las cesantías causadas entre el año 1988 y 2005, así como los interés del 12% anual y la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en dichos periodos.

Al efectuar el análisis del caso, expuso que teniendo en cuenta la fecha de vinculación laboral del actor, es decir, el 26 de octubre de 1998, infiere el Despacho que el señor EVER MANUEL ORTEGA HERAZO se encontraba cobijado por el régimen anualizado de liquidación de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990 y extensible a los servidores de orden territorial a partir de la Ley 344 de 1996.

² Folios 114-120 C. Ppal.

En cuanto a las cesantías solicitadas, es decir las generadas desde el año 1998 hasta 2005, estimó que dicha pretensión no prosperaba porque, si el demandante se encuentra laborando no puede reclamar el pago de las cesantías de manera totalizada, lo que sí podría es solicitar el pago parcial de las mismas y sólo en los casos permitidos por la Ley, de lo cual no hay constancia en el expediente.

Respecto a los Intereses Legales del 12% anual solicitados de acuerdo con lo establecido en el numeral 2° del artículo 99 de la Ley de 1990, se considera que al no haber sido pagados al actor (Fl . 76) efectivamente tendría derecho al pago de dichos intereses a cesantías correspondientes a los años 1998 a 2005, en dicha tasa porcentual, sin embargo, el mismo se encuentra prescrito según lo consagrado en el Decreto N° 3135 de 1968, teniendo en cuenta que sólo hasta el 19 de mayo de 2011 reclamó su reconocimiento y pago, esto es, cuando habían transcurrido más de tres (3) años desde la exigibilidad del derecho, por lo que se declaró la prescripción trienal del mismo.

En lo atinente a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en un fondo privado por los años 1998 a 2005, expresó que las mismas se encontraban prescritas, puesto que lo fueron reclamadas el 19 de mayo de 2011, cuando ya había transcurrido el término de 3 años desde su exigibilidad.

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN³.

La parte demandante inconforme con la sentencia de primera instancia, formuló recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia y se concedan las suplicas de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos.

Expresó que, quedó demostrado dentro del proceso que el demandante fue vinculado el 26 de octubre de 1998, teniendo la calidad de empleado público territorial, lo cual lo hace titular del régimen anualizado de las cesantías establecido en la Ley 50 de 1990.

³ Fls. 136-143 C. Ppal.

Igualmente, estaba probado la afiliación al Fondo de cesantías PORVENIR S.A en el año 2005 y para la fecha en que el demandante inició la actuación administrativa que da origen a este proceso judicial se encontraba activo como empleado público territorial, siendo vinculado al ente territorial con posterioridad a la entrada en vigencia del decreto 1582 de 1988.

Expuso, que en lo que respecta a la falta de afiliación del recurrente a un Fondo de cesantías o el incumplimiento de la obligación de afiliarse, citando decisión del Honorable Consejo de Estado, que la falta de escogencia del fondo de cesantías no exime a la administración de cumplir su obligación de consignar dentro del plazo legal las cesantías.

Refiere que, el operador jurídico de instancia señala frente a la solicitud de cesantías: *"(...) En cuanto a las cesantías solicitadas, es decir, las generadas desde el año 1998 hasta 2005, estima el Despacho que ésta pretensión no prosperará toda vez que, si el demandante se encuentra laborando no puede reclamar el pago de las cesantías de manera total, lo que sí podría es solicitar el pago parcial de las mismas y solo en los casos permitidos por la Ley, de lo cual no hay constancia en el expediente. (...)"*

Al respecto es pertinente señalar que el actor al iniciar la actuación Administrativa solicitó el reconocimiento de este derecho desde la fecha de vinculación a la entidad hasta la fecha de afiliación al fondo por parte de la entidad, sino que la misma se constituyó por haber operado un acto ficto o presunto por silencio administrativo negativo, es decir, que la entidad no adelantó ningún despliegue administrativo alguno para verificar si al peticionario le asistía o no el derecho o para que acreditara si cumplía o no con los requisitos mínimos para su reconocimiento, sin embargo pese a haberse edificado un acto administrativo arbitrario e irregular el fallador de primera instancia lo premia con una simple interpretación exegética.

Afirmó que el Tribunal Administrativo de Sucre en un caso parecido al del peticionario, mediante providencia fechada 31 de octubre de 2013, dentro del proceso de Radicación N° 2012-00053-00, actor: ALFONSO EMIRO REGINO LOBO, Accionado: IMDER, M.P: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY, accedió a las suplicas de la demanda, apoyado en lo cual, señaló que los derechos reclamados no se encontraban prescritos, pues el cómputo de la

prescripción de la sanción moratoria, solo inicia cuando se da la terminación del vínculo laboral.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

Las partes no presentaron alegatos de conclusión en esta instancia y el Delegado del 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 asunto, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011. No se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo de la Litis.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO. Se demandó el acto ficto generado por la ausencia de respuesta de la administración municipal de San Juan de Betulia, ante la petición formulada por el señor EVER MANUEL ORTEGA HERAZO el día 19 de mayo de 2011⁴.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en la reconstrucción de los antecedentes, debe entrar el Tribunal a dilucidar, *¿si le asiste al demandante el derecho al reconocimiento y pago directo de las cesantías correspondientes a los años 1998 a 2005, así como también los intereses de cesantías en dichos periodos y la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en dichos periodos?*

2.4. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

I. 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

⁴ Folios 8-11 cuaderno de primera instancia.

concebida bajo la idea que el trabajador cesante, esto es, quien ha dejado de laborar cualquiera sea la causa⁵, 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 laboral⁶. 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 social⁷, que como un derecho que se causa por la prestación de servicios personales subordinados a razón de un mes de salario por cada año de servicio, y proporcional al tiempo se servicios, siendo liquidada con el último salario devengado y se paga a la terminación de la relación laboral⁸. A esta forma de liquidar el auxilio de cesantías se le ha denominado retroactivo o tradicional.

Al lado de dicho 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.

⁵ Excepto en los casos excepcionales de pérdida del derecho.

⁶ 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, impropiaamente 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."*

⁷ A partir de la ley 65 de 1946.

⁸ 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.

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 Fondo⁹.

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

⁹ 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:

"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."

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".

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 reglamentada 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.

De la misma forma, la norma contempla 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.

En ese orden, se 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 aclarando que no opera de forma automática para quienes venían vinculados al servicio con anterioridad a dicha fecha.

Por ello, 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, 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 incumplido¹⁰.

¹⁰ Al respecto, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Expediente: 230012333000201200097-01 N.º Interno: 1059-2014 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Vicente Gregorio Álvarez Morales Demandado: Municipio de San Andrés de Sotavento. C.P. WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ.

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 1998¹¹.

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 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*

¹¹ Ibídem.

¹² Los artículos 2 del Decreto 1252 de 2000 y 3 del Decreto 1919 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.

*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

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)

nuevo 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 cesantías 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 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.

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.

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 vincularon 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

Para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado, el servidor público del 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.”*

¹⁶ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A, Radicado No. 08001 23 31 000 2011 01152-01 (0761-15)

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

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.

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

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 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 Labora, 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

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.

II. LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES Y DE LA 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 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 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969, 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**

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.

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).

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

"En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades²¹, 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 termino de prescripción del 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

²¹ 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.

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 corresponda en la cuenta individual del trabajador, a razón de un día de salario por cada día de retardo”²²

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 sanción, siendo la norma aplicable el artículo 151 del C. P. L y de la S. S.

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 1 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

²² 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.

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 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”²³

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 aplicable²⁴, 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 sentencia del 19 de enero de 2017, la Sala Laboral del H. Consejo de Estado, en relación con la exigibilidad de la sanción moratoria regulada por la Ley 50 de 1990, señaló:

“En lo concerniente a aquélla contemplada en la Ley 50 de 1990, por imperio de norma y en virtud del criterio unificador de la Sección Segunda, su exigibilidad tiene lugar a partir del momento en que el empleador incumple el deber de consignar el valor correspondiente a la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente en la cuenta individual del trabajador dentro del plazo legal (antes del 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causó la prestación)”.

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.

III. CASO CONCRETO

El actor en su recurso de apelación, expone que contrario a lo expuesto por el A quo en la sentencia impugnada, *i) le asiste derecho al pago directo de las cesantías de los años 1998 a 2005; ii) que los interés del 12% anual*

²³ 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)

²⁴. 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.

sobre los saldos de cesantías y la sanción moratoria generada por la falta de consignación de las cesantías correspondientes a los años 1998 a 2005 no se encuentran prescritas, porque mientras el vínculo laboral se encuentre vigente no opera la prescripción de las mismas.

Revisado el plenario encuentra la Sala:

Está confirmado procesalmente que mediante Decreto No. 042 del 26 de octubre de 1998, el señor EVER MANUEL ORTEGA HERAZO fue nombrado en periodo de prueba para ocupar el cargo de Inspector Central de Policía del Municipio de San Juan de Betulia²⁵ y del cual tomó posesión el 5 de noviembre de 1998²⁶.

De conformidad con la certificación expedida por el Jefe de Oficina con Funciones de Jefe de Personal del municipio de San Juan de Betulia, fechada 20 de septiembre de 2011, el señor ORTEGA HERAZO, se encontraba a dicha fecha desempeñando en propiedad el cargo de Inspector de Policía código 303 grado 03, en el municipio de San Juan de Betulia²⁷.

La certificación obrante a folio 15 en conjunto con la solicitud de vinculación No. 0103874, demuestra que el actor se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A²⁸, desde enero de 2007(folio 71).

El certificado obrante a folio 76 expedido por el Secretario de Hacienda Municipal de San Juan de Betulia, indica que el actor no se la han pagado por el periodo comprendido entre el 5 de noviembre de 1998 al 31 de diciembre de 2005 el valor correspondiente a su auxilio de cesantías e intereses o sanciones moratorias.

De la misma forma, las documentales que reposan a folios 77 a 101, demuestran que al señor EVER MANUEL ORTEGA HERAZO se le consignaron las cesantías correspondientes a los años 2006 a 2014, documentos que no fueron objeto de reparo probatorio alguno de la parte demandante.

²⁵ Folio 12.

²⁶ Folio 13 acta de posesión.

²⁷ Folio 14

²⁸ Igualmente folio 68-69.

Pues bien, lo confirmado probatoriamente y las premisas decantadas en acápite antecedente, permiten afirmar que por la fecha de vinculación como empleado público territorial (año 1998), el señor EVER MANUEL ORTEGA HERAZO, se encuentra cobijado por el régimen de liquidación anualizada de cesantías.

En ese orden, le asiste derecho a que a 31 de diciembre de cada anualidad el ente territorial le liquide el valor de sus cesantías y se los consigne a más tardar el 14 de febrero del años siguiente en un fondo administrador de cesantías, sin que sirva de excusa el hecho de no escoger fondo por parte del actor, régimen de liquidación y pago de cesantías, que apareja o consagra además el pago por parte del empleador al trabajador de intereses de cesantías anuales a una tasa del 12% sobre el valor del auxilio de cesantías.

Como se advirtió, el incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías en el fondo privado, en el plazo antes señalado, acarrea la consecuencia de generar la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías en vigencia de la relación laboral, regulada por la Ley 50 de 1990, en los términos explicados previamente.

Para el caso del actor, debe señalar la SALA que analizadas las pretensiones de la demanda, este persigue que se ordene el pago directo de sus cesantías correspondientes a los años 1998 a 2005, pretensión que así mirada es improcedente, puesto que, si bien la cesantía no prescribe en vigencia de la relación laboral, su entrega de forma directa al trabajador está supeditada al finalización de la relación laboral o por virtud de una liquidación parcial de cesantías, supuestos estos que no se configuran en el presente asunto, máxime cuando la obligación del empleador en el régimen anualizado de cesantías, es consignarlas en un fondo privado.

De otra parte, y de cara a los intereses de cesantías correspondientes a los años 1998 a 2005, es claro que fueron reclamados en el año 2011 con la petición del 19 de mayo de dicha anualidad, fecha para la cual habían transcurridos los tres (3) años que se exigen para que se configure el fenómeno extintivo de la prescripción, tal como se explicó en líneas anteriores.

En relación con la sanción moratoria reclamada, con el precedente que esta Sala acoge, la prescripción de las cesantías y de la sanción por no consignación de las mismas corren de forma separada, de suerte que el conteo de la prescripción no depende en el caso de la sanción en comentó de la finalización del vínculo laboral, como tampoco al se condiciona la causación de tal derecho al pago efectivo de la prestación sino de la exigibilidad de la misma, que como se vio, es marcado por la fecha a partir del cual se configura el incumplimiento del empleador en consignar las cesantías.

En ese orden, la reclamación de la sanción moratoria por los años 1998 a 2005 fue realizada el 19 de mayo de 2011, siendo que era exigible desde el 15 de febrero de cada anualidad siguiente, tomando como punto de partida el año 2005, la prescripción inicio su conteo el 15 de febrero de 2006, por tanto, para cuando se realizó la petición, el término de prescripción se había configurado.

En consecuencia, concluye la Sala que es improcedente ordenar el pago directo de las cesantías al demandante, y por otra parte, los intereses y la sanción moratoria se encuentran afectados por la prescripción, razones por las que confirmara la sentencia objeto de apelación, esto es, la dictada el 18 de mayo de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, que negó las pretensiones de la demanda.

3. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia de primera instancia proferida por el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO** el día dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

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° 183.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

Con impedimento