



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018).

SALA TERCERA DE DECISIÓN

EXPEDIENTE No. 70-001-23-33-000-2016-00231-00
DEMANDANTE: ANA BEATRIZ DIAZ MELENDEZ
DEMANDADO: ESE CENTRO DE SALUD DE LOS PALMITOS.
M DE C: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.
MAG. PONENTE: CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Cumplidas las etapas propias del proceso ordinario y no encontrando impedimento procesal, procede el Tribunal a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, en el proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA¹.

La señora **ANA BEATRIZ DIAZ MELENDEZ**, por conducto de apoderado judicial² presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la ESE CENTRO DE SALUD DE LOS PALMITOS – SUCRE, **solicitando** que sea declarada la nulidad del acto ficto, por medio del cual se entienden negada la petición formulada mediante escrito del 17 de noviembre de 2015.

Que a título de restablecimiento del derecho:

- Se condene a la ESE CENTRO DE SALUD DE LOS PALMITOS – SUCRE, que se consignen las cesantías del año 2010 en el Fondo Administrador de Cesantías PORVENIR, o al que estuviere afiliado la señora ANA BEATRIZ DÍAZ MELENDEZ.

¹ Folios 1-10.

² Folios 11-12. Memorial Poder.

- Que se pague la sanción moratoria consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías correspondientes al año 2007, desde el 15 de febrero de 2008 al 12 de junio de 2008.
- Que se pague la sanción moratoria consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías correspondientes al año 2008, desde el 15 de febrero de 2009 al 23 de febrero de 2009.
- Que se pague la sanción moratoria consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías correspondientes al año 2012, desde el 15 de febrero de 2013 al 28 de febrero de 2013.
- Que se pague la sanción moratoria consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías correspondientes al año 2010, desde el 15 de febrero de 2011 hasta que se efectivamente se consignen o se pague las mismas.
- Que se ordene la indexación de los valores y se condene en costas a la entidad demandada.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS**, la parte actora en su demanda, afirmó que:

La señora ANA BEATRIZ DÍAZ MELENDEZ fue nombrada en propiedad en el cargo de PROMOTORA DE SALUD mediante Resolución No. 0849 del 14 de abril 1997 expedida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud de Sucre, cargo del cual tomó posesión el 14 de abril de 1997.

Se encuentra afiliada al fondo de cesantías PORVENIR S.A.

La ESE CENTRO DE SALIID LOS PALMITOS, consignó las cesantías correspondientes al año 2007, el 12 de junio de 2008 en el Fondo Privado Porvenir y las cesantías del año 2008, las consignó el 23 de febrero de 2009.

La ESE CENTRO DE SALUD LOS PALMITOS, no consignó las cesantías del año 2010 y las correspondientes al año 2012 las consignó el 28 de febrero de 2013 en el Fondo de Cesantías Porvenir S.A.

En escrito del 17 de noviembre de 2015 formuló petición de interés particular a la ESE demandada, la cual no fue resuelta, entendiéndose negativa la respuesta.

En el acápite de **normas violadas**, se invocaron los artículos 13, 25, 53 y 123 de la Constitución Política; 13 de la Ley 344 de 1996, 1º de Decreto 1582 de 1998 y los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

En el **concepto de violación**, se argumentó que las normas citadas consagran el régimen de cesantías anualizado para empleados del orden territorial, el cual fue vulnerado de forma directa por la entidad demandada con el acto ficto, pues se incumplió la obligación de consignar las cesantías en el fondo privado de cesantías elegido por empleado, a más tardar el año siguiente a su causación, lo cual implica que se deba pagar un día de salario por cada día de mora hasta que se consigne la correspondiente anualidad.

La actora, indicó, es empleada pública del orden territorial afiliado al fondo privado PORVENIR con vinculación del 4 de abril de 1997, por lo que su régimen de cesantías es anualizado y el empleador ha venido consignado de manera tardía las cesantías, por lo que están dados los presupuestos para que se condene a la ESE demandada a pagar las sanciones moratorias reclamadas, dado que el acto ficto atacado adolece de nulidad por contrarias las normas superiores en que debería fundarse.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

- Presentación de la demanda: 24 de agosto de 2016 (folio 10).
- Admisión de la demanda: 3 de octubre de 2016 (folio 30).
- Requerimiento consignación de gastos procesales (folio 33-34).
- Pago de gastos procesales por la parte demandante (folio 37-38).
- Notificación: 24 de marzo de 2017 (folio 39-40)
- Contestación de la demanda: No contestada.
- Informe Secretarial del 26 de julio de 2017, sobre vencimiento de término de traslado y reforma de la demanda (folio 45).

- Auto convocando a audiencia inicial del 10 de octubre de 2017 (folio 46)
- Audiencia inicial: 24 de octubre de 2017 (folio 49-52).
- Audiencia de pruebas, 28 de noviembre de 2017. Se ordena requerir pruebas documentales. Se continúa la audiencia el 24 de enero de 2018, incorporando pruebas documentales (folios 59-61 y 160-170).
- Alegatos: Al finalizar la audiencia de pruebas, ordenó con fundamento en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, correr traslado por escrito a las partes y para concepto del Ministerio Público.

1.3. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

La parte demandada, no dio respuesta a la demanda³.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Las partes no realizaron pronunciamiento alguno⁴.

A su turno, el delegado del Ministerio Público-Procurador 104 Judicial II, ante este Tribunal, emitió concepto, en los siguientes términos:

".....(...) Recuento jurisprudencial y normativo se puede concluir que el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, como también en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada. Aunado a lo anterior, en caso de mora en el pago de este auxilio, así como sus intereses, la entidad responsable de la obligación tiene el deber de reconocer y pagar de sus propios recursos, una sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta tanto se haga efectivo el pago. Para lo cual, solamente es necesario que el afectado acredite la no cancelación dentro del término previsto en las disposiciones legales.

A partir de las consideraciones normativas y conceptuales expuestas en los capítulos anteriores, todo empleador está en la obligación de consignar el valor de esta prestación social dentro de los términos legalmente establecidos, so pena de incurrir en una sanción moratoria, por desestabilizar las relaciones laborales y consecuentemente desconocer una de las prerrogativas fundamentales que rigen este tipo de vínculo jurídico.

Conforme a lo anterior, todo empleador debe responder por esta obligación, sin que resulte admisible que empleador advierta un problema de afiliación o certeza en cuanto a su obligación, para eludir la responsabilidad que le asiste

³ Folio 45 nota Secretarial.

⁴ Folio 176. Nota Secretarial.

en cuanto a este auxilio

... (...)..

De acuerdo a las pruebas obrantes en el proceso se evidencia que:

La señora ANA BEATRIZ DIAZ MELENDEZ fue vinculada como promotora de salud a la ESE CENTRO DE SALUD DE LOS PALIMTOS - SUCRE, mediante la Resolución No. 0849 del 14 de abril de 1997 y fue posesionada el mismo día, mes y año (Fls. 22-24).

Que la actora, mediante apoderado, radicó ante la entidad demandada, el día 17 de noviembre de 2015, petición reclamando la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías a que tenía derecho (Fls 15 a 18).

Que conforme a la fecha de vinculación de la actora a la entidad de salud del Estado, es claro que ella, en su condición de empleada pública, pertenece al régimen anualizado de cesantías, en observancia de las Leyes 10 de 1990, 100/93, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, ésta última regulación que permite la aplicación de los Arts. 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Siendo lo anterior cierto, dicha situación legal se traduce en que al empleador le es aplicable la sanción por mora, en cuanto las normas que consagran esta pena (Leyes 244 y 1071 de 2006) no dejan por fuera a ningún servidor público y, por el contrario, procuran el pago oportuno de los dineros del trabajador, ganados como producto de su labor por años y la cual debe estar dispuesta para el momento del cese de actividades o para los efectos excepcionales previstos por la ley para desembolsos parciales.

La ley de cesantías, conforme al sentido del derecho prestacional recogido en nuestro sistema jurídico, se entiende en beneficio del destinatario no del obligado, así es que la entidad, persona o institución que tenga el ahorro generado por años de labores de un trabajador no puede ser premiado por demorar e, incluso omitir, el pago de la prestación social al dueño de la misma, por tanto no podría darse una interpretación o una decisión expresa o presunta que desconozca este derecho laboral, ya que resulta contraria a las normas y fines sociales llevados a convenios internacionales e integrados al ordenamiento legal colombiano.

Ahora bien, una vez establecido por parte de este delegado la existencia de la sanción moratoria a favor de aquellos servidores públicos vinculados a las empresas sociales del Estado, se hace necesario analizar si el fenómeno de la prescripción puede afectar ese derecho de carácter laboral.

Así pues, dadas las cosas, es forzoso concluir que el fenómeno de la prescripción trienal, aplicable a los derechos laborales de los servidores públicos, también cobija la sanción moratoria, cuyo término comienza a correr por cada uno de los períodos en que se causó, de manera independiente a la prestación social, desde el día siguiente a aquel en que se debió haberse consignado las cesantías al trabajador.

Entonces, concluyendo, la señora ANA BEATRIZ DIAZ MELENDEZ aunque en principio tendría derecho a la sanción moratoria por no haberse consignado sus cesantías de manera oportuna al fondo al que está vinculada, cuestión que, por ende, derivó la pena, en realidad sobre la mayoría de los períodos pretendidos

ha ocurrido el fenómeno jurídico de la prescripción trienal, razón por la cual no podría accederse a todas sus aspiraciones.

Así las cosas, respecto de lo pretendido, dado que la hoy demandante sólo interrumpió el término extintivo para un período determinado, esto es para aquel señalado entre el 15 de febrero de 2013 al 28 de febrero de 2013, por el depósito tardío de las cesantías del año 2012 (Fl. 165), ya que la demandante radicó la petición de reclamo el día 17 de diciembre de 2015, sólo aquel lapso de tiempo podría exigir para que le sea reconocido por el administrador de justicia, ordenándose de paso, su liquidación y pago" (SIC).

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA. El Tribunal, es competente para conocer en primera instancia, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 152 numeral 2º de LA Ley 1437 de 2011.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, deberá el Tribunal dilucidar, si hay lugar a ordenar el pago de la sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantías en un fondo privado, solicitadas por la señora ANA BEATRIZ DIAZ MELENDEZ, por los años 2007, 2008, 2011 y 2102.

I. DE LA SANCION MORATORIA POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS EN UN FONDO ADMINISTRADOR PRIVADO. APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50 DE 1990. SU EXTENSIÓN A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS 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 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

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

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 de 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 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 consistió 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, el en régimen prestacional del 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.

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."

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.

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 Fondo.

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, acarrea 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 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 1996⁹, pero no opera de forma automática para quienes venían vinculados al servicio con anterioridad a dicha fecha.

Ahora bien, 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.

⁹ 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.

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 1998¹⁰, 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

¹⁰ 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.

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**"¹¹ (negrillas 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, caso del aquí demandante, 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

¹¹ Consejo de Estado Sección Segunda, en providencia del 24 de julio de 2008, expediente No. 25000-23-25-000-2001-00798-01(2471-04)

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 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"¹².

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 recursos¹³.

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

¹² 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.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda Subsección A. Radicado No. 08001-23-31-000-2011-00752-01(1528-14). C. P. William Hernández Gómez.

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.

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"¹⁴

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"¹⁵

¹⁴ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A, Radicado No. 08001 23 31 000 2011 01152-01 (0761-15)

¹⁵ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A. Radicado 080012331000201100717 01 (4586-2015).

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, conforme a la sentencia C- 859 de 2008 de la H. Corte Constitucional no puede entenderse como arbitrario ni caprichoso, porque:

"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"¹⁶.

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

¹⁶ 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"

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 liquidación¹⁷.

Así las cosas, quien siendo beneficiario del régimen de liquidación tradicional de cesantías no manifieste su intención de cambiar de régimen de liquidación, en los precisos términos explicados, no se le aplica la sanción moratoria traída por la Ley 50 de 1990.

II. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA

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 1968¹⁸, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969¹⁹, 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:

¹⁷ 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

¹⁸ **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.**

¹⁹ **Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.**

"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).

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

"En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades²⁰, 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) .*

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

²⁰ 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.

puede reclamar de forma independiente, sino de la fecha en que se configura el incumplimiento de la obligación que genera la sanción²¹, 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 1²² 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 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

²¹ 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 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.

²² “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...”

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

Así las cosas, el estado actual de la línea decisonal 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, indica que la prestación social se debe consignar a más tardar el 14 de febrero de cada año, por lo que a partir del día siguiente 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, pues se itera, la exhibibilidad del derecho, marca el inicio del término de prescripción.

En decisión del 25 de enero de 2018, la Sala Laboral del H. Consejo de Estado, reiterando la sentencia de unificación citada ut supra, precisó *que "a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento, no consagran un término de prescripción, "no pueden considerarse un derecho imprescriptible, pues bien esa sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles"*²⁵

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. LO PROBADO Y CONCLUSIONES:

En el expediente esta probado que la actora ingreso al servicio público, como empleada del orden territorial desde el 14 de abril de 1997, como promotora de Salud de el Nogal (folios 13-14), razón por la cual, con fundamento en las premisas decantadas previamente se puede afirmar que el régimen de liquidación de sus cesantías es el anualizado.

El certificado obrante a folios 20 y 21 del expediente, demuestra que la señora ANA BEATRIZ DIAZ MELENDEZ, se encuentra afiliada al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, siendo su empleador, LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE CENTRO DE SALUD DE LOS PALMITOS.

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.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, Expediente No. 27001233300020130005001 (15362014). C. P. Gabriel Valbuena H.

La actora, en su demanda pretende se ordene el pago de la sanción generada por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas correspondientes al año 2007, 2008, 2010 y 2012.

La reclamación en sede administrativa solicitando el pago de la sanción moratoria fue realizada por la actora, a través de escrito fechado, 17 de noviembre de 2015 (Folios 25-26).

Partiendo de lo expresado en acápite anterior, se determina que la sanción moratoria pretendida a través del presente medio de control, que bien pudo asistirle a la demandante, se encuentra afectada por la prescripción, con excepción de la generada por la consignación tardía del periodo 2012.

En efecto, el término prescriptivo inicia su consolidación el 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que se debió consignar el auxilio de cesantías causado, pues la exigibilidad del derecho pretendido marca el inicio del conteo trienal.

Para el caso puesto en consideración de la Sala, la posible sanción moratoria por la no consignación de las cesantías del año 2007, prescribió el 15 de febrero de 2011; la correspondiente al año 2008 prescribió el 15 de febrero de 2012; la del 2010, prescribió el 15 de febrero de 2014, puesto que la reclamación fue formulada el 17 de noviembre de 2015, esto es por fuera de los tres (3) años, que determina la extinción del derecho.

Ahora bien, con relación a la sanción moratoria, por la no consignación de las cesantías correspondientes al año 2012, corrida desde el 15 de febrero de 2013 al 28 de febrero de 2013, precisa la Sala que no se configuró prescripción, porque la reclamación del 17 de noviembre de 2015, la interrumpió.

En ese orden, tenemos que el auxilio de cesantías causado en el año 2012, fue consignado, conforme la certificación expedida por el Fondo Privado Porvenir, el 28 de febrero de 2013 (folio 21), por lo que, la entidad empleadora, incurrió en mora equivalente a 14 días de salario, por el retardo en la obligación de consignar las cesantías de la actora.

En consecuencia, partiendo que la sanción moratoria, cuya fuente de regulación se encuentra en el parágrafo del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

artículo 1 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, solo exigen para que se genere el derecho a la sanción el simple transcurso del tiempo, normas citadas como vulneradas por el actor, es palmario que el acto demandado, se encuentra afectado por la causal de nulidad invocada, y en tal sentido, se declarará su nulidad.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará el pago de la sanción moratoria generada por la no consignación en tiempo de las cesantías del periodo 2012, para lo cual, el empleador pagara 13 días de salario, comprendidos entre el 15 de febrero de 2013 al 27 de febrero de 2013, fecha en que debió consignarse y fecha en que consignó el auxilio de cesantías.

El valor fijo anterior, en este caso particular deberá ser actualizado²⁶, a la fecha de su pago, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que Ra (valor presente) se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es lo que corresponde a la indemnización, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia) entre el índice inicial (vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas).

La sanción moratoria derivada de la no consignación de los periodos anualizados, 2007, 2008 y 2010, se declaran prescritas.

CONDENA EN COSTAS. En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 188 de la Ley 1437 de 2011, 365 y 366 del C. G. del P., se condena en costas a la parte demandada y en favor de la parte demandante. Por Secretaria tásense.

3. DECISIÓN:

²⁶ Sobre la indexación de la suma reconocida por la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990, el H. Consejo de Estado manifestó: "Distinto es que por efectos de los fenómenos inflacionarios el monto adeudado por concepto de sanción moratoria por el no pago oportuno de la cesantía anualizada deba actualizarse, considerando que se trata de una obligación dineraria que resulta menguada por el tiempo transcurrido entre la fecha de corte de la sanción (14 de febrero de 2005) y la de ejecutoria de la sentencia". Ver CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013). Radicación No: 76001 23 31 000 2008 00046 01 (1383-12) Actor: LUIS HERNÁN HOLGUÍN CHICA Demandado: Municipio de Guadalajara de Buga Apelación Sentencia -

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo ficto, por medio del cual se entienden negada la petición formulada mediante escrito del 17 de noviembre de 2015.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a LA ESE CENTRO DE SALUD DE LOS PALMITOS-SUCRE a reconocer y pagar a ANA BEATRIZ DIAZ MELENSEZ, un día de salario por cada día de retardo por no consignar oportunamente las cesantías correspondiente al año 2012, correspondiente a 14 días de salarios del año 2012, por los días comprendidos entre el 15 de febrero de 2013 al 28 de febrero de 2013.

TERCERO: CONDÉNESE a LA ESE CENTRO DE SALUD DE LOS PALMITOS - SUCRE, a que sobre la suma adeudada le pague al actor el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula referenciada en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: DECLÁRASE la prescripción de la sanción moratoria correspondiente a los años 2007, 2008 y 2010, acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: El ente demandado, **DARÁ** cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 ibídem.

QUINTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

SEXTO: DENIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso,

CANCÉLESE su radicación y **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI y para su cumplimiento.

El proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 059.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS.

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA