



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE **Sala Segunda de Decisión Oral**

Sincelejo, dos (02) de Junio de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-008-2014-00058-01
ACTOR:	GRACIELA ROMERO ORTEGA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE OVEJAS - SUCRE
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la entidad demandada y la parte demandante, contra la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **GRACIELA ROMERO ORTEGA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de **MUNICIPIO DE OVEJAS – SUCRE**, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo, contenido en el oficio de fecha 2 de agosto de 2013, proferido por el Alcalde municipal de Ovejas (Sucre).

¹ Ver folio 1 - 2, del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó, se condene al Municipio de Ovejas - Sucre, a reconocer y pagar la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías al fondo de cesantías, correspondientes al tiempo comprendido entre los años 2002 a 2010, las cuales no le han sido consignadas y/o canceladas en el fondo de cesantías, a razón de un día de salario, por cada día de retardo, en los términos de la ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indicó la actora, que el Municipio de Ovejas, mediante Decreto N° 082 de 22 de octubre de 2002, la nombró en el cargo de jefe de archivo de dicho ente territorial, tomando posesión del mismo, el día 31 de octubre de 2002.

Manifestó, que durante el tiempo comprendido entre 31 de octubre de 2002, hasta el 31 de diciembre de 2010, dicho municipio no le había consignado las cesantías al respectivo fondo.

Anotó, que el Municipio de Ovejas, solo en el año de 2012, consignó las cesantías del año 2011 y lo mismo hizo en el año siguiente, pero continúa sin consignar las cesantías de los años 2002 a 2010; por ello, ha incurrido en mora, en los términos de la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998.

Señaló, que durante años, ha esperado que la entidad le deposite sus cesantías, pese a las innumerables peticiones presentadas, sin respuesta alguna para su pago.

Adujo, que mediante derecho de petición de fecha 11 de julio de 2013, solicitó al ente territorial, el pago de las cesantías de los años referenciados, así como el pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías; sin embargo, el Municipio de Ovejas, mediante oficio de

² Ver folios 2 - 3, del cuaderno de primera instancia.

fecha de 2 de agosto de 2013, proferido por el alcalde municipal, negó el pago de las cesantías y de igual forma, la sanción moratoria.

Expresó, que la solicitud de pago de cesantías, intereses de cesantías y sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 2002 a 2010, no habían prescrito, en razón a que todavía continuaba laborando para el Municipio de Ovejas, Sucre, teniendo como soporte normativo la jurisprudencia del Consejo de Estado, en su sentencia 9 de mayo del 2013 con radicación N° 08001233100020110017601, M. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Como **soporte jurídico** de sus pretensiones, alega como violadas las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 1, 2, 13, 25, y 53.
- Ley 50 de 1900: numeral 3 del artículo 99.
- Ley 344 de 1996.
- Decreto 1582 de 1998.
- Jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda subsección B, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, radicado número 08001233100020110017601.

1.3. Contestación de la demanda.

El Municipio de Ovejas (Sucre)³, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que carecían de fundamentos fácticos y jurídicos. Frente a los hechos, señaló que en su mayoría eran ciertos.

Propuso la excepción de cobro de lo no debido, en razón que la parte actora pretendía, el pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías, cuando a ella, no le era aplicable el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues, éste solo lo era, cuando el funcionario escogía

³ Folios 40 - 43, cuaderno de primera instancia.

un fondo privado y en el caso particular, la actora no estaba afiliada a ninguno.

Así mismo, propuso la excepción de prescripción de los supuestos derechos laborales, teniendo en cuenta, que la primera reclamación administrativa, la realizó en el mes de noviembre de 2005 y luego, presentó una nueva, el 9 de julio de 2009, dejando transcurrir más de 3 años entre cada petición.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de Septiembre 3 de 2015, declaró la nulidad parcial del acto administrativo, contenido en el oficio de fecha 2 de Agosto de 2013, expedido por el Alcalde Municipal de Ovejas (Sucre), que negó el reconocimiento y pago de cesantías y la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las mismas al fondo privado, a favor de la demandante GRACIELA DEL CARMEN ROMERO ORTEGA.

A título de restablecimiento del derecho, condenó al Municipio de Ovejas (Sucre), al pago de las cesantías a un fondo privado, contemplado en la Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996, correspondiente a los años 2002 a 2010 y la sanción moratoria, por la no consignación de las cesantías a favor de la demandante, desde el 16 de marzo de 2012, cuando fue afiliada al fondo de cesantías, hasta el día que sean consignadas, de acuerdo a lo establecido, esto es, un día de salario por cada día de retardo en la consignación, tomando como base, el salario devengado por la actora en el año mencionado.

Como fundamento de su decisión, consideró el A-quo, que a la accionante, le era aplicable el régimen de la cesantía anualizada, el cual se encontraba regulado en la Ley 50 de 1990, en su artículo 99, en virtud, que la actora se vinculó con la administración, el día 31 de octubre de 2002, en el cargo de

⁴ Folios 282 - 290, cuaderno de primera instancia.

jefe de archivo; y dicho régimen, le ordenaba a la entidad, consignar, anualmente, el valor de las cesantías en el fondo privado que el trabajador, voluntariamente escogiera o en su defecto, el que la administración eligiera.

En ese sentido, le asistía derecho a la demandante, a que le fueran consignadas las cesantías causadas en los años 2002 a 2010, pero la entidad demandada, no cumplió con dicha obligación y solo hasta el año 2012, consignó las correspondientes al 2011 y lo mismo hizo con los años 2012 y 2013, situación que acarreaba la respectiva sanción moratoria de un día de salario, por cada día de retardo y hacía exigible el pago de las cesantías adeudadas.

Así mismo, precisó el juez de primer grado, que la sanción aplicable al empleador, se configuraba a partir de la fecha de afiliación, es decir, desde el 16 de marzo de 2012, hasta el día en que se efectuara la consignación, por los años reclamados.

En ese orden, indicó, que el acto acusado se encontraba incurso en la causal de nulidad invocada, pues, la norma indicaba, claramente, el pago de las cesantías, antes del 15 de febrero del año siguiente y la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las mismas, ante el no pago de las cesantías causadas, en los periodos 2002 a 2010, por parte de la administración.

Finalmente, señaló, que no operaba el fenómeno de la prescripción frente a lo reclamado, porque en jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, se dejaba claro, que mientras el empleado no hubiere sido desvinculado de la entidad, no habría lugar a contar la prescripción.

1.5.- Los recursos.

Inconformes, parcialmente, con la decisión de primer grado, las partes demandante y demandada, la apelaron.

La parte demandante⁵, argumentó que el A-quo, daba por cierto, sin serlo, que la actora no tenía derecho a la sanción moratoria, por la no consignación de las cesantías, desde el año 2002, hasta 2010, en razón a que ésta, no había sido afiliada a un fondo de cesantías, siendo que en la parte considerativa de la sentencia, se reconocía la existencia del incumplimiento del ente demandado, en consignar las cesantías correspondientes a tales años, por ende, la respectiva sanción moratoria a la que se debía condenar por dicho incumplimiento.

Señaló la parte recurrente, que el A-quo, consideró, que la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, debía ser reconocida por la entidad demandada, a partir del 16 de marzo de 2012, fecha en que se afilió a la actora a un fondo de pensiones; sin embargo, tal apreciación, carecía de sustento legal y jurisprudencial e iba en desmedro del espíritu sancionatorio, de las conductas irresponsables de los empleadores, establecido en el numeral 3, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Con base en lo anterior, solicitó, se revocara parcialmente la decisión de primera instancia y en su lugar, se condenara a la entidad demandada, al reconocimiento y pago de los intereses de cesantías y la sanción moratoria, por la no consignación de las cesantías, desde el año 2002, hasta cuando se haga efectivo el pago o consignación de las mismas, por cada año en que la entidad, hubiere incumplido con la obligación de afiliar y consignarle las respectivas cesantías.

La parte demandada⁶, argumentó, que a la demandante no le era aplicable el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en atención a que el mismo, solo lo era, cuando el funcionario se encontraba afiliado a un fondo privado y en el presente caso, la actora no lo estaba.

Reiteró, que la sanción moratoria solo aplicaba para aquellos empleados, que hubieren escogido un fondo de cesantías privado, toda vez, que el

⁵ Folios 293 – 295 del C.1

⁶ Folios 296 – 297 del C.1

régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos, del nivel territorial, vinculados a partir de 31 de diciembre de 1996, afiliados a fondos privados de cesantías, era el previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la ley 50 de 1990; y el régimen de los servidores públicos del mismo nivel, que se afiliaran al Fondo Nacional del Ahorro, era el establecido en el artículo 5 y demás normas concordantes de la Ley 432 de 1998.

Por lo anotado, solicitó, se revocara la sentencia apelada y en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de noviembre 25 de 2015, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante y la entidad demandada⁷.

- En proveído de enero 28 de 2016, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.

- **El Agente del Ministerio Público⁹**, emitió concepto de fondo, manifestando que compartía lo señalado por la demandante, referente a que la posición tomada por el operador judicial, no tenía asidero jurídico, pues, no había norma que exonerara de la indemnización moratoria a la administración, que incumpliendo con la consignación anual de la cesantía del trabajador, quedara liberada de pagar por causa de la afiliación del trabajador, a un fondo privado de cesantías.

Sostuvo, que en el escenario que el trabajador no hubiere elegido el fondo de cesantías, en el que deseaba le fuera consignado el respectivo auxilio, la jurisprudencia había señalado, que en dichos eventos, el empleador estaba en la libertad de escoger entonces, a cual consignarlas, dado que

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 18, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 25 – 34 del cuaderno de segunda instancia.

existía una obligación legal en torno a esta prestación, la cual era regida por términos específicos y perentorios, que de no ser cumplidos, generaban sanciones económicas para el empleador.

Así, concluyó, que la falta de escogencia de un fondo de cesantías por parte de la empleada, no era razón suficiente, para exonerar al empleador del pago de la sanción moratoria, dado que a falta de escogencia del fondo por parte del mismo trabajador, facultaba a la administración, para elegir *ad libitum*, a fin de cumplir en término con la obligación de consignar el auxilio aludido, so pena de la sanción moratoria.

En ese sentido, solicitó se revocara parcialmente la sentencia, en lo que tenía que ver con la aplicación de la indemnización moratoria y se condenara al pago de la misma, por el periodo en que el Municipio estuvo en mora, de consignar oportunamente las cesantías de la demandante.

- La parte demandante¹⁰, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación e indicó, que supeditar la operancia de dicha sanción a condiciones que no establecía la norma (numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990), verbigracia, la afiliación del trabajador al fondo de cesantías, además de convalidar y premiar la actitud negligente e irresponsable del empleador incumplido, resultaba, a lo menos, arbitrario y sin fundamento legal.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

¹⁰ Folio 35 - 37, cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta el debate planteado¹¹, el problema jurídico a desatar, estriba en determinar: ¿Es procedente el reconocimiento y pago de sanción moratoria -Régimen Anualizado, Ley 50 de 1990/Ley 344 de 1996- por la no consignación oportuna de las cesantías, en favor de la demandante, para el periodo 2002 - 2010¹²?

¿La falta de afiliación del trabajador a un fondo de cesantías privado, es causal de exoneración del pago de la sanción moratoria?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- De la sanción moratoria, consagrada en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para los empleados del sector territorial.

En el sector público territorial, coexisten varios regímenes que gozan de vigencia en el ordenamiento jurídico, cada uno de ellos, se aplica de manera integral, en virtud del principio de inescindibilidad, los cuales son:

1.- Régimen de Cesantías con Retroactividad. 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.

¹¹ Es de anotar, que si bien el escrito de apelación del demandante, trata de alguna manera, pues, no lo hace claramente, lo relacionado con los intereses de cesantías, lo cierto es que tal pretensión, no fue incluida en el petitum de la demanda (folio 1), ni hizo parte del litigio fijado en audiencia inicial, con aquiescencia del propio apelante, por ende, mal se podría en esta oportunidad, entrar a considerar un tema que no fue objeto de debate.

¹² Es de anotarse, que el problema jurídico planteado, que no hace más que reflejar la temática de la providencia, dado el recurso formulado, parte del supuesto que el acto administrativo demandado, no es más que el oficio de fecha 2 de agosto de 2013 (folio 13), sin que haya discusión a considerar, si el mismo es o no, acto definitivo susceptible de ser conocido por esta jurisdicción, en tanto, por el estado del proceso, tal temática ya fue superada, con consentimiento de las partes. A parte, ya este Tribunal se ha pronunciado sobre el tema, llegando a la conclusión que, actos administrativos como el aquí demandado, son susceptibles de control judicial, al respecto cfr. Tribunal Administrativo de Sucre. Sala Segunda de Decisión Oral. Auto del 20 de agosto de 2015. M. P.: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY. Radicación: 70-001-33-33-004-2015-00070-01. Demandante: DULIS MARÍA ACEVEDO GONZÁLEZ. Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS – SUCRE. Naturaleza: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, entre otros.

2.- Régimen Administrado por el Fondo Nacional de Ahorro, desarrollado en el artículo 5° y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998; rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.

3.- Régimen de Liquidación de Cesantías por Anualidad, creado por la Ley 50 de 1990.

Al respecto vale la pena traer a colación un pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, de 24 de julio de 2008¹³, en el cual sostuvo:

“Como se advierte, 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 5° de la ley 432 de 1998 (artículo 1°).

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 3°).

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 2°). Debe entenderse que quien se acoge a esta

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B. Expediente con radicación interna 2471-04. C. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

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."

Ahora bien, la sanción moratoria por falta de consignación del auxilio de cesantías de los servidores en los fondos privados, como prestación social pedida en esta oportunidad, está consagrada en la siguiente normatividad:

La Ley 50 de 1990, en el Artículo 99, establece que:

"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 proporcionales 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".

El régimen anualizado de las cesantías, alcanzó aplicabilidad en el sector público, al entrar en vigencia el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, esto es, el 31 de diciembre del mismo año. Dicha norma, textualmente, 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.”.

Esta norma, a su vez, fue reglamentada posteriormente, mediante Decreto 1582, 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” (Negrilla fuera de texto).

La normativa en comento, permite entonces, la entrada en vigencia del sistema de liquidación anual de cesantías, para el sector público, conforme las disposiciones del artículo 99 de la ley 50 de 1990. Sistema 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 causen.

La aplicación del régimen de anualidad de cesantías, trae consigo, 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 (15 de febrero).

De conformidad con lo expuesto, hay lugar al pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cuando al trabajador, beneficiario del régimen anualizado de cesantías, no se le consigne, anualmente, de forma oportuna la prestación causada.

Así lo ha manifestado el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sub-Sección A, en providencia del 25 de noviembre de 2010, expediente No. 25000-23-25-000-2004-01754-01 (0811-09) C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“Así las cosas, mientras la Ley 344 de 1996 previó el nuevo régimen anualizado de cesantías y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado a partir de diciembre de 1996, el Decreto 1582 de 1998, fue el que trajo consigo la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (10 de agosto de 1998).

El nuevo régimen entonces, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordenó que dicho valor se consignara antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo eligiera.

La sanción moratoria, se concreta en un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador no consigna la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente, antes del 15 de febrero como ya se señaló.

En este punto, resulta importante diferenciar las sanciones contempladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 y la prevista en la Ley 244 de 1996, dado que cada una tiene un origen y finalidad distinta. La primera, hace referencia a la indemnización derivada de la falta de consignación por parte del patrono antes del 15 de febrero de cada año, del auxilio de cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, en un fondo privado. Y la segunda, por su parte, se genera frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, habida cuenta, que la entidad tiene la obligación de reconocerla y pagarla dentro de los términos señalados en la ley, so pena de incurrir en la sanción prevista en el artículo 2 parágrafo, de esa norma.

Lo anterior indica, que la sanción de la Ley 50 de 1999, se aplica hasta que esté vigente la relación laboral y será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho. A diferencia de esta, la sanción de la Ley 244 de 1996, para el pago

de la cesantía definitiva, se activa cuando el funcionario solicita ante la administración su cancelación.

En conclusión, el alcance de tales sanciones es diverso, su reconocimiento no es concurrente, sino por el contrario, es excluyente.

Finalmente y frente a la indexación, debe señalarse que esta procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 dado que esta última constituye la actualización del valor de la cesantía no pagada oportunamente"

En el mismo sentido, la misma Sección del Consejo de Estado¹⁴, se pronunció sobre el régimen de liquidación anual de las cesantías, en los siguientes términos:

"... Como características de este régimen además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordenar que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Por otro lado, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, pero en el evento en que el empleador no consigne **la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente** antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió.

En aras de mayor claridad frente a la confusión presentada por la parte actora en relación a la sanción por falta de pago de las cesantías y por la no consignación de las mismas, es importante esclarecer que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B, C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardilla, sentencia de 5 de agosto de 2010. Rad. No. 08001-23-31-000-2008-00394-01 (1521-09).

reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995.

Así las cosas, a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

Ahora bien, la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995.

La demandante se vinculó con la administración distrital el 2 de enero de 2004 (Fl. 14), el régimen de cesantías que le era aplicable era el anualizado, que le ordenaba a la entidad consignar anualmente el valor de las cesantías en el fondo privado que el trabajador voluntariamente escogiera, o en su defecto, en el que la administración elija, porque la no manifestación del servidor sobre el fondo en el que quiere le sea consignado el valor de las cesantías, no exime a la administración de cumplir con la obligación de consignación dentro del plazo legal fijado, obligación que como se demuestra en el expediente, no cumplió la entidad aquí demandada, puesto que para el 15 de febrero de 2005 no había consignado el valor de las cesantías correspondientes al año de 2004" (Negrillas de la Sala)

Siendo así, se observa que es obligación del empleador, consignar las cesantías de sus empleados, antes del 15 de febrero del año siguiente al laborado, por expresa disposición legal, teniendo en cuenta los parámetros normativos, del régimen anualizado de cesantías, propio de la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleado públicos mediante la Ley 344 de 1996.

2.3.2.- Caso concreto.

En el presente asunto y para los solos efectos de lo apelado, debe entenderse, se tiene que la parte demandante, solicita dentro de sus pretensiones, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, dispuesta por la Ley 50 de 1990 -Ley 344 de 1996- régimen anualizado de cesantías-, por la no consignación oportuna de las cesantías en los años 2002 a 2010.

Por su parte, el A-quo en la sentencia recurrida, consideró, que la actora tenía derecho al pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 2002 a 2010, la cual consistía en un día de salario, por cada día de retardo. Así mismo precisó, que como la actora solo fue afiliada al fondo de cesantías, a partir del año 2012, la sanción aplicable al empleador, se configuraba a partir de ésta última fecha, es decir, desde el 16 de marzo de 2012, hasta el día en que se efectuara la consignación por los años reclamados.

Inconforme con la anterior decisión, las partes la recurrieron. La demandante, porque considera que dicha fundamentación no tiene asidero jurídico, debiéndose ordenar el pago de la respectiva sanción desde el año 2002; y la entidad demandada, porque considera que a la parte actora, no le era aplicable el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en atención a que el mismo, solo lo era, cuando el funcionario, se encontraba afiliado a un fondo privado y en el presente caso, la demandante no lo estaba.

Analizado el caso puesto a consideración en sede de alzada, esta Sala, es del concepto que la sentencia recurrida, debe ser revocada parcialmente, atendiendo los argumentos expuestos por la parte demandante en su recurso. Lo anterior, de conformidad con las siguientes razones:

En el presente asunto, se advierte, tal como lo sostuvo el A-quo, que el régimen de cesantías aplicable a la señora GRACIELA ROMERO ORTEGA, es el régimen anualizado, consignado en la Ley 50 de 1990 y aplicable a los

empleados públicos, mediante Ley 344 de 1996, pues, si bien la actora venía laborando con el Municipio de ovejas – Sucre, desde el 9 de agosto de 1996, en el Cargo de Coordinador Grado 501 12, adscrito al Despacho del Alcalde, lo cierto es, que mediante Decreto No. 035 de fecha **30 de abril de 2002**, fue suprimido dicho cargo; posteriormente, la actora fue reubicada y nombrada en dicho ente territorial¹⁵, en el cargo de Jefe de Archivos, a partir del día **31 de octubre de 2002**, fecha en que fue debidamente posesionada¹⁶.

Siendo ello así y observándose, que el cargo se ocupó con solución de continuidad¹⁷, tal como lo señaló el A-quo, pues, transcurrieron más de seis (6) meses para posesionarse en el nuevo empleo, tal situación da lugar a considerar que, en efecto, el régimen de cesantías aplicable a la actora, es el anualizado, el cual cobija a las personas vinculadas a partir del 31 de diciembre de 1996.

A esta conclusión se llega, si se considera, que el acto administrativo Decreto 082 de octubre 22 de 2002 (folio 168), si bien señala que a la señora GRACIELA DEL CARMEN ROMERO ORTEGA, se la reubica en el cargo de Jefe de Archivo, tal reubicación no puede tenerse como tal o en punto del derecho preferencial que asiste a los empleados de carrera, en tanto, (i) el fundamento legal invocado es el contenido de la ley 27 de 1992, cuando es sabido que para entonces, se encontraba vigente la ley 443 de 1998, norma que a su vez, disponía de manera expresa el llamado derecho preferencial de los empleados de carrera, sometido el ejercicio del mismo, (ii) a un límite de tiempo (seis meses), contado a partir de la supresión del cargo.

No debe olvidarse, que el derecho preferencial, se consignaba en el art. 39 de la ley 443 de 1998, el cual textualmente señalaba:

“Artículo 39°.- *Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean*

¹⁵ Ver folio 168 del Cuaderno de primera instancia.

¹⁶ Ver acta de posesión, folios 169 del Cuaderno de primera instancia.

¹⁷ Con solución de continuidad, es una locución adverbial, que significa “con interrupción”, “con falta de continuidad” o “con pérdida de continuidad”.

*titulares, como consecuencia de la supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o de modificación de planta, podrán optar por ser **incorporados** a empleos equivalentes o a recibir **indemnización** en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional”.*

Representado en la posibilidad de ser incorporado o recibir indemnización¹⁸, sin lugar a reincorporación, en los términos que señale el gobierno nacional.

Y que su ejercicio, se limitaba en el tiempo, al señalarse: “Art. 39... Para la incorporación de que trata este artículo se tendrán en cuenta las siguientes reglas: 1. La incorporación se **efectuará**, dentro de los **seis** meses siguientes a la supresión de los cargos, en empleos de carrera equivalentes que estén vacantes o que de acuerdo con las necesidades del servicio se creen en las plantas de personal”, por ende, cualquier vinculación que se hiciera por fuera de los mentados seis (6) meses, no podía entenderse como consecuencia, derivada del derecho preferencial de que gozaban los empleados de carrera, ya que, se insiste, la figura de la reincorporación, que aparentemente se asemeja a la “reubicación”, término utilizado por el ente demandado en el mencionado acto administrativo, solo vino a aparecer con la ley 909 de 2004, sin que opere la figura de la retroactividad, ni siquiera por vía de favorabilidad, toda vez que la configuración de la relación legal y reglamentaria, se consolidó en vigencia de normatividad anterior.

Siendo así, debe interpretarse, que la vinculación de la señora GRACIELA ROMERO ORTEGA, realizada el día 31 de octubre de 2002, constituye una nueva vinculación laboral, con los efectos que esto implica.

Ahora bien, a efectos de solucionar el problema jurídico planteado, además de aceptar lo antes dicho, debe considerarse que en el plenario, se halla demostrado que a la parte actora, no le fueron consignadas las cesantías de los años 2002 a 2010, pero sí lo fueron, las correspondientes a los años 2011,

¹⁸ La ley 909 de 2004, amplió tal derecho preferencial, al adicionar la posibilidad de la reincorporación, que sería en el fondo, la figura que utilizó el ente demandado.

2012 y 2013, tal como se aprecia en el extracto individual de cesantías del fondo privado AFP HORIZONTE¹⁹, al cual fue afiliada la actora, desde el día 16 de marzo de 2012 y en la certificación suscrita por el Secretario Municipal de Ovejas – Sucre²⁰.

Luego, acorde con lo antes anotado, debe decirse, que no se comparten los argumentos esgrimidos por el A-quo, para ordenar al empleador, el pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 2002 a 2010, solo a partir del 16 de marzo de 2012, fecha en la cual la actora fue afiliada al fondo de cesantías, pues, tal posición no tiene soporte jurídico alguno, más si se tiene en cuenta, que en el evento, de no escoger el trabajador, voluntariamente, el fondo al cual quisiera estar afiliado, el empleador podía requerirlo en tal sentido o bien quedaba facultado para elegirlo, ante su deber legal de consignar, anualmente, el valor del auxilio aludido, dentro del plazo fijado por la ley, so pena de la sanción moratoria.

En ese sentido, se considera, que la falta de afiliación del trabajador al fondo, no es excusa para eximir a la administración incumplida, de pagar la sanción por mora, consistente en un día de salario por cada día de retardo, desde la fecha en que dejó de cancelar las cesantías - años 2002 a 2010 -, hasta la fecha en que, realmente, se consignen al respectivo fondo; aceptar lo contrario, sería tanto, como premiar la actitud negligente e irresponsable del empleador, frente a sus obligaciones legales.

Lo expuesto, es razón suficiente para revocar, parcialmente, la sentencia de primer grado, en lo que tiene que ver con la aplicación de la indemnización moratoria y condenar al Municipio de Ovejas – Sucre al pago de la misma, por el periodo en que estuvo en mora de consignar, oportunamente, las cesantías de la demandante.

¹⁹ Ver folio 18 del Cuaderno de primera instancia.

²⁰ Ver folio 252 del Cuaderno de primera instancia.

Ahora bien, frente a los argumentos de defensa, elevados por la parte demandada, en el sentido de que a la actora no le era aplicable el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en atención a que éste solo lo era, cuando el funcionario se encontraba afiliado a un fondo privado y en el presente caso, la demandante no lo estaba, ha de señalarse, que los mismos, no son de recibo por parte este tribunal, toda vez, que si bien se acepta que la actora se encuentra afiliada al régimen de cesantías anualizado, no es comprensible que se diga, que no le aplica la sanción prevista en la citada normatividad; a ello se suma lo antes dicho, esto es, que bien pudo la entidad, requerir al trabajador sobre el fondo al que deseaba afiliarse y no pretender eximirse de la sanción, por su propia omisión legal.

Bajo la anterior consigna, los argumentos de la demandada, no son de recibo.

Por consiguiente y teniendo en cuenta lo antes manifestado, esta Sala de Decisión, modificará de la sentencia recurrida, en cuanto a los términos sancionatorios de la mora y la confirmará en lo restante.

3.- CONDENA EN COSTAS - SEGUNDA INSTANCIA.

En virtud de lo anterior, y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP, se condena en costas a la parte demandada.

4.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral 2º de la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral

del Circuito de Sincelejo, en cuanto solo ordenó el pago de la sanción moratoria a favor de la parte actora, a partir del día 16 de marzo de 2012. En su lugar se dispone:

“SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** AL MUNICIPIO DE OVEJAS – SUCRE, al pago de las cesantías a un fondo privado contemplado en la Ley 50 de 1990 y la Ley 344 de 1996, correspondientes a los años 2002 – 2010 y la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor de la demandante, desde el momento en que incurrió en mora -año 2003- hasta el día en que se hizo o haga efectivo el pago de las cesantías.

Para efectos de la liquidación respectiva, se tendrá en cuenta que la misma, parte de considerar el salario del año respectivo, tomando un día de salario, por cada día de retardo”.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, al ente demandado. El A-quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0078/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
(Con salvamento parcial de voto)