



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS EMPLEADOS TERRITORIALES; E INTERESES DE LAS MISMAS – NO PRESCRIPCIÓN DE ESTA PRESTACIÓN SOCIAL MIENTRAS ESTA VIGENTE EL VÍNCULO LABORAL. PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA, AUN CUANDO ESTE VIGENTE EL VÍNCULO LABORAL.

SENTENCIA N° 023

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, dictar sentencia dentro del medio de control de la referencia, en dónde el objeto del proceso gravita en determinar si es procedente o no declarar la nulidad del acto contenido en el escrito de fecha 13 de agosto de 2014, por medio del cual el Alcalde de Ovejas –Sucre no accedió a reconocer y pagar a favor del actor, las cesantías del año 1996 a 2010, los intereses del período anterior y una sanción de indemnización moratoria por no consignación de las cesantías en un Fondo de Cesantías de manera oportuna, en el lapso antes mencionado.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

II. DEMANDANTE

La presente acción fue instaurada por el señor JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 18.877.985 expedida en Ovejas - Sucre.

III. DEMANDADO

La acción está dirigida en contra del MUNICIPIO DE OVEJAS –SUCRE

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda¹

El señor JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda en contra de la entidad territorial previamente identificada, pretendiendo lo siguiente:

- Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el escrito de fecha 13 de agosto de 2014, por medio del cual el Alcalde Municipal de Ovejas – Sucre, no accedió a reconocer y pagar a favor del actor una sanción o indemnización moratoria año por año por no consignación de las cesantías en un fondo de cesantías, los intereses de cesantías y el traslado del valor de las cesantías con destino al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR, acreencias reclamadas a través de petición recibido el 10 de julio de 2014.
- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho impetra se condene al MUNICIPIO DE OVEJAS – SUCRE a reconocer y pagar al demandante la suma de NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$9.814.566.00), junto con los intereses moratorios causados por concepto de auxilio de cesantías, suma que deberá ser trasladada del Municipio de Ovejas al Fondo de Pensiones y Cesantías – PORVENIR-, por el período correspondiente entre 1996 y el 2010.

¹ Fl. 1-18, C. N° 1.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- De igual manera solicita se reconozca y pague a favor del demandante el valor de los intereses de cesantías, por la suma de UN MILLÓN OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL (\$1.083.992.00)
- Así mismo reclama al Municipio de Ovejas – Sucre el pago de La sanción o indemnización moratoria año por año en cuantía de MIL TREINTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$1.039.534.364.00), más los valores que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda por no haber consignado el ente territorial en el Fondo de Pensiones y Cesantías.
- Se condene a las entidades demandadas al pago de la indexación o ajustes de valor a que haya lugar, conforme al artículo 195 del C.P.A.C.A.
- Que se condene a la entidad demandada, a pagar al demandante los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

4.2. Hechos².

La Sala los compendia, así:

El señor JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA, viene laborando a favor del Municipio de Ovejas, desde el 11 de junio del año 1996, en el cargo de Técnico Administrativo dicho ente territorial.

Mediante escrito de fecha noviembre de 10 de 1998, le manifestó al Alcalde Municipal de Ovejas Sucre su renuncia al régimen de Cesantías Retroactivas y de su decisión de acogerse al régimen de Cesantías Anualizado, conforme a lo dispuesto en la Ley 344 de 1996, igualmente indicó que las cesantías le fueran consignadas al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A.; solicitud que reiteró el 22 de noviembre de 2000, dado el silencio de la administración; donde igualmente requirió el pago de los intereses de cesantías como el pago de la sanción moratoria.

A pesar de los anteriores requerimientos, el municipio, solo consignó las cesantías del señor BARRIOS JARABA, correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014 a PORVENIR

² Fl. 2-3.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

S.A., sin embargo, a la fecha de presentación de la demanda, el municipio no ha trasladado el valor de las mismas, correspondientes a las anualidades de 1996 a 2010.

En virtud de lo anterior, a través de derecho de petición con fecha de recibido 10 de julio de 2014, el accionante solicitó al Municipio de Ovejas le consignara sus cesantías con destino al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., correspondientes a las anualidades 1996 a 2010, así como la sanción moratoria (año por año) por la no consignación de dicha prestación social, hasta que se haga efectivo el pago.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 13 de agosto de 2014 y notificado el día siguiente, el Alcalde Municipal de Ovejas Sucre, no accedió a pagar las cesantías, intereses de cesantías y sanción moratoria reclamadas por el actor, en derecho de petición del 10 de julio de 2014; no obstante, reconoció que le adeuda al señor BARRIOS JARABA, tales derechos laborales, y le sugiere presentar solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos de Sincelejo Sucre.

Por otro lado, señala que mediante certificación de fecha 25 de noviembre de 2014 el Secretario de Gobierno Municipal de Ovejas, acreditó que el actor viene desempeñándose en el cargo de Técnico Administrativo del mencionado municipio, desde el año 1996 a 2010.

Por último aduce, que el día 3 de diciembre de 2014 el accionante presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos de Sincelejo, para efectos de obtener el pago de sus acreencias laborales adeudadas; quien fijo fecha para audiencia el día 23 de febrero de 2015; la cual fue declarada fallida por falta de ánimo conciliatorio de la parte demandada, quien sin justificación alguna no se presentó a la misma, a pesar de haber sido notificado previamente.

4.3. Normas violadas y concepto de violación³.

Esgrimió como normativas conculcadas, la Constitución Nacional en sus artículos 25 y 53; de otra parte, como normas de orden legal, esgrimió los artículo 17 de la Ley 6 de 1945, 1º de la Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947 y el Decreto 2755 de 1996, artículo 13 de la ley 3244 de 1996, Ley 91 de 1989, artículo 3º de la ley 1582 de 1998, artículo 99 de la Ley 50 de 1990

³ Ver folio 3 – 10 C. Ppal.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como causal de nulidad invoca la de Violación directa de la Ley, fundamenta la causal en la normas precedentemente anotadas de las que colige que el actor le asiste el derecho a obtener el pago de su sanción o indemnización moratoria por no consignación de sus cesantías en un Fondo de Pensiones y Cesantías, debido a que este comunicó el 10 de noviembre de 1998 al Municipio de Ovejas, su deseo de pertenecer al régimen anualizado de cesantías y de que su cesantías fuera consignada en el Fondo PORVENIR S.A., petición que solo fue atendida a partir del año 2012, con el pago de las cesantías del año 2011, es decir que el empleador omitió consignarle al demandante el valor de sus cesantías de los años 1999 a 2010, por lo que está obligado a pagarle una sanción moratoria año a año, de acuerdo a cada anualidad vencida a partir del 16 de febrero del año citado, hasta que efectivamente se realice el pago, como quiera que se itera se acogió al régimen anualizado.

Así mismo, agrega que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, los derechos laborales, tales como, cesantías, intereses de cesantías y sanción moratoria por no consignación en un fondo, no se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción trienal, teniendo en cuenta que el vínculo del actor con la entidad territorial se encuentra vigente.

Por último, trae a colación pronunciamientos jurisprudenciales del H. Consejo de Estado, respecto del tema en comento.

4.4. Contestación de la demanda.

4.4.1. Municipio de Ovejas - Sucre⁴.

Por su parte, la entidad demandada, Municipio de Ovejas, en su contestación respecto de los hechos manifiesta ser unos ciertos y que otros no le constan, así mismo se opone a la prosperidad de las pretensiones, por considerar que el actor no tiene derecho al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, por cuanto no le es aplicable el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en atención a que el mismo, es aplicable cuando el funcionario escoge un fondo privado, en el caso del actor no se encuentra afiliado a ningún fondo privado que es uno de los presupuestos exigidos.

Sin embargo, está de acuerdo en cuanto que al demandante JAIRO BARRIOS, no se le han cancelado las cesantías de los años 1996 a 2010, puesto que los empleados de ese

⁴ Fl. 69 a 73

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ente territorial no venían afiliados a ningún fondo; de allí que las administraciones anteriores, tampoco realizaran el pago de las cesantías.

Finalmente presenta como medio exceptivo la de Cobro de lo no Debido; funda su excepción en el hecho de que el actor, al no estar vinculado a un fondo privado no tendría derecho al pago de la sanción moratoria a la que hace alusión la ley 50 de 1990, al ser este uno de los requisitos exigidos.

Igualmente, la de Prescripción de los derechos laborales, refiriéndose que de prosperar las súplicas de la demanda se declare este fenómeno.

V. TRÁMITE PROCESAL

- La demanda fue presentada el 9 de marzo de 2015, tal como se avizora en la constancia de recibido visible a folio 17 y en la nota de reparto militante a folio 32 del expediente, correspondiendo inicialmente al Juzgado Séptimo Administrativo de este Circuito, quien lo remite por competencia a esta Corporación, el 6 de abril de 2015, volviéndose a someter a reparto el 23 de abril de 2015, según se corrobora a folio 39, correspondiéndole a este Despacho.

- Por auto calendaro 12 de mayo de 2015, se inadmitió el presente medio de control (fl. 41).

- Posteriormente, por proveído del 18 de junio de 2015 se admitió la demanda (fl. 51), practicándose las notificaciones de rigor a la parte demandada y al Ministerio Público el 19 de junio de esa anualidad (Fls. 61-62).

- Seguidamente, la entidad demandada, presentó contestación el 31 de agosto de 2015 (fl. 69-73), esto es, dentro del término del traslado de la demanda, el cual transcurrió entre el 19 de agosto y el 29 de septiembre 2015 (fls. 67).

- Mediante auto de fecha 18 de diciembre 2015, se convocó a la partes para llevar a cabo la audiencia inicial. Providencia que fue notificada por estado el día 13 de enero de 2016. (fl. 84 y reverso); la cual se llevó a cabo el 24 de febrero de 2016 (fl. 90-95).

A continuación, se llevaron a cabo audiencias de pruebas (fl. 147-149 y 165-166).

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante.⁵

En esta oportunidad insistió en los argumentos expuesto en el libelo introductorio de la demanda, según los cuales el actor tiene derecho al pago de la sanción moratoria año por año por no haber consignado el ente territorial su auxilio de cesantías en un fondo privado correspondiente a las anualidades de 1998 a 2010, hasta que se haga efectivo el pago.

Así mismo alega que se debe condenar al Municipio a pagar al actor el valor de los intereses de cesantías debidamente actualizados correspondiente a la vigencia 1996 a 2010, debido a que en el expediente se encuentra probado que la demandada solo cumplió con su obligación a partir del año 2012, el cual corresponde a la vigencia del año 2011.

Reitera que, el demandante aún se encuentra vinculado laboralmente al municipio de Ovejas – Sucre, por lo tanto sus derechos no se encuentran prescritos.

6.2. Municipio de Ovejas - Sucre⁶.

Iteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda, solicitando la prescripción de los emolumentos reclamados, dado que en el páginario se encuentra probado que si bien se hizo la solicitud de reclamación administrativa, el solicitante dejó transcurrir más de tres años como lo establece la ley, por lo que en su criterio no procede tal solicitud, habida cuenta que no se evidencian registros claros de oficios recibidos en aquella época.

Resalta el ente demandado que no existió claridad en la declaración rendida por la señora GRACIELA ROMERO ORTEGA, cuando manifiesta que al ser la secretaria del alcalde de la época en que el accionante presentó tal solicitud, la misma no contaba con un acto administrativo que la facultara para tal fin, como tampoco llevaba registro de tales solicitudes ya que su función era la de recibir quejas y reclamos.

⁵ Fl. 173-174

⁶ Fl. 170-172.

⁷ Fl. 175 - 181

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Afirma además que se puede evidenciar algún grado de interés en que prospere la demanda, toda vez que la testigo manifestó en su declaración que tiene demandado al municipio por los mismos hechos.

6.3. Ministerio Público⁷

El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, rindió concepto de fondo, sugiriendo que se nieguen las pretensiones de la demanda, aduciendo que el demandante se vinculó al municipio el 11 de junio de 1996, fecha para la cual no estaba sometido al imperio de la Ley 344 de 1995, la cual entró a regir a partir del 31 de diciembre de 1996, por consiguiente en su criterio las normas de esta ley no le resultan aplicable, sino las del régimen de cesantías retroactivo, lo que significa que dicha prestación se le liquida con el último salario devengado, conforme con las disposiciones que regulan la materia.

Asevera que aun cuando en el expediente se encuentra los documentos de renuncia al régimen retroactivo, la administración no le aceptó expresamente esta renuncia por guardar silencio, sino que se configuró un silencio administrativo negativo, contra tal decisión la administración no interpuso recurso alguno como tampoco demandó el acto presunto.

Asegura que, es requisito que en la entidad exista la disponibilidad presupuestal para acceder a lo solicitado, afirmación que sustenta en el artículo 13 del Decreto 439 de 1998.

Explica que, como la entidad luego de 10 años consignó en el año 2012 las cesantías del 2011 en el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR y continuo pagando los años siguientes, debe entenderse que operó fue un traslado de la entidad encargada de administrar las cesantías, sin que su régimen de retroactividad hubiere sufrido alguna modificación.

Concluye afirmando que la indemnización reclamada por el accionante es propia del régimen anualizado y no del régimen con retroactividad y que este último fue el régimen que la administración le reconoció y el actor no cuestionó su legalidad, por lo que impide el estudio del reconocimiento de la indemnización por mora que regula el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Previó a entrar a resolver el fondo del asunto, considera este Sala pertinente señalar que el tema objeto de la *litis*, ha sido tratado por este Tribunal con suficiencia en anteriores oportunidades⁷; por lo tanto, se reiterará lo ya expuesto sobre este tema.

7.2. Acto administrativo demandado.

Con la demanda se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio adiado 13 de agosto de 2014 por medio del cual el alcalde del Municipio de Ovejas – Sucre no accedió a reconocer y pagar a favor del actor la sanción o indemnización moratoria año por año al no consignar sus cesantías en un fondo de cesantías y sus intereses.

7.3. Problema jurídico.

Conforme el marco establecido en la etapa de fijación del litigio, dentro de la audiencia inicial celebrada en el *sub judice*, el problema jurídico se centra en determinar:

1.- *Si tiene derecho el señor JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA, al pago de las cesantías e intereses de la mismas en el período comprendido entre los años 1996 a 2010?*

2.- *Si tiene derecho el señor BARRIOS JARABA, a las sanción por mora por el período comprendido entre los años 1996 a 2010 al no habersele consignado las cesantías en un fondo de cesantías?*

3.- *Si en el presente caso ha operado el fenómeno de la prescripción.*

⁷ Sala Primera de Decisión Oral, Sentencia N° 146 del 18 de septiembre de 2014, M.P. Dr. Luis Carlos Alzate Ríos, Radicado N° 2012-00147-01.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Para solventar el mérito del *sub examine*, la Sala hará alusión a los siguientes temas a saber: (i) Régimen legal de las cesantías; (ii) Régimen legal de la sanción moratoria; (iii) Prescripción de la sanción moratoria; (iv) Caso concreto; y (v) Conclusión.

7.4. Régimen legal de las cesantías

En primer término es menester acotar que el salario y las prestaciones sociales son derechos subjetivos, patrimoniales, no solo porque son derechos adquiridos si no porque la nueva constitución se expidió precisamente con el fin de asegurar el trabajo dentro de un marco económico y social justo, caracterizándose el Estado como social de derecho, fundado entre otras cosas, por el respeto al trabajo teniendo como fin esencial la efectividad de los derechos entre los cuales se encuentra la remuneración y el pago oportuno (artículo 53 de la C.N.)

No existe duda alguna que las prestaciones son remuneraciones constitucionalmente protegidas, por lo tanto su pago debe ser oportuno conforme a lo establecido por las leyes que regulen el caso concreto, pues las cesantías son el fruto del esfuerzo del trabajador y tienen como finalidad satisfacer las necesidades inmediatas del mismo.

La mencionada prestación tiene sus antecedentes legislativos en las leyes 10 de 1934, 61 de 1939, 3ª de 1943, 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los Decretos 2767/45 y 1160/47 los cuales tuvieron aplicación inicial para el sector público en el orden Nacional haciéndose extensiva a los órdenes Seccional, Territorial y Local.

Como una forma de ilustrar este tópico, la Sala citará el concepto emitido sobre esta temática por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el 22 de agosto 2002⁸, en el que se narró parte del desarrollo que ha tenido esta prestación social:

“Las leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, tuvieron aplicación inicial para el sector público en los órdenes nacional, seccional y local. Tales normas contemplaron el derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por las fracciones de año. Para efectos de su liquidación se dispuso tener en cuenta el último salario fijo devengado –a menos que hubiere tenido variación en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se haría por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses– y todo lo recibido por el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones. La preceptiva jurídica no contemplaba hasta este momento pago alguno por concepto de intereses.”

⁸ Sala de Consulta y Servicio Civil C.P.: Flavio Augusto Rodríguez Arce, veintidós (22) de agosto de dos mil dos(2.002) Radicación número: 1448

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Así, el régimen de cesantías tenía carácter retroactivo y, en tal virtud, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicios. De esta manera, el pago efectuado siempre era actualizado, pero no en proporción a lo realmente devengado por el servidor por cada año de servicios, lo que causó un desequilibrio en el sistema, sin perjuicio de que el mismo fuera, en principio, más favorable para el trabajador; y se dice en principio porque se parte del supuesto que el trabajador día a día podría mejorar su situación laboral y, por ende, su salario, lo cual no siempre ocurre. (...)

(...) con la expedición del decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público – particularmente en la rama ejecutiva nacional - el desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías, para dar paso a un sistema de liquidación anual, “...el cual beneficia al empleador en la medida en que rebaja el monto de la carga prestacional, pero a cambio, el trabajador por su parte puede verse favorecido con aumentos salariales mayores.” El nuevo régimen contempló, para proteger el auxilio contra la depreciación monetaria y en cierta manera para compensar la desventaja por la supresión de la retroactividad, el pago de intereses sobre las cesantías por el Fondo a sus afiliados. Cabe resaltar que en este régimen corresponde al Fondo pagar los intereses señalados en la ley mediante la administración de las sumas que por doceavas partes depositan en él las entidades mencionadas, equivalentes a las cesantías anuales. Este sistema refleja de mejor manera la realidad laboral, en el sentido que la prestación se liquida con base en lo que real y efectivamente ha devengado el trabajador en toda su vida laboral.

No obstante lo anterior, en el orden territorial el auxilio monetario en estudio se siguió gobernando, entre otras disposiciones, por el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1.945 y los artículos 1º del Decreto 2767/45, 1º de la Ley 65/46 y 1º, 2º, 5º y 6º del Decreto 1160/47, normatividad que para el sistema retroactivo de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías aún se aplica, sin que haya lugar al pago de intereses”.

Como puede advertirse desde su establecimiento, el reconocimiento del auxilio de cesantías se erigió bajo la fórmula de liquidación con retroactividad para todos los servidores independientemente del nivel de la administración al cual se encontraran vinculados; ello hasta cuando fue expedido el Decreto 3138 de 1968 que propició el cambio al método de liquidación anual con pago de intereses, sólo que el mismo se estableció a favor de los empleados del orden nacional.

Ahora bien, ese régimen anualizado que empezó con el decreto antes mencionado, irrumpió con efectos sólo frente a los empleados del orden nacional, no así en relación con los territoriales, a quienes sólo les fue aplicable un régimen de liquidación anual a partir de la Ley 344 de 1996, la cual hizo extensivo el régimen de liquidación anual que ya había sido previsto para los trabajadores particulares por virtud de la Ley 50 de 1990, con afiliación a fondos administradores de cesantías privados; teniendo concreción esa aplicación a partir de la expedición del Decreto 1582 de 1998 (10 de agosto)⁹, el cual dispuso que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los

⁹ Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir de 31 de diciembre de 1996, que se afiliaran a los fondos privados de cesantías, sería el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, sabido es, que el artículo 99 de la ley 50/90 consagradorio del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantía establece que a 31 de diciembre de cada anualidad se efectuará la liquidación definitiva del auxilio en mención por año o por fracción correspondiente; para determinar el auxilio de cesantías se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, si no ha tenido variación en los tres últimos meses. Si ha habido variación, o se trata de salario variables, se toma como base para la liquidación el promedio de lo devengado en el último año de servicio, o en todo el tiempo servido, en caso de ser menor de un año, a más de que se deberán cancelar al trabajador por parte del empleador los intereses del 12% anual o proporcional por fracción. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo escoja y en caso de incumplimiento por parte del empleador sobre el plazo indicado para efectuar la consignación deberá cancelar un día de salario por cada día de retardo.

7.5. De las sanciones moratorias reclamadas por el demandante.

De la demanda y de los demás documentos que obran en el proceso, se desprende claramente que el régimen de cesantías que le es aplicable al actor para los dos primeros años es el retroactivo y para los siguientes el anualizado. Dicho régimen se encuentra regulado, entre otras disposiciones concordantes, por la Ley 50 de 1990, cuyo artículo 99 fija un plazo dentro del cual las entidades deben consignar en el respectivo Fondo las cesantías de los empleados, so pena de incurrir en mora.

Importante resulta aquí reiterar lo que ha expresado esta Corporación¹⁰ en el sentido de 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 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.

¹⁰ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de 21 de mayo de 2009. Expediente 2070 de 2007, actor: William Arango Pérez. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Lo anterior indica que 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 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 las prestación al momento del retiro del servicio.

Ahora bien, como en este caso el demandante pretende el pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se impone examinar dicho régimen para determinar si hay lugar o no al pago de las mismas.

7.6. La sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y su aplicabilidad a los servidores públicos territoriales.

Atendiendo al marco legal de los empleados territoriales, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, fue el que trajo consigo la sanción moratoria prevista 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). Normativas que expresamente rezan:

“ARTICULO 13. Ley 344 de 1996: *“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; (...).”

“ARTÍCULO 1º. Decreto 1582 de 1998: *El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial 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 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...).”*

En este orden de ideas, como características de este régimen además de establecer 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, indica que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en la respectiva cuenta individual a nombre del empleado en el fondo de cesantía que él mismo elija. En lo relativo específicamente sobre la sanción moratoria, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como penalidad un día de salario por cada día de retardo, pero en el evento en que el empleador no consigne la cesantía definitiva por la

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

anualidad o fracción correspondiente antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador optó.

Ahora bien, en el escenario en que el trabajador no haya elegido el fondo de cesantías en que desea le sea consignado el respectivo auxilio, la jurisprudencia ha señalado que en dichos eventos el empleador está en la libertad de escoger entonces a cual consignarlas, dado que existe una obligación legal en torno a esta prestación, la cual es regida por términos específicos y perentorios que de no ser cumplidos generan sanciones económicas para el empleador. En efecto, el H. Consejo de Estado ha señalado:

“... el régimen de cesantías aplicable era el anualizado que le ordenaba a la entidad empleadora consignar anualmente el valor de las cesantías en el Fondo que el trabajador voluntariamente escogiera, o en su defecto, como lo ha establecido la Jurisprudencia de esta Sección¹¹, 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 empleadora – Municipio de Soledad, Atlántico-, puesto que para el 14 de diciembre de 2005 día anterior al pago de tales emolumentos no había consignado el valor de las cesantías correspondientes a los años de 2002 y 2003, resultando entonces viable la sanción por mora que reclamó la demandante sustentada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.”¹²

7.7 Régimen de liquidación de las cesantías para trabajadores del orden territorial.

Con base en los antecedentes reseñados le corresponde ahora a la colegiatura determinar el régimen de aplicación para los empleados del orden territorial, para tal fin, se debe mencionar que, la jurisprudencia nacional¹³ ha precisado sobre el tema

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 21 de mayo de 2009. Radicación número: (2070-07). Actor: William Arango Pérez. “Sanción por no consignación oportuna de la cesantía. El régimen anualizado de cesantías se hizo extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998 (vigente desde el 10 de Agosto de 1998), en el cual se dispuso que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos vinculados a partir de 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. Normas cuyo contenido literal es el siguiente: (...) Acorde con la anterior transcripción normativa y como quedó demostrado que el actor se vinculó con la administración territorial el 1 de junio de 1999, 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, quien liquidó la cesantía y los intereses de la misma al término del vínculo tal y como se infiere del contenido de la Resolución No. 109 de 2001. Criterio jurisprudencial, que ha sido reiterado por la Sección Segunda de esta Corporación en Sentencia de 5 de agosto de 2010. Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. EXP. N°: 200800394 01. Número Interno: 1521-2009. Autoridades Distritales. Actora: Aminta Elena Galvis Baldovino.”

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 9 de diciembre de 2010, Rad. 2010-01271-00(AC).

¹³ Consejo de Estado, Sección segunda, subsección “A”, C.P. Gustavo E. Gómez Aranguren; 17 de abril de 2013; radicado interno (2664-11)

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

que, el artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996¹⁴ estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997 con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vincularan a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que fuera su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

Para ello, se expidió, la Ley 432 de 29 de enero de 1998, en cuyo artículo 5° se estableció la obligación de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro para los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional y la posibilidad de que los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios hicieran lo propio.

En el ámbito territorial ese nuevo régimen de liquidación anualizada de cesantías fue reglamentado por medio del Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998¹⁵, vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, en cuyo artículo 1° se estipuló:

“Artículo 1°.- 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. Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”. (Destaca la Sala).

Por su parte la Ley 244 de 29 de diciembre de 1995 fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación¹⁶.

¹⁴ “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”.

¹⁵ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

¹⁶ “Artículo 1°.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley. Parágrafo.- En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar. Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo. Artículo 2°.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social. Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste”.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De lo anterior se extrae que son tres los regímenes de liquidación de cesantías, a saber; 1. Retroactivo; 2. Sistema de liquidación de los fondos privados; y 3. Sistema de liquidación del Fondo Nacional de Ahorro.

Los empleados públicos de cualquier orden afiliados en el fondo nacional del ahorro, según el artículo 6° de la ley 432 de 1998, señala que mensualmente se le debía transferir las doceavas partes, luego al momento de la cesación del vínculo, los mismos se dirigía al fondo nacional del ahorro para hacer el retiro definitivo de sus cesantías, porque se iban amortizando dentro de los primeros días de cada mes por parte de la entidad en las mismas fechas en que se debían realizar los aportes al sistema de seguridad social, conforme se encuentra regulado en el decreto 1453 de 1998, artículo 22 y 32.

7.8. Prescripción de la Sanción Moratoria.

Inicialmente, es menester señalar que la forma de liquidación de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, para el régimen de cesantías anualizado, no ha sido un tema pacífico, dada las divergencias que se han suscitado en la jurisprudencia nacional, en especial, al seno del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sus distintas Subsecciones; a modo ilustrativo se expondrán las dos tesis más profesadas, las cuales han sido pronunciadas en el contexto de la prescripción de la sanción moratoria.

En efecto, la Subsección “B” en sentencia del 9 de mayo de 2013, Rad. I. N° 1219-2012, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, para resolver una demanda en la que se reclamaba al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y a la Contraloría Distrital de esa misma ciudad el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de la cesantía anualizada correspondiente al año 2006, conforme al artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, señaló lo siguiente:

“Respecto a la prescripción de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sección ha dicho que si bien las obligación de consignar en el Fondo el auxilio de cesantía surge para el empleador antes del 15 de febrero de cada año, la posibilidad de demandar nace desde el momento en que la administración, al retiro del servidor no hace entrega de la suma correspondiente a este concepto, es decir omite el cumplimiento de su obligación”.

Al tenor, esta misma Subsección, en sentencia del 21 de noviembre de 2013, Rad. I. N° 0800-2013, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), en un evento en el que se demandaba a las mismas entidades que son parte pasiva en este proceso, reclamando el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de la cesantía anualizada correspondiente a los años 2004, 2005 y 2006, conforme al artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En la decisión referida, se afirmó con base en la sentencia de la misma Subsección antes citada y en las de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que para efectos de contabilizar el término de prescripción de la sanción moratoria por el retardo en el pago de la cesantía anualizada, se debe tener en cuenta el momento de la terminación de la vinculación laboral.

Por su parte, la Subsección “A” en sentencia del 20 de octubre de 2014, Rad. I. N° 2380-13, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, para desatar una demanda presentada contra Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y a la Contraloría Distrital de esa misma ciudad el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de la cesantía anualizada correspondiente al año 2001 al 2006, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se sirvió plasmar como razones para apartarse de la posición de la Subsección “B” que:

“Esta afirmación no resulta cierta, por cuanto el ejercicio del derecho de acción y el acceso efectivo a la administración de justicia no está condicionado a la voluntad del empleador incumplido. Vale decir, no hay que esperar al pago efectivo de la cesantía ni a la terminación del vínculo laboral con el Estado para reclamar la sanción moratoria prevista en el artículo 99 – 3 de la Ley 50 de 1990, pues tal obligación se hace exigible desde el 15 de febrero del año siguiente al de la causación del derecho.”

En la decisión a que se ha hecho alusión se citan in extenso las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 12 de octubre de 2004 y el 13 de septiembre de 2006, radicados 23794 y 26327, en las que de manera expresa se refiere a la “prescripción del auxilio de cesantía”, cuyo término se debe contabilizar a partir de la terminación del vínculo laboral, en aplicación e interpretación de lo dispuesto por el artículo 99-4 de la Ley 50 de 1990. Pero lo cierto es que esa jurisprudencia en ningún momento refiere a la prescripción de la sanción moratoria.

En efecto, una vez revisado el tenor literal del numeral 4 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹⁷ se evidencia que esta norma hace alusión expresa a “saldos de cesantía” y a “intereses legales respectivos”, por lo que a partir de su texto no es posible afirmar que la prescripción de la sanción moratoria prevista en el numeral 3º ibídem deba contabilizarse desde la terminación del vínculo laboral con el Estado, como se sostiene en la sentencia expedida por la Subsección “B”.

En suma, a partir de un pronunciamiento de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referido al momento en que se debe iniciar el conteo del término de prescripción del auxilio de cesantías, no es posible inferir la excepción al plazo de tres años previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo respecto de la sanción moratoria por el no pago oportuno de la cesantía anualizada.

(...)

¹⁷ Ley 50 de 1990. “Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

(...)

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos”.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como quedó visto esto constituye un error, considerando que la Corte Suprema de Justicia abordó el tema de la prescripción del auxilio de cesantía, mas no de la sanción moratoria contenida en el artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, por lo que no era posible trasladar tales argumentos a una figura que claramente tiene una naturaleza jurídica distinta.”

En estas condiciones observa la Sala que, contrario a lo afirmado por el apelante, el término de prescripción de tres años respecto de la sanción moratoria por el no pago oportuno de la cesantía anualizada se debe contar desde que la obligación se hace exigible, mas no desde que finaliza la relación laboral del empleado con la respectiva entidad, pues esta tesis, a todas luces, resulta contraria al tenor literal del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, aplicable en virtud de la pauta hermenéutica de la analogía a la figura en mención.

(...)

Se insiste, la obligación de pago de la sanción moratoria no surge a partir de la cancelación efectiva de la cesantía ni de la terminación de la relación legal y reglamentaria, como parece entenderlo el apelante, sino que ella se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple con el deber de consignar el valor que corresponda en la cuenta individual del trabajador, a razón de un día de salario por cada día de retardo.

Un entendimiento contrario conllevaría al absurdo de afirmar que el reclamo de la sanción moratoria dependería de la voluntad del empleador incumplido, pues solo sería viable formularlo una vez se ha pagado la cesantía o ha ocurrido el retiro del servicio del empleado. Por el contrario, la intención del Legislador al establecer dicha sanción fue justamente castigar la omisión o el retardo en el pago de la prestación.”

De acuerdo con las corrientes jurisprudenciales examinadas, esta Corporación se aviene en cuanto a la liquidación planteada por la Subsección A, dado que considera que es precisamente el día después a la calenda en que expira la fecha para consignar el auxilio de cesantía en la cuenta del trabajador que se genera la mora, de que trata el artículo 99-3 de Ley 50 de 1990.

A la par, en lo atinente al procedimiento para la liquidación y consignación de la prestación anotada y la fecha a partir de la cual se contabiliza la sanción moratoria, se tiene en cuenta que esta es liquidada a 31 de diciembre de cada año y consignada al Fondo a más tardar el 15 de febrero del año siguiente, plazo que de no cumplirse inicia el acaecimiento de la sanción moratoria diaria, hasta el cumplimiento de la obligación prestacional.

Definido entonces el marco temático del caso, sin ahondar en mayores elucubraciones se adentra ahora este Cuerpo Colegiado a estudiar el caso concreto.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

7.9. Caso Concreto.

7.9.1 De las pruebas recolectadas en el plenario

Obran en el plenario las siguientes pruebas:

1.- Certificación suscrita por el Secretario de Gobierno del Municipio de Ovejas- sucre en la que consta la fecha de vinculación del demandante, así como los cargos desempeñados y el salario desde el año 1996 hasta el 2014.¹⁸

2.- Constancia rubricada por el Secretario de Gobierno del Municipio de Ovejas- Sucre en la que se establece que el señor JAIRO BARRIOS se encuentra afiliado al Fondo de Cesantías PORVENIR, desde el 16 de marzo de 2012.¹⁹

3.- Liquidación de las acreencias laborales devengadas por el señor BARRIOS JARABA en el período comprendido entre 1996 y 2010²⁰ .

4.- Comunicación dirigida al alcalde Municipal de Ovejas - Sucre de fecha 10 de noviembre de 1998 a través de la cual el actor le comunica su renuncia de manera libre y voluntaria al régimen retroactivo de cesantías para acogerse al anualizado que consagra la Ley 344 de 1996.²¹

5.- Oficio de calenda 22 de noviembre de 2000 mediante el cual el demandante solicita a la entidad demandada se le consignen sus cesantías al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR, correspondiente a los años 1996 a 2000 y que se le reconozca y pague la sanción moratoria por no consignación de las cesantías en el Fondo año por año correspondiente a las anualidades 1998 a 2000.²²

6.- Petición adiada 10 de julio de 2014 a través de la cual solicita el pago de la sanción o indemnización moratoria²³

7.- Oficio de calenda 13 de agosto de 2014 por el cual se le da respuesta al demandante de la petición anteriormente relacionada.²⁴

¹⁸ Ver folio 20

¹⁹ Ver folio 21

²⁰ Ver folio 22

²¹ Ver folio 23

²² Ver folio 24

²³ Ver folio 25-26

²⁴ Ver folio 27

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

8.- Certificación suscrita por la Secretaria de Gobierno Municipal de Ovejas – Sucre en la que se establece los cargos ocupados por el señor JAIRO BARRIOS, el tiempo de duración en cada cargo, el fondo de cesantías al cual se encuentra afiliado, los períodos consignados por concepto de cesantías en dicho fondo, así como el valor reconocido por concepto de sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías.²⁵

9.- Oficio de fecha 15 de marzo de hogaño firmado por el Analista I Back – servicio – Regional Nororiente a través del cual se expresa la fecha de vinculación del señor JAIRO BARRIOS al fondo de Cesantías PORVENIR, los movimientos de su cuenta junto con la relación de los mismos. ²⁶

10.- Hoja de vida del actor (Antecedentes administrativos) ²⁷

11.- Oficio sin fecha visible suscrito por la Coordinadora Grupo ARCF- Comercial del Fondo Nacional del Ahorro con el cual se comunica a esta Corporación que una vez consultada su base de datos se pudo establecer que el demandante no se encuentra vinculado a dicho fondo por ninguno de sus productos²⁸

12.- Respuesta del Fondo Nacional del Ahorro sobre afiliación del demandante a esa entidad²⁹.

8.0. Hechos probados

Se encuentra probado que el actor ingresó a la Alcaldía Municipal de Ovejas –Sucre, el 11 de junio de 1996.

Así mismo, que el 10 de noviembre de 1998 el demandante le comunicó al señor Alcalde Municipal de Ovejas – Sucre la renuncia del régimen retroactivo de cesantías para acogerse al anualizado tal como lo establece la ley 344 de 1996.

También se demostró que el señor BARRIOS JARABA solicitó al Alcalde Municipal de Ovejas – Sucre, mediante oficio el 22 de noviembre de 2000 el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la falta de consignación del auxilio de cesantías causado durante los años 1996 a 2000.

²⁵ Ver folio 116

²⁶ Ver folios 155 a 157

²⁷ Ver Folios.116-143

²⁸ Ver folio 160

²⁹ Ver folio 186-187

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Que posteriormente el 10 de julio de 2014 impetró el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna en el Fondo de Cesantías por el período correspondiente a los años 1996 a 2010.

A su vez se demostró que el demandante se encuentra afiliado al Fondo de Cesantías PORVENIR desde el 16 de marzo de 2012 fecha en la que le fueron consignadas sus cesantías correspondiente al año 2011 y subsiguientes.

También se pudo comprobar que al actor no se le ha consignado a la fecha las cesantías y sus respectivos intereses del período correspondiente a los años 1996 a 2010, por consiguiente se condenará a la entidad demandada al reconocimiento y pago de las cesantías con sus respectivos intereses, de los años antes mencionado; aclarando la Sala que los años 1996 y 1997, deberán ser liquidados con el régimen retroactivo y los posteriores con el anualizado, pero el depósito deberá realizarse en el fondo que más adelante se indicará por el cambio de régimen realizado por el actor en el año 1998.

Los valores anteriores deberán ser consignados en el Fondo de Cesantías PORVENIR, suma que deberá ser indexada de conformidad con el inciso final del artículo 187 del CPACA, con la fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R), se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es la suma a que equivale al valor del salario causada, por el guarismo que resulte de dividir, el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente en la fecha en que debieron hacerse los pagos.

En este contexto, considera esta Corporación que la respuesta al primer problema jurídico planteado es positiva, por cuanto se acreditó que la entidad territorial no consignó las cesantías y sus interés al cual tiene derecho el señor JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA dentro del término que para tal efecto señala la ley, habida cuenta que quedó comprobado en el expediente que el régimen de cesantías aplicable al actor para los dos primeros años se reitera es el retroactivo y para los siguientes el anualizado, debido a que era ese el régimen para los empleados territoriales a partir del 31 de diciembre de 1996, por lo tanto, la entidad pública empleadora debía consignar anualmente el valor de las cesantías correspondientes a los años 1998 a 2010 y esta no lo hizo; sin importar que las cesantías del año 1996 y 1997, no debían ser consignadas anualmente porque él se encontraba en el régimen de retroactividad ya

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

que su vinculación con la entidad demandada se inició el 11 junio de 1996, antes de la entrada en vigencia de la ley 344 de 1996, la cual ocurrió el 27 de diciembre.

Amén de lo anterior, la Sala abordará como segundo tópico, el examen de los medios de prueba vertidos en el proceso a fin de determinar si se encuentra estructurada como alega el demandante, la mora en el no pago oportuno de las cesantías por parte del Municipio de Ovejas de los años 1996 a 2010.

En efecto, se avista en el *sub judice* que el actor mediante oficio de calenda 22 de noviembre de 2000 solicita a la entidad demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías en el fondo año por año correspondiente a las anualidades 1998 a 2000.³⁰ Lo anterior significa como se dijo en párrafos precedentes, el demandante no tendría derecho a la sanción moratoria para los años 1996 y 1997, puesto que para estas anualidades se encontraba en el régimen retroactivo, sólo tendría derecho a esta sanción a partir de 1998, que fue cuando realizó la renuncia a este régimen y se trasladó al de sistema anualizado (ver misiva que obra a folio 23).

Así mismo se puede observar que el demandante incoó nueva petición con la cual solicitó el pago de la sanción moratoria por la no consignación a tiempo de sus cesantías correspondiente al período 1996 a 2010; se colige de lo antes mencionado, que se encuentra acreditada efectivamente la mora, toda vez que el Municipio de Ovejas debió consignar el valor de las cesantías del año 1998, a más tardar el 14 de febrero de 1999 y para el valor del auxilio del año 1999, hasta el 14 de febrero de 2000 y así sucesivamente; empero, esta obligación sólo fue acatada el 16 de marzo 2012; tal con se avizora en el folio 157; luego entonces, es evidente el incumplimiento de los términos de ley; sanción que se produce sin importar que el demandante no hubiese escogido un fondo de Cesantías, aun cuando se aclara, este si lo escogió y así lo anotó en el oficio de comunicación de tal hecho.

Ahora bien, no puede perderse de vista la regla de la prescripción trienal que resulta aplicable a los derechos accesorios de las prestaciones sociales, como es el caso de la sanción estipulada por el no pago oportuno de las cesantías; de manera que, una vez causada la misma, el interesado debe reclamarla durante los tres años siguientes, contados desde la fecha en que se hizo exigible, inicialmente en sede administrativa y posteriormente por vía judicial, así persista el vínculo laboral.

En el caso objeto de estudio, se reclama el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías causadas por el demandante durante los años 1996 a 2010, pero realmente tendría derecho según lo anotado en

³⁰ Ver folio 24

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

acápites anteriores a los años 1998 a 2010; cesantías que aún no han sido consignadas, lo que conlleva que se genere la pena anterior.

Aunque la mora en la cual incurrió el municipio de Ovejas empezó a correr desde los días 16 de febrero de 1999 con la solicitud presentada el 22 de noviembre del año 2000, se interrumpió la prescripción de los años 1998 y 1999, que eran los únicos que se habían causados a la fecha de presentación de la solicitud, por un término de tres años, significando esto que debía presentar la demanda hasta el año 2003.

La Sala para efecto de una mejor comprensión hará un cuadro que indique el término con que contaba el demandante para interrumpir la prescripción.

ANO	FECHA DE INICIO	FECHA DE VENCIMIENTO
1998	15 de Febrero de 1999	16 de Febrero de 2002
1999	15 de Febrero de 2000	16 de Febrero de 2003
2000	15 de Febrero de 2001	16 de Febrero de 2004
2001	15 de Febrero de 2002	16 de Febrero de 2005
2002	15 de Febrero de 2003	16 de Febrero de 2006
2003	15 de Febrero de 2004	16 de Febrero de 2007
2004	15 de Febrero de 2005	16 de Febrero de 2008
2005	15 de Febrero de 2006	16 de Febrero de 2009
2006	15 de Febrero de 2007	16 de Febrero de 2010
2007	15 de Febrero de 2008	16 de Febrero de 2011
2008	15 de Febrero de 2009	16 de Febrero de 2012
2009	15 de Febrero de 2010	16 de Febrero de 2013
2010	15 de Febrero de 2011	16 de Febrero de 2014

Como quiera que solo realizó petición solicitando el pago de las cesantías y la sanción correspondiente hasta el 10 de julio de 2014, para la misma ya había operado el fenómeno de la prescripción. Con la anterior verificación, se encuentra probado que transcurrieron más de trece (13) años sin que el demandante ejercitara acción alguna tendiente hacer efectivos los derechos que estimó conculcados, esa inercia e inactividad del actor en procurar la satisfacción de su derecho ante la administración, fue lo que trajo consigo la configuración de la prescripción de la sanción pretendida, en razón a que éste tipo de emolumentos no persisten perennemente en el tiempo, así persista en su caso el vínculo laboral.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En efecto, el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que contiene la sanción moratoria solicitada, no condiciona la causación de tal derecho al pago efectivo de la prestación, ni mucho menos al retiro del empleado. Lo anterior es así, teniendo en cuenta que el empleado está habilitado a partir del día siguiente en que se hace exigible la obligación, es decir, desde el 16 de febrero del año siguiente a que se cause, para reclamar la sanción a la que se hace acreedor el empleador por su incumplimiento, a razón de un día de salario por cada día de retardo, por lo que desde entonces es que se hace exigible, no a partir de la cancelación efectiva de la cesantía ni de la terminación de la relación legal y reglamentaria, so pena de suspender en el tiempo el término para reclamar la sanción moratoria hasta que ocurra alguno de esos dos eventos, otorgándole retroactividad sin límite alguno a esa sanción.

Como el demandante reclamó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, el 14 de julio de 2014, lo anterior pone de presente que para entonces la misma se encontraba prescrita; es decir, por fuera del término de tres (3) años, previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. A pesar de que posteriormente se le consignaron y continuó vinculado con la entidad.

Ahora, si bien la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado³¹, sostiene que mientras esté vigente el vínculo laboral, no se puede declarar la prescripción de las cesantías y, por tanto, tampoco de la sanción moratoria por su no cancelación oportuna, en razón a que esa prestación solo se hace exigible al terminar la relación laboral. En el caso bajo estudio, si bien el vínculo laboral del demandante con el municipio de Ovejas se encuentra vigente en la actualidad, dentro del expediente hay prueba de que el señor BARRIOS JARABA, en el año 2012 solicitó el retiro parcial de las cesantías consignadas³²; luego entonces, el demandante debió conocer de la omisión en la consignación para los años anteriores; sin embargo, guardó silencio y solo hasta el 10 de julio de 2014 las reclamó.

De manera que en el presente caso, no es dable contabilizar el término de la prescripción de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, desde el momento en que presentó la solicitud de reconocimiento, tampoco desde que las cesantías le fueron consignadas por cuanto, es claro que cuando presentó la solicitud de retiro parcial de cesantías en el año 2012, debió conocer que el municipio hasta entonces no había consignado las de los años 1999 a 2010, sin embargo, ninguna gestión tangible se aprecia como realizada de su parte en procura de su pago, pues nada al respecto aparece en el expediente, al extremo de sostenerse un cuasi abandono del derecho por más de trece años, en la cual con base en la tesis de la

³¹ Ver, entre otras, la sentencia del 22 de enero de 2015, No. Interno: 4346-13, con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

³² A folio 163, obra escrito en el que se relacionan los movimientos de las cesantías consignadas al demandante del año 2012.

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado pudo permanecer hasta su retiro del servicio, lo que a la postre conllevaría a la generación de una suma sancionatoria en contra de la entidad y en su favor.

En efecto, es bien sabido que, entre mayor sea el lapso de la mora, mayor es el monto de la sanción, por lo que no puede dejarse a manos del beneficiario de la misma, conector de esa circunstancia, la libertad de determinar cuándo reclamar su derecho; y tampoco, ello puede depender de la voluntad de la entidad incumplida, en los eventos en que cancele el auxilio de cesantía o se presente el retiro del servicio del empleado.

Con esa arista, al haber operado con creces la prescripción de la sanción moratoria pretendida, se debe declarar probada la excepción propuesta por la apoderada de la parte accionada, y así se hará.

8.2. Condena en Costas

En lo que respecta a la condena en costas, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código General del Proceso.

En ese sentido, al prosperar las pretensiones de la demanda, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Sucre - Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo presunto, suscitado por la petición de 10 de julio de 2014, presentada ante el Alcalde Municipal de Ovejas – Sucre, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de las cesantías y sus intereses correspondiente a los años 1996 a 2010 al señor JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** al Municipio de OVEJAS – SUCRE, al reconocimiento y pago de las cesantías y sus respectivos

Expediente: 70-001-23-33-000-2015-00122-00
Actor: JAIRO ALFONSO BARRIOS JARABA
Demandado: MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

intereses del período correspondiente a los años 1996 a 2010; aclarando la Sala que los años 1996 y 1997, deberán ser liquidados con el régimen retroactivo y los posteriores con el anualizado, pero el depósito deberá realizarse en el Fondo de Cesantías PORVENIR, por el cambio de régimen realizado por el actor en el año 1998; suma que deberá ser indexada de conformidad con el inciso final del artículo 187 del CPACA, con la fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R), se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es la suma a que equivale al valor del salario causada, por el guarismo que resulte de dividir, el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente en la fecha en que debieron hacerse los pagos.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción trienal de la sanción moratoria correspondiente al período comprendido entre 1996 a 2010, contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, propuesta por del MUNICIPIO DE OVEJAS - SUCRE, de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas al MUNICIPIO DE OVEJAS SUCRE, conforme lo establece el Código General del Proceso en sus artículos 365 y 366.

QUINTO: 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.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 086.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado

Magistrado

(Ausente con permiso)