



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, septiembre 27 de dos mil diecinueve (2019)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	Nº 70001-33-33-008-2016-00016-01
Demandante:	José Rafael Vergara Atencia
Demandado:	Municipio del Roble - Sucre
Procedencia:	Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo

***Tema:** Cesantías / Régimen anualizado / Sanción moratoria / Empleado territorial / Celador / Reclamación administrativa / Fecha de radicación del proceso judicial / Prescripción /*

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

Al no evidenciar irregularidades que deban sanearse por el órgano judicial, en tanto el trámite del proceso se encuentra ajustado, procede la SALA a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha veinte dos (22) de marzo de 2018¹, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, declara probada la prescripción trienal del derecho y niega las pretensiones de la demanda.

2. ANTECEDENTES

2.1 PRETENSIONES². El señor JOSÉ RAFAEL VERGARA ATENCIA, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por intermedio de apoderado judicial, procura la declaratoria de nulidad del acto administrativo

¹ Fls. 105-113 Cd. Ppal.

² Fls. 4-5 del C. Ppal.

negativo ficto producto de la no respuesta frente a la petición del día 24 de febrero de 2009, radicada ante la Alcaldía Municipal de El Roble Sucre y que fue recibida por la Secretaria General LEDIS MENDOZA VELÁZQUEZ.

Como consecuencia de la declaración anterior, solicita se ordene al Municipio de El Roble Sucre, a pagar al demandante, por sanción moratoria un día de salario por cada día dejado de percibir. A saber:

Año 2007: Salario mensual \$ 437.700.00 Salario diario.....	\$ 14.566.00.
Desde 16 de mayo del año 2007 a 31 de diciembre de 2007	\$ 2.825.804
Desde 1 de enero del año 2008 a 31 de diciembre de 2008	\$ 5.316.590
Desde 1 de enero del año 2009 a 31 de diciembre de 2009	\$ 5.316.590
Desde 1 de enero del año 2010 a 31 de diciembre de 2010	\$ 5.316.590
Desde 1 de enero del año 2011 a 31 de diciembre de 2011	\$ 5.316.590
Desde 1 de enero del año 2012 a 31 de diciembre de 2012	\$ 5.316.590
Desde 1 de enero del año 2013 a 31 de diciembre de 2013	\$ 5.316.590
Desde 1 de enero del año 2014 a 31 de diciembre de 2014	\$ 5.316.590
Desde 1 de enero del año 2015 a 31 de diciembre de 2015	\$ 5.316.590
TOTAL SANCIÓN MORATORIA.....	\$ 50.675.114

Precisa que, la anterior liquidación se realizó desde día 66 hábil o sea desde el 16 de mayo del año 2007, posterior a la fecha en que se debieron consignar las cesantías o sea el 15 de febrero de 2007.

Depreca que, se condene al Municipio de El Roble Sucre, a que sobre las sumas que resultare pagar a mi poderdante, le reconozca y pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Del mismo modo, se ordene el cumplimiento del fallo conforme al art. 192 del CPACA, así como el pago de los intereses moratorios y costas procesales y agencias en derecho.

2.2 SUPUESTOS FÁCTICOS³: Refiere el demandante que fue vinculado a la planta de personal del Municipio de El Roble Sucre, en el cargo de director de Celador nocturno, mediante la Resolución N° 066 de 19 de noviembre de 2003, con una asignación mensual de pesos \$566.700.00. Para el año 2012, que se toma como base para la liquidación de la sanción moratoria.

³ Fls. 2-4 del Cd. Ppal.

Manifestó que, se encuentra laborando al cargo del Municipio de El Roble (Sucre), desde el 19 de noviembre de 2003 hasta la fecha y solo a partir del año 2008, fue que lo afiliaron en el fondo de cesantías, por lo que las cesantías correspondientes a los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, no fueron consignadas de manera oportuna en el fondo de cesantías escogido.

Aduce que, el Municipio de El Roble (Sucre) no cumplió con la obligación de consignar las cesantías del demandante correspondiente a los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007; por lo anterior, el 24 de febrero del 2009, solicitó ante ese ente territorial, el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de sus cesantías, sin obtener respuesta, operando el silencio administrativo negativo.

Agregó que, solo hasta el año 2008 fue vinculado por parte del Municipio del Roble Sucre, al fondo de cesantías Porvenir, y a partir de ese año fue que se empezaron a realizar las consignaciones de dichas cesantías, quedando adeudando las correspondientes a los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007.

Adujo también, que a la fecha, se encuentra laborando en el Municipio de El Roble Sucre.

Por último, sostuvo que el día 25 de julio de 2012, celebró audiencia de conciliación extrajudicial en la Procuraduría 44 Judicial I administrativa delegada ante el Tribunal Administrativos de Sucre, sin embargo, fue improbada por el juzgado octavo oral administrativo del circuito de Sincelejo.

2.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN⁴: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Artículos 1º, 2º, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política; artículos 50 y 99 de la Ley 50 de 1990; Decreto 1580 de 1998, art. 1º; art. 5º de la Ley 1071 de 2006, .

En su **concepto de violación**, manifestó, que el valor liquidado por concepto de cesantías se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que el mismo elija. El empleador que incumpla dicha obligación deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

⁴ Folios 4-9 Normas Violadas y Concepto de Violación.

A su vez, el Decreto 1580 de 1998, art. 1º, indica que 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, serán 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 del Ahorro serán establecidos en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Estimó que, no hubo cumplimiento a lo establecido en el numeral primero del Decreto 1580 del 1998, por la no realización de la liquidación correspondiente a las cesantías de sus trabajadores en el tiempo contemplado por la ley, de igual manera el reconocimiento del 12% anual, y la consignación en cuentas individuales de los trabajadores en el fondo de cesantías acogido por los mismos.

Por último, trae a colación la Sentencia proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Sucre, respecto al tema de la sanción moratoria con fecha 08 de mayo de 2014, M.P.: Rufo Arturo Carvajal Argoty, Rad. No. 70-001-33-33-009-2012-00112-01.

2.4 LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS:

- **EL MUNICIPIO EL ROBLE**⁵, manifestó que algunos hechos no tenían la connotación de los mismos, otros eran ciertos, o que no le constan, en razón a que a esa administración no se le hizo entrega de los archivos correspondientes a tesorería y/o pagaduría.

Respecto a las pretensiones, indicó que se opone a la prosperidad de las mismas, en razón a que el demandante no cumple con los requisitos necesarios para que se le reconozca la sanción contenida en el artículo 2º de la Ley 244 de diciembre 29 de 1995 subrogado por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

Propuso como excepciones previas, falta de agotamiento de la vía gubernativa, falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva; como excepciones de fondo, carencia de fundamentos fácticos y legales que soporten las pretensiones de la

⁵ Folios 48-58 del cuaderno de primera instancia.

demanda, improcedencia de la sanción moratoria contenida en el artículo 2° de la Ley 244 de diciembre 29 de 1995, subrogado por el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, imposibilidad de pronunciamiento de fondo respecto a la sanción moratoria de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de diciembre 28 de 1990, excesiva tasación de las pretensiones y prescripción de los derechos laborales reclamados.

2.5 LA SENTENCIA IMPUGNADA⁶. El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia proferida el día 22 de marzo de 2018, declaró no probadas las excepciones propuestas por el Municipio del Roble – Sucre las denominadas, carencia de fundamentos fácticos y legales que soporten las pretensiones de la demanda, improcedencia de las sanciones moratorias contenida en el art. 2° de la Ley 244 de 1995 subrogada por el art. 5° de la Ley 1071 de 2006, imposibilidad de pronunciamiento de fondo respecto a la sanción moratoria de que trata el numeral 3| del art. 99 de la Ley 50 de 1990.

En segundo lugar, declaró probada la prescripción trienal del derecho reclamado, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamentos de su decisión indicó que, el señor José Vergara Atencia está cobijado por el régimen anualizado de cesantías, como quiera que se vinculó a la planta de personal del Municipio del Roble, Sucre, en el cargo de Celador, mediante Decreto No. 066 de 19 de noviembre de 2003, tomando posesión ese mismo día; es decir, que ingresó a la administración pública con posterioridad al 31 de diciembre de 1996, por tanto se le aplica la Ley 50 de 1990, art. 99, extendido a los empleados territoriales por mandato de la Ley 344 de 1996 y reglamentado mediante el Decreto 1582 de 1998.

Sostuvo que, de acuerdo al extracto individual de cesantías remitido por el Fondo Nacional del Ahorro –fondo de cesantías al que se encuentra afiliado el actor desde el año 2009-, colige que el actor solo hasta el año 2008 fue afiliado al fondo privado de cesantías, sin que hubiesen sido consignadas las correspondientes a las anualidades 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, omisión que da lugar a la causación de la sanción por mora prevista en el numeral 3° del art. 99 de la Ley 50 de 1990, consistente en un día de salario por cada día de retardo, sobre los periodos comprendidos entre 2003 a 2007.

⁶ Folios 105 - 113 del C. Ppal.

No obstante lo anterior, manifestó que los periodos objeto de reclamación se encuentran prescritos, en razón a **que la reclamación la presentó el 24 de febrero de 2009**, interrumpiendo la prescripción por un lapso de 3 años, es decir, que tenía hasta el 25 de febrero de 2012 para presentar la demanda, empero la instauró el 25 de mayo de 2012, es decir, después expirado dicho término.

Precisó que, si bien el acto acusado se trata de un acto ficto o presunto negativo, que de conformidad con el art. 164 numeral 1º, literal d) del CPACA, puede demandarse en cualquier tiempo, no sucede lo mismo con el derecho reclamado está sujeto al término prescriptivo de 3 años contados a partir que se empieza a causar la mora, esto es, desde el día siguiente al término para la consignación oportuna de las cesantías, el cual se interrumpe con el reclamo escrito del trabajador, pero solo por un lapso igual, siendo que la solicitud de conciliación como requisito prejudicial, suspende el término de prescripción del derecho y de caducidad del medio de control, en los términos del art. 21 de la Ley 640 de 2001, pero en todo caso al momento de presentar dicha conciliación extrajudicial, ya el derecho pretendido se encontraba prescrito.

2.6 EL RECURSO⁷. Inconforme con la decisión de primera instancia, presentó recurso de apelación solicitando se revoque y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

Como argumentos anota que, solo hasta el año 2009 el ente accionado lo afilió al fondo de cesantías, realizando la consignación correspondiente al año 2008, adeudando los años 2003 a 2007, los cuales a la fecha no han sido consignados.

Menciona que, aún se encuentra vinculado al Municipio del Roble, sin solución de continuidad, por tanto, los derechos laborales del mismo no han prescrito y tampoco está demostrado que este hecho se haya superado efectuando las respectivas consignaciones al fondo respectivo y/o al trabajador.

Trae a colación el pronunciamiento de la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, sentencia del 9 de mayo de 2013, exp. No. 1219-12, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, que analizó el término a partir del cual se puede contabilizar la prescripción de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, concluyendo que el mismo inicia desde el momento de la terminación de la vinculación laboral, que es cuando verdaderamente se causa o se hace exigible tal prestación social.

⁷ Folios 118 - 122 del C. Ppal.

2.7 EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL.

PRIMERA INSTANCIA.

Actuación	Folio(s)	Fechas o asuntos
Se repartió la demanda ante los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Sucelejo, correspondiéndole al Octavo o.	23	04 de febrero de 2016
Se admite la demanda	24 - 26	Por auto del 11 de mayo de 2016 y se ordena la notificación personal de: Municipio del Roble - Ministerio Público - Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado
Se notifica por estado No. 058	26	12 de mayo de 2016
Notificación personal por buzón electrónico	37	12-08-2016 Procuraduría Municipio del Roble
Contestación de la demanda por parte del Municipio del Roble	48 - 58	13 de octubre de 2016
Traslado de las excepciones por el término de 3 días	60	Inició el 16 de noviembre de 2016 Finalizó el 18 de noviembre de 2016
Escrito mediante el cual la parte actora se pronuncia sobre las excepciones	61-68	18 de noviembre de 2016
Auto señala fecha para audiencia inicial	66	21 de noviembre de 2016
Celebración de la audiencia inicial	77 - 84	23 de febrero de 2017
Celebración de la audiencia de pruebas	96 - 97	18 de abril de 2017
Sentencia de primera instancia	105 - 113	22 marzo de 2018
Notificación de la sentencia vía electrónica	114 - 117	3 de abril de 2018
Recurso de apelación presentado por la parte actora	118 - 122	13 abril de 2018

SEGUNDA INSTANCIA.

Actuación	Folio(s)	Fechas o asuntos
Se repartió la demanda ante el Tribunal Administrativos de Sucelejo.	2 Cd. Alzada	26 de abril de 2018
Se admite el recurso de apelación	4 ib.	31 de mayo de 2018
Se corre traslado a las partes para que formulen alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.	9 ib.	06 de septiembre de 2018

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. LA DEMANDANTE: No presentó alegatos de conclusión.

3.2. LA DEMANDADA: El Municipio del Roble, en término, presenta sus alegatos de conclusión sosteniendo que el apelante se queja de la decisión tomada por el *a quo*, por tener en cuenta el criterio adoptado en la sentencia de unificación del consejo de estado, respecto a la prescripción del cobro de la sanción moratoria causados por la no consignación de cesantías, a lo cual pide que se tome la posición adoptada por el Tribunal Administrativo de Sucre, obviando la sentencia de unificación citada.

Manifiesta que, la sentencia de unificación configura un precedente y las subreglas creadas son de obligatorio cumplimiento para aquellas situaciones que guarden identidad fáctica y jurídica como lo es este caso y criterio adoptado por el mismo tribunal.

Alega que, el pago de las cesantías para este efecto, solo implicaría el límite de causación de la sanción moratoria, lo que quiere decir, que habiéndose pagado o no las cesantías, el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho a cobrar la sanción moratoria sigue su propio curso, esto es, 3 años a partir de la fecha en que se debió realizar el aporte al fondo, interrumpiéndose por un lapso igual, tal como lo contempla el art. 151 del C.P.L.

Concluye, aduciendo que el fallo de primera instancia se edificó acorde con el precedente judicial sobre el tema y la sentencia hito proferida por el máximo órgano de cierre administrativo, por ello, se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

3.3. MINISTERIO PÚBLICO: No rindió concepto.

4. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

4.1. LA COMPETENCIA. Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia delimitada en el acápite inicial de esta providencia.

4.2. EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER. De acuerdo con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en calidad de apelante único, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar, si al señor José Rafael Vergara Atencia tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de sus cesantías anualizadas, correspondiente a los años 2003 a 2007. En caso afirmativo, se analizará si están afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Para efectos metodológicos, el estudio del asunto se desarrollará en el siguiente orden: i) naturaleza del auxilio de cesantías; ii) prescripción de la sanción moratoria; y iii) solución al caso concreto.

4.3. NATURALEZA DEL AUXILIO DE CESANTÍAS. Las cesantías corresponden a una prestación social a cargo del empleador y su creación estuvo encaminada a que constituyeran un auxilio para el trabajador que quedara cesante o que debiera atender necesidades de vivienda o educación.

En el ordenamiento jurídico colombiano existen dos regímenes para la liquidación y pago de las cesantías, a saber: a) el retroactivo y b) el anualizado.

En el primer caso, el valor del auxilio se encuentra en poder del empleador durante la vigencia de la relación laboral y se paga con base al último salario devengado, de conformidad con las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

Por su parte, el régimen anualizado fue regulado inicialmente por el Decreto 3118 de 1968 y más adelante por la Ley 50 de 1990, disponiendo que las cesantías se liquidan anualmente y deben consignarse a la Administradora del Fondo de Cesantías a más tardar el 14 de febrero de cada año, salvo lo previsto para el caso del Fondo Nacional del Ahorro.

Posteriormente, el art. 1º del Decreto reglamentario 1582 de 1998 fue el que trajo consigo la sanción moratoria prevista en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los servidores públicos vinculados a las entidades del orden territorial, a partir de la entrada en vigencia del mismo (10 de agosto de 1998). Dijo la norma:

“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 2 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 art. 5º y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998.”

Como característica de este régimen se tiene que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de la cesantía por la anualidad o por la fracción correspondiente, valor que debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que el mismo elija.

Ahora bien, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 estableció una sanción moratoria por la omisión al deber de consignar oportunamente las cesantías anualizadas, en los siguientes términos:

Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

[...]

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 retardo.** (Resaltado fuera de texto).

A su turno, el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104.

4.4. PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA. La Sección Segunda del Consejo de Estado⁸ estudió la sanción moratoria derivada de la consignación tardía del auxilio de cesantías anualizadas, **unificando** el tema de la prescripción, considerándose lo siguiente:

«[...] De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “*el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo*”.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia de 25 de agosto de 2016, **radicado: 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) CE-SUJ2-004-16**, actor: Yesenia Esther Hereira Castillo, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016.

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

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

Siguiendo ese hilo argumental, se pronunció sobre la prescripción de la sanción moratoria y la norma aplicable en esa materia, en los siguientes términos:

«[...] Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios⁹ a la prestación “cesantías”.

Como hacen parte del derecho sancionador¹⁰ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor:

“Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”
[...]

El anterior análisis nos lleva a considerar que la segunda tesis planteada, es decir, la que sugiere la prescripción trienal de la sanción moratoria, incluso durante la vigencia del vínculo laboral, está más acorde, no solo con la realidad fáctica de la

⁹ Tal indemnización no tiene el carácter de accesorio a las cesantías, como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

¹⁰ En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción “busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora...”

controversia, sino con la disposición legal que la consagra, como pasa a explicarse: (Negrilla, subrayado y cursiva fuera de la providencia)

De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.

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

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

La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1¹¹ del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

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

De acuerdo con lo anterior, fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

« [...] - La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

¹¹ “**Artículo 104º.**- De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía...”

- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

- Cuando se producen moras simultáneas por diferentes periodos de cesantías no consignadas oportunamente, no se generan indemnizaciones concurrentes, sino una única indemnización que corre desde el primer día de la primera mora hasta cuando se produzca el retiro del servicio.»

Así, la aludida Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 del 25 de agosto de 2016, determinó entre otras, una regla jurisprudencial clara en cuanto a que la exigibilidad de la sanción surge desde el **momento mismo en que la entidad empleadora incurra en el incumplimiento del deber legal –15 de febrero de cada anualidad-**, so pena de verse afectada por el fenómeno de prescripción, sin que sea relevante en ese escenario, si el vínculo se encuentra vigente o no.

Igualmente, a partir de la mencionada providencia, el Consejo de Estado ha entendido que como **la sanción moratoria** se causa en forma autónoma y es un derecho prescriptible, que debe reclamarse dentro de los 3 años siguientes a aquel en que se hizo exigible la obligación, so pena de su fenecimiento. Así se ha considerado, entre otras, en las siguientes providencias:

Subsección B¹²:

“De conformidad con la disposición transcrita, se establece que el término de prescripción de tres (3) años, se debe contar a partir de la fecha en que la obligación se hace exigible y la interrupción del término pero solo por un lapso igual, tiene lugar con el simple reclamo escrito del interesado, que para el caso de los empleados públicos deberá presentarse ante la autoridad competente acerca del derecho o la prestación pretendida.”

Subsección A¹³:

“[...] la sanción moratoria se causa de forma autónoma, por el solo incumplimiento del plazo legal para el pago de las cesantías. Es decir, no se súpedita al pago efectivo de las cesantías.

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de septiembre de 2017, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 08001-23-33-000-2013-00726-01, número interno: 3560-15

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 15 de febrero de 2018, radicación: 27001-23-33-000-2013-00188-01, número interno 0810-14, M.P. William Hernández Gómez

En aplicación del criterio jurisprudencial expuesto, según el cual la sanción moratoria es prescriptible y se aplica el término previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral [...]

Se concluye de lo expuesto que la demandante reclamó su derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por fuera de los tres años contados a partir del día en que se hizo exigible la sanción moratoria y, por lo anterior en el caso en concreto operó la prescripción extintiva [...]” [...]

La misma subsección, en providencia del 20 de septiembre de 2018¹⁴, sostuvo:

“En consecuencia, se procede a estudiar lo alegado por la demandante sobre la prescripción trienal de la sanción moratoria que se causa por el retardo en la consignación del auxilio de cesantía, aspecto sobre el cual, como ya se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, se pronunció la Sección Segunda en la sentencia del 25 de agosto de 2016, considerando que por tratarse de una sanción, la misma no puede ser imprescriptible y está sujeta al término consagrado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, por ende, pasados 3 años sin hacer la reclamación laboral, se extingue el derecho del trabajador a recibir el pago de la sanción.

Advierte entonces la Sala que contrario a lo afirmado por la recurrente no es a partir de la finalización del vínculo laboral que empieza a correr el término de prescripción, sino desde que la sanción moratoria es exigible, esto es, el 15 de febrero del año en el cual el empleador debe hacer la consignación del valor de la cesantía del trabajador por el año anterior en el fondo que éste haya escogido, tratándose de cesantías anualizadas, como el presente caso.

Es así que en el *sub judice*, el Municipio de Soledad tenía plazo para consignar el auxilio de cesantía del año 2003 del trabajador, hasta el 14 de febrero de 2004 al fondo correspondiente, entonces, al no realizarse el depósito, el inicio del término de la sanción moratoria comenzó a correr desde el 15 de dicho mes y año.

Ahora bien, se precisa que en el *sub lite* Clara Luz Rambao Cera reclamó ante la administración solo el 28 de octubre de 2010, a saber, más de 3 años después de la causación de la sanción moratoria, en consecuencia, impera la aplicación del fenómeno de la prescripción regulado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, respecto de los valores adeudados anteriores al **28 de octubre de 2007.**”

En este orden de ideas, se procede a estudiar el caso puesto a consideración de este Tribunal.

5. CASO CONCRETO: En el *sub júdice*, el objeto de desacuerdo del demandante en relación con la sentencia de primera instancia, se concretó en que la demandada debe reconocer y pagar la sanción moratoria por la no ha consignación oportuna de las cesantías del actor correspondiente a los años 2003 a 2007. Igualmente que, la exigibilidad de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anualizadas ocurre con la finalización de la relación laboral que a la fecha no ha

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de septiembre de 2018, radicación: 08001-23-31-000-2011-00638-01(2873-15), M.P. Gabriel Valbuena Hernández

acaecido, pues la relación laboral entre las partes continúa vigente, de allí que no hay lugar a declarar su prescripción.

A continuación se exponen las pruebas que obran en el expediente relacionadas con la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada por el demandante, cuyo análisis es relevante para la decisión.

Con la demanda se aportó el Decreto No. 066 del 19 de noviembre de 2003¹⁵, por medio del cual el Alcalde del Municipio del Roble, Sucre, nombró al señor JOSÉ RAFAEL VERGARA ATENCIA, en el cargo de “Celador Municipal El Roble, Sucre”, tomando posesión el 19 de noviembre de 2003¹⁶. Igualmente reposa, certificado laboral expedido por el Secretario General del Municipio de El Roble, Sucre el 28 de septiembre de 2016, a través del cual se informa que el actor labora en dicha entidad desde el 19 de noviembre de 2003¹⁷.

En cuanto a las cesantías objeto de la *litis -2003 a 2007-*, de acuerdo con la prueba decretada mediante auto del 23 de febrero de 2017 proferido en audiencia inicial¹⁸, se ordenó oficiar al Fondo Nacional del Ahorro, para que certificara los aportes de cesantías realizados por el Municipio del Roble, a lo cual el respectivo fondo allegó Extracto Individual de Cesantías, de fecha 17 de marzo de 2017¹⁹, donde se refleja que el actor se trasladó del fondo privado a ese fondo en el mes de agosto (8) del año 2009, con un saldo de \$550.247.00.

En ese sentido, se tiene que sólo hasta el año 2009 el actor se trasladó del fondo privado al Fondo Nacional del Ahorro. Ahora bien, es de precisarse que 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 su consignación dentro del plazo legal fijado, puesto que las cesantías se consignan en el fondo que escoja el trabajador o en su defecto en el que la administración elija (Dcto. 1582/98).

Por otra parte, se encuentra acreditado que el **24 de febrero de 2009**²⁰, el demandante reclamó el reconocimiento y pago de la **sanción moratoria** ante el Alcalde Municipal de El Roble por la no consignación oportuna de las cesantías de

¹⁵ Fl. 19 Cd. Ppal.

¹⁶ Fl. 20 Cd. Ppal.

¹⁷ Folio 59 Cd. Ppal.

¹⁸ Fls. 78-84 Cd. Ppal.

¹⁹ Fl. 88-91 Cd. Ppal.

²⁰ Folio 14.

los años 2003 a 2007, petición frente a la cual se configuró el acto ficto negativo demandado a través del presente medio de control; planteándose como desacuerdo el reconocimiento de dicha sanción.

Conforme a lo anterior, la Sala colige, que lo reclamado por el actor no es pago de las cesantías de los años 2003 a 2007, de las cuales no se advierte constancia de su cancelación y la entidad demandada en su contestación ni aceptó ni negó dicho hecho, supuesto que tampoco se discute por el demandante en el recurso de alzada, sino, que lo esgrimido es el reconocimiento y pago de la penalidad por la no consignación oportuna de las cesantías de ese mismo periodo.

De acuerdo con lo anterior, esta Sala concluye que en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción extintiva de la sanción moratoria reclamada por las siguientes razones:

i) El demandante solicita la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, derivada de la consignación tardía de las cesantías anualizadas causadas en los años 2003 a 2007.

Por su parte, el ente territorial demandado debía cumplir con la obligación de consignar las cesantías anualmente, a más tardar, el 14 de febrero del año siguiente a aquel en que se causaron. En forma correlativa, el actor estaba llamado a reclamar la sanción moratoria dentro de los tres (3) años siguientes a su causación, so pena de que se extinguiera el derecho por el transcurso del tiempo, tal como lo ha sostenido la Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2 004 de 2016²¹ del Consejo de Estado, antes citada.

ii) En efecto, la obligación -sanción moratoria- se hizo exigible a partir del momento en que se generó el incumplimiento o tardanza, es decir, desde el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago -15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio. Bajo este contexto, la sanción moratoria debió reclamarse en los siguientes plazos:

Cesantías anuales	Causación de la sanción moratoria	Término para reclamar la sanción moratoria
2003	15 de febrero de 2004	15 de febrero de 2007
2004	15 de febrero de 2005	15 de febrero de 2008

²¹ Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

2005	15 de febrero de 2006	15 de febrero de 2009
2006	15 de febrero de 2007	15 de febrero de 2010
2007	15 de febrero de 2008	15 de febrero de 2011

Se acreditó procesalmente que el actor presentó la reclamación de la **sanción moratoria** en sede administrativa el **24 de febrero de 2009**, de modo que se configuró la prescripción extintiva parcial de la sanción moratoria respecto de todos los valores causados por dicho concepto con anterioridad al **24 de febrero de 2006**, como lo consideró el *A quo* en la sentencia controvertida.

En lo tocante a las cesantías causadas con posterioridad al 24 de febrero de 2006 y la del año 2007, esta Sala advierte que con la petición del **24 de febrero de 2009**, el actor suspendió el término de la prescripción por una sola vez y por lapso igual, esto es, hasta el 24 de febrero de 2012, empero, la solicitud de conciliación se presentó el 25 de mayo de 2012, por lo que se tiene que el actor dejó transcurrir un plazo superior a tres (3) años sin reclamar judicialmente la respectiva sanción moratoria frente a cada uno de los años en que la entidad omitió consignar oportunamente el auxilio de cesantías, por lo que habrá de confirmarse la demanda.

Es de precisarse, que en el sub examine la mora se configuró por un período continuo desde el cumplimiento por la anualidad del 2003 -15 de febrero de 2004- y se continuó causando por las anualidades sucesivas -2004 al 2007-, por tal razón no puede entenderse que se causó una sanción por cada uno de los años insolutos, en la medida en que la aplicación de dicha penalidad de manera separada por cada una de las vigencias en que la entidad pública incurrió en retardo, desconocería el mandato legal de reconocimiento de un día de salario por cada día de retraso, toda vez que ello conllevaría a que, por ejemplo, en el *sub júdice* se pagaran tantas veces la misma sanción como anualidades concurrieran en mora el 15 de febrero de cada año.

Precisamente por ello, en la citada Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2 004 de 2016²², el Consejo de Estado determinó que en el «evento en que el empleador se retrase en la consignación de diferentes periodos de cesantías anualizadas, en forma sucesiva e incluso concurrente, « [...] **no corre en forma independiente un día de salario por cada día de mora por cada uno de los periodos de cesantías debidos**, sino que en el supuesto en que se produzca tal acumulación de periodos anuales de cesantías debidas, corre una única sanción

²² Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

que va desde el primer día de mora que se causó respecto del primer periodo, hasta aquél en que se produzca el pago de la prestación, o el retiro del servicio.»

iii) Con fundamento en lo anterior, fuerza concluir que el derecho a la sanción moratoria correspondiente a los años 2003 a 2007 se extinguió por virtud del fenómeno de la prescripción.

iv) El hecho de que el demandante hubiera seguido vinculado con la administración no es razón suficiente para predicar una imprescriptibilidad de la sanción moratoria pretendida. En este sentido, el Consejo de Estado ha explicado que «la sanción moratoria pertenece al derecho sancionador y la interpretación de las normas que regulan sanciones es restrictiva, por ende no existen sanciones infinitas o que se puedan cobrar de manera ilimitada en el tiempo»²³; adicionalmente, la sentencia de unificación precitada, abordó el escenario de la sanción moratoria de cesantías anualizadas con vínculo vigente y concluyó, que es la causación anual de rango legal; es decir, su exigibilidad anual y su respectivo incumplimiento en caso de presentarse, es el que determina el término para empezar a contar la prescripción.

Bajo este contexto, le asiste razón al *A quo*, en el sentido de indicar que el derecho a la sanción moratoria está prescrito en su totalidad. En consecuencia, el proveído impugnado será confirmado.

CONDENA EN COSTAS.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° y 2° del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquidense, de manera concentrada, por el *A quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de 31 de octubre de 2018, radicado: 08001-23-33-000-2013-00295-01 (4160-14), demandante: Josefina Leal Castro. En igual sentido, puede consultarse la sentencia de 20 de septiembre de 2018, radicado: 08001-23-31-000-2011-00638-01 (2873-15), demandante: Clara Luz Rambao Cera.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

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.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta No. 136.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTTY