



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

CONSEJERO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil diecisiete (2017).

Radicado : 08001-23-31-000-2011-00616-01
Nº interno : 2599-2014
Demandante : Elizabeth Jinete Arrieta
Demandado : Municipio de Soledad – Atlántico
Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Decreto 01
de 1984
Tema : Prescripción de la sanción moratoria por el retardo en la
consignación de cesantías

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia del 18 de diciembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La señora Elizabeth Jinete Arrieta, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, a través de apoderado, solicitó ante el Tribunal Administrativo del Atlántico la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio STH 990.10 del 24 de noviembre de 2010**, proferido por el jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario del Municipio de Soledad, Atlántico, (facultado por numeral 15 del capítulo III del Decreto 185 de 2008, que ajusta el manual de funciones de dicho municipio), que negó el pago de la sanción moratoria prevista en los artículos 99 a 104 de la Ley 50 de 1990, aplicable por remisión del Decreto 1582 de 1998 que reglamenta la Ley 344 de 1996.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene al Municipio de Soledad a pagar a la demandante la sanción moratoria desde la omisión en la consignación del auxilio de cesantías por los años 2000 a 2008, hasta cuando se efectúe aquélla.

Igualmente, solicitó que se actualicen los valores de conformidad con el índice de precios al consumidor.

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda son los siguientes:

La señora Elizabeth Jinete Arrieta labora en el Municipio de Soledad, Atlántico, en el cargo de profesional universitario, código 327, grado 07 adscrito a la planta global de la administración central, desde el 14 de mayo de 1998, y a la fecha se encuentra vinculada en la referida entidad territorial.

El Municipio de Soledad no consignó de forma oportuna los auxilios de cesantías de la actora desde el año 2000 hasta el 2008, al 14 de febrero de cada año.

La demandante estaba afiliada al fondo de cesantías COLFONDOS, donde le fueron consignadas las cesantías por los años 2009 y 2010.

El 21 de octubre de 2010 la señora Elizabeth Jinete Arrieta presentó un escrito ante la Alcaldía Municipal de Soledad para solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de los auxilios de cesantías, la cual fue negada mediante el Oficio STH 990.10 del 24 de noviembre de 2010.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 13, 29, 53 y 209.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 85 y 137 a 139.

De la Ley 344 de 1996, el artículo 13.

Del Decreto 1582 de 1998, el artículo 1.

De la Ley 50 de 1990, el numeral 3 del artículo 99.

Del Decreto 1063 de 1991, el artículo 21.

Del Código de Procedimiento Civil, el numeral 3 del artículo 20.

El concepto de violación de la demanda se desarrolló así¹:

Explicó el apoderado de la actora que a partir de la vigencia de la Ley 344 de 1996 las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado se rigen por el régimen de cesantías previsto en el artículo 13 *ídem*, que en el literal a) dispone “[e]l 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de las 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”.

Expresó que la Ley 344 de 1996 fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 que en su artículo 1 dispuso que el régimen de liquidación y pago de cesantías de los servidores del nivel territorial es el previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Indicó que de conformidad con las normas citadas, quienes se vincularon con posterioridad al 31 de diciembre de 1996 tienen derecho a que sus cesantías se consignen a más tardar el 14 de febrero del año siguiente al que fueron causadas en el fondo escogido por el trabajador.

¹ Folios 1 a 12 del cuaderno principal

Precisó que según el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 el empleador que incumpla el plazo para consignar las cesantías antes del 15 de febrero de cada año deberá pagar un día de salario por cada día de mora.

Indicó que a la señora Elizabeth Jinete Arrieta se le aplica la Ley 344 de 1996, porque se vinculó con el municipio desde el 14 de mayo de 1998, por tanto, la entidad demandada al no consignarle sus cesantías desconoció las normas previamente citadas.

2. Contestación de la demanda

El Municipio de Soledad, mediante apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda, así²:

Señaló que según la Oficina de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de Soledad, la actora es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías, no del anualizado, porque se vinculó el 14 de mayo de 1998, de ahí que no tenga derecho a la sanción moratoria reclamada en la demanda.

Aseveró que en el proceso no existe prueba por la cual se acredite que la accionante optó por acogerse el régimen previsto en la Ley 344 de 1996, entonces no tiene derecho a la indemnización moratoria por el retardo en la consignación de las cesantías.

Explicó que en la base de datos del proceso de reestructuración de pasivos al que estaba sometido del Municipio de Soledad no aparece reclamación alguna presentada

² Folios 46 a 54 cuaderno principal

por la demandante, por tal motivo, resulta improcedente demandar en sede judicial la sanción moratoria regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Propuso las excepciones que denominó prescripción trienal, indebido agotamiento de la vía gubernativa, ausencia probatoria e imposibilidad de cancelar la sanción moratoria.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia del 18 de diciembre de 2013, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Anuló parcialmente el acto administrativo que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en la consignación de las cesantías del accionante, al declarar probada la excepción de prescripción por las vigencias correspondientes a los años 2000 a 2006; en consecuencia condenó al Municipio de Soledad a reconocer un día de salario por cada día de retardo desde el 16 de febrero de 2008 al 15 de febrero de 2009, por la no consignación oportuna de la cesantía del año 2007; y desde el 16 de febrero de 2009 hasta el 15 de febrero de 2010, por la mora en la consignación de cesantía del año 2008, de conformidad con los siguientes argumentos³:

Señaló que la actora labora desde el 14 de mayo de 1998⁴ al servicio de la Alcaldía del Municipio de Soledad, Atlántico, en el cargo de profesional universitario, código 237, grado 7, adscrito a la planta global del municipio, y que el 21 de octubre de 2010 agotó vía gubernativa ante su empleador solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

³ Folios 122 a 131 cuaderno principal

⁴ Por un error de digitación en la sentencia del Tribunal se indica que el año es 1999, sin embargo según las certificaciones que obran en el proceso el año de ingreso de la actora es 1998.

Indicó que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a fondos privados es el regulado en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Manifestó que el numeral 3 del artículo 99 *ídem* prevé una sanción moratoria para el empleador que no consigne antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo al cual se encuentra afiliado el trabajador el auxilio de cesantías consistente en un día de salario por cada día de retardo.

Precisó que la entidad accionada incumplió hasta el año 2008 su obligación legal de consignar el valor de las cesantías en el fondo respectivo antes del 15 de febrero de cada anualidad, como lo evidencia la comunicación del 11 de febrero de 2013 de la tesorera del Municipio de Soledad, donde informa que para la vigencia 2001 a 2008 no se registra pago alguno al fondo administrador de cesantías de la señora Elizabeth Jinete Arrieta. Por tanto, la entidad demandada tiene la obligación de reconocer y pagar la sanción moratoria en aplicación de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, frente a la prescripción alegada por el Municipio de Soledad, señaló que la accionante solo hasta el 21 de octubre de 2010 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por ende las vigencias correspondientes a los años 2000 a 2006 prescribieron, siendo solo procedente ordenar el reconocimiento de la sanción por los años 2007 y 2008.

4. Recurso de apelación

El apoderado de la parte actora solicita que se revoque parcialmente el fallo de primera instancia con fundamento en los siguientes argumentos⁵:

Expresa que se debe revocar el numeral tercero de la sentencia apelada en el cual se declaró probada la excepción de prescripción, pues según la Corte Suprema de Justicia el término de prescripción empieza a contarse desde el día siguiente a la finalización de la relación laboral⁶.

Igualmente, señala que el Consejo de Estado en sentencia del 9 de mayo de 2009 consideró sobre el término de prescripción que éste solo empieza a correr una vez ha terminado el vínculo laboral⁷.

Indica la demandante que en su caso no ha empezado a transcurrir el término de prescripción porque aún está laborando para el Municipio de Soledad.

Resalta que disiente respecto de la forma cómo se contabilizó el término de prescripción, como quiera que es un hecho cierto que el Municipio de Soledad no pagó las cesantías en el término normativo, motivo por el cual debe ser condenado a pagar la sanción moratoria contemplada en la Ley 344 de 1996, por el periodo del año 2000 al 2008.

5. Alegatos de conclusión

⁵ Folios 133 a 137 del cuaderno principal

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 24 de agosto de 2010, M.P. Luis Javier Osorio López, expediente 34393.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de mayo de 2013, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado interno 1219-2012

Mediante auto del 5 de octubre de 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto⁸. La entidad demandada y el Ministerio Público no se pronunciaron.

Parte demandante

El apoderado de la parte actora expone los siguientes planteamientos⁹:

Insiste que en la actualidad la accionante está laborando con el municipio demandado, de modo que no procede la aplicación de la excepción de prescripción ya que la obligación solo es exigible a la terminación de la relación laboral. Así, la entidad empleadora tiene la obligación de reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, el Decreto 1582 de 1998 y los artículos 99 a 104 de la Ley 50 de 1990, por el retardo en la consignación de las cesantías de los años 2000 a 2008.

Resalta que según la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado mientras esté vigente el vínculo laboral no se puede hablar de la prescripción de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías por parte del empleador en el fondo donde está afiliado el trabajador, pues solo hasta la finalización de la relación laboral es exigible la referida prestación social.

Solicita que se revoque el numeral cuarto de la sentencia impugnada para ordenar que el pago de la sanción moratoria se realice año por año, y que se agregue un numeral donde disponga que los valores cuya condena se ordena sean ajustados

⁸ Folio 205 del cuaderno principal

⁹ Folios 243 a 248 del cuaderno principal

en los términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto que se rige por el Decreto 01 de 1984 es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en el artículo 129 *ídem*, según el cual el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer si en los términos del recurso de apelación interpuesto por la actora procede revocar parcialmente la sentencia de primera instancia para declarar que no operó el fenómeno de la prescripción de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, toda vez que dicho término solo empieza a correr a partir de la finalización de la relación laboral, y determinar si es procedente ordenar la actualización de los valores cuyo reconocimiento se dispuso en la providencia recurrida.

Para desatar el problema jurídico se abordarán los siguientes aspectos: 2.1 Marco normativo y jurisprudencial; 2.2 Hechos probados; y 2.3 Caso concreto.

2.1 Marco normativo y jurisprudencial

2.1.1 Cesantías para los empleados públicos del nivel territorial

Acorde con la sentencia del 12 de octubre de 2016 de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado “ *El auxilio de cesantía es una prestación social de creación legal que debe pagar el empleador al trabajador por los servicios prestados en el evento en que llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda*”¹⁰.

Ahora bien, en cuanto al régimen de cesantías aplicable a los empleados públicos territoriales en providencia del 17 de noviembre de 2016 de la Sección Segunda, Subsección A de esta Corporación señaló:

*“La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantías, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1.º de enero de 1942*¹¹.

*Mediante Decreto 2767 de 1945 se determinaron las prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales, y el artículo 1.º les hizo extensivas las prestaciones consagradas por el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, lo cual incluyó el auxilio de cesantías*¹². Y en el

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-00874-01 y número interno 1325-16.

¹¹ ARTICULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. [...]

¹² «Artículo 1º. Con las solas excepciones previstas en el presente decreto, los empleados y obreros al servicio de un Departamento, Intendencia, Comisaría o Municipio tiene derecho a la totalidad de las prestaciones señaladas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y el artículo 11 del Decreto 1600 del mismo año para los empleados y obreros de la Nación. A la entidad que alegue estar comprendida en uno de los casos de excepción, de corresponderá probarlo.»

artículo 6.º se señalaron las situaciones que se tendrían como despido para efectos de la liquidación del auxilio.

Por su parte, la Ley 65 de 20 de diciembre de 1946 modificó las disposiciones sobre cesantías y en el artículo 1.º extendió dicho beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, y el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946 dictó normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de las cesantías¹³.

Posteriormente, el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 estableció el mismo derecho para los empleados al servicio de la Nación de cualquiera de las ramas del poder público, sin importar si se encontraban inscritos en carrera administrativa o no, y sea cual fuere la causa de su retiro.

A su vez, la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996, en el artículo 13 dispuso que a partir de su publicación, las personas que se vinculen a las Entidades del Estado, tendrían un régimen anualizado de cesantías, en virtud del cual, la liquidación definitiva de las mismas debe realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Subsiguientemente, se expidió el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, reglamentario de la anterior, que hizo extensivo el régimen anualizado de cesantías para los empleados públicos de nivel territorial, y dispuso que el régimen de los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se hubieren afiliado a un fondo de cesantías, sería el establecido en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

(...)

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, en el artículo 2.º, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo venían disfrutando, hasta la terminación de la vinculación laboral con la entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

¹³ El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará 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.

En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional a los servidores del orden territorial, en el artículo 3º previó: «Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000»¹⁴.

Igualmente, ha precisado esta Corporación que existen tres sistemas diferentes de cesantías para los servidores públicos del nivel territorial, así:

*“(…) **Sistema retroactivo**, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996; **De liquidación definitiva anual y manejo e inversión** a través de los llamados fondos de cesantías creados por la ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998; y por último el **Sistema del Fondo Nacional de Ahorro** el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación”¹⁵.*

2.1.2 De la sanción moratoria y la prescripción

En el régimen anualizado de cesantías se prevé una sanción para el empleador que consigne fuera de los términos legales el auxilio de cesantía del trabajador en el fondo que éste escoja, como lo dispone el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En efecto dice la norma:

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 08001-23-31-000-2012-00244-01 y número interno 1381-15

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Jaime Moreno García, sentencia del 19 de julio de 2007, proceso con radicado 15001-23-31-000-2000-02033-01 y número interno 9228-05

“ARTICULO 99. *El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo”. (Subrayado y resaltado fuera de texto).

Ahora bien, en cuanto a la prescripción de la sanción moratoria consagrada en el citado numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 precisó que por tratarse la sanción en comento de una expresión del derecho sancionador no puede ser imprescriptible y que la norma aplicable en materia de prescripción es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral¹⁶, así:

“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 accesorios¹⁷ a la prestación “cesantías”.

¹⁶ ARTICULO 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 {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

¹⁷ 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).

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador¹⁸ 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 literal:

“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.”*

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969¹⁹, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción

¹⁸ En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción “busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora...”

¹⁹ Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-201100254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).

moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990²⁰.

Se concluyó entonces en la sentencia de unificación que la sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de la prescripción trienal y que la fecha desde la cual procede la reclamación por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas es desde el 15 de febrero del año en que debió realizarse la consignación.

2.2 Hechos relevantes probados

Vinculación laboral y régimen aplicable de cesantías

Según la certificación del 24 de noviembre de 2010 del secretario de talento humano del Municipio de Soledad, la señora Elizabeth Jinete Arrieta labora con la Alcaldía Municipal en el cargo denominado profesional universitario, código 237, grado 07 adscrito a la planta global de la administración central de Soledad, desde el 14 de mayo de 1998, encontrándose en ejercicio de funciones²¹.

Mediante Oficio STH-0031-2013 del 8 de enero la secretaria de Talento Humano informa al Tribunal que de conformidad con la fecha de posesión de la demandante pertenece al régimen anualizado²².

Reclamación administrativa

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-00628-01 y número interno 0528-14

²¹ Folio 17 del cuaderno principal

²² Folio 78 del cuaderno principal

La señora Elizabeth Jinete Arrieta mediante escrito del 21 de octubre de 2010 dirigido al alcalde municipal de Soledad, solicita que le sea cancelada la sanción moratoria “por el no giro oportuno de mis cesantías al fondo que me encontraba afiliada durante los años 1998 a 2008, de acuerdo a lo estipulado en la LEY 344 de 1996 (...) hasta el día en que se efectúe la consignación de dichas cesantías (...)”²³.

Acto administrativo demandado

En Oficio S.T.H. 990.10 del 24 de noviembre de 2010, expedido por la Oficina de Control Disciplinario Interno, se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago extemporáneo del auxilio de cesantías²⁴.

Afiliación al fondo de pensiones

En certificación del 13 de junio de 2011 la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, COLFONDOS, informa que la señora Elizabeth Jinete Arrieta se encuentra afiliada al fondo de cesantías desde el 25 de octubre del año 2000²⁵.

Pago de los auxilios de cesantías

A través del Oficio 1335-D-WM del 11 de febrero de 2013 la tesorera del Municipio de Soledad indica que para las vigencias 2001-2003 y 2004-2008, no se registra pago alguno a un fondo administrador de cesantías para la señora Elizabeth Jinete Arrieta²⁶.

²³ Folio 18 del cuaderno principal

²⁴ Folios 21 a 27 del cuaderno principal

²⁵ Folio 32 del cuaderno principal

²⁶ Folio 80 del cuaderno principal

2.3 Caso concreto

En el *sub lite* la recurrente solicita que se revoque parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico para que se declare que no ha operado el fenómeno de la prescripción frente al pago de la sanción moratoria reclamada por no consignación de cesantías en los años 2000 a 2006 y que los valores adeudados por la entidad demandada, por la citada sanción por los años 2007 y 2008 se ajusten con el índice de precios al consumidor.

De la prescripción de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990

Se manifiesta en el recurso de apelación que la señora Elizabeth Jinete Arrieta continúa prestando sus servicios a la Alcaldía Municipal de Soledad, por tanto, el término de prescripción de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías no ha empezado a correr ya que no ha finalizado su relación laboral.

Por ello, la actora solicita que se revoque parcialmente la sentencia apelada porque declaró la prescripción de la sanción moratoria causada por el retardo en el pago de cesantías correspondientes a los años 2000 a 2006.

En efecto, el Tribunal Administrativo del Atlántico consideró que como la accionante agotó la vía gubernativa el 21 de octubre de 2010, en aplicación de la prescripción trienal, entonces, las sumas correspondientes a los años 2000 a 2006 prescribieron.

Para resolver la censura de la recurrente, debe decir la Sala que según lo acreditado en el expediente se tiene que ésta elevó una reclamación ante el

Municipio de Soledad el 21 de octubre de 2010 para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por los años 1998 a 2008, invocando el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en consonancia con lo dispuesto en la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998. Sin embargo, en la demanda reclama la sanción moratoria por los años 2000 a 2008.

Igualmente, se advierte que el régimen de cesantías aplicable a la demandante es el anualizado, toda vez que se vinculó al Municipio de Soledad el 14 de mayo de 1998, esto es, después de la vigencia de la Ley 344 de 1996, el 31 de diciembre de ese año²⁷, tal como lo dispone el artículo 13 *ídem*, así:

“ARTÍCULO 13. *Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

(...).”

La Ley 344 de 1996 fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 que en el artículo 1º permite que los empleados públicos de nivel territorial, vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a fondos privados de cesantías tengan derecho a la sanción moratoria regulada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consistente en el pago de un día de salario por cada día de retardo a cargo

²⁷ La Ley 344 de 1996 fue publicada el 31 de diciembre del mismo año, en el diario oficial Diario Oficial No. 42.951.

del empleador que incumpla la obligación de consignar antes del 15 de febrero de cada año el auxilio de cesantía, así:

“Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

(...)”.

En este orden y teniendo en cuenta que como lo afirmó el Tribunal la entidad demandada no probó haber consignado los auxilios de cesantías de la accionante por los años 2000 a 2008, se tiene que a partir del 15 de febrero de 2001 se causó el derecho al pago de la sanción moratoria.

Sentado lo anterior, 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 no puede ser imprescriptible y que 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 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. Por ello, como en el *sub judice*, el Municipio de Soledad tenía plazo para consignar el auxilio de cesantía del año 2000, hasta el 14 de febrero de 2001, es a partir del 15 de dicho mes y año que la obligación se hizo exigible y se siguió causando.

Por tanto, la entidad demandada incurrió en mora desde el 15 de febrero de 2001, es así que desde esta fecha se empezó a causar la sanción hasta que se hizo la consignación, sin que se tenga certeza sobre la fecha, toda vez que la actora solo está reclamando el pago de la sanción moratoria.

Ahora bien, se precisa que en el *sub lite* la señora Elizabeth Jinete Arrieta reclamó ante la administración el 21 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 21 de octubre de 2007.

De modo que las sumas debidas por concepto de sanción moratoria posteriores al 21 de octubre de 2007 incluyen: la fracción de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantía del año 2006 que corrió del 21 de octubre de 2007 al 14 de febrero de 2008; y las sanciones moratorias por los años 2007 (del 15 de febrero de 2008 al 14 de febrero de 2009); y 2008 (del 15 de febrero de 2009 al 14 de febrero de 2010).

En este sentido, se comparte lo afirmado por el *A quo* sobre la aplicación de la prescripción trienal a la sanción moratoria por el retardo en la consignación del

auxilio de cesantía, sin embargo, se precisa que en el *sub lite* prescribieron solo las sumas anteriores al 21 de octubre de 2007, bajo este entendimiento no prescribió la fracción del periodo del 21 de octubre al 14 de febrero de 2008, correspondientes a la sanción por la no consignación de la cesantías del año 2006.

Por consiguiente, se modificarán los numerales tercero y cuarto de la sentencia apelada para declarar que la prescripción operó para los montos anteriores al 21 de octubre de 2007 y ordenar a título de restablecimiento del derecho que el Municipio de Soledad reconozca y pague a la señora Elizabeth Jinete Arrieta la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo a partir del 21 de octubre de 2007 hasta que se acredite la consignación efectiva de los auxilios de cesantías adeudados.

Por otra parte, en lo correspondiente al reconocimiento de la indexación sobre el monto de la sanción moratoria por las cesantías que no se consignaron en los años 2007 y 2008, advierte la Sala que las normas señaladas por el apoderado de la actora son del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, las cuales por disposición del artículo 308 *ídem* solo se aplican a las demandas iniciadas después de su vigencia, esto es, el 2 de julio de 2012.

De ahí que el *sub judice* se tramite por las normas del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, pues la demanda se presentó el 14 de junio de 2011, entonces la norma aplicable es el artículo 178 *ídem* que igualmente prevé el ajuste de las condenas tomando como base el índice de precios al consumidor.

Entonces, en lo que respecta a la indexación se señala que acorde con el criterio expuesto en la sentencia del 10 de noviembre de 2016 de la Subsección A de esta

Sección se “entiende que la sanción moratoria que prevé el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no solo cubre la actualización monetaria sino que es incluso superior a ella”²⁸. En este orden de ideas, la actualización de los valores que reclama la parte actora sobre el monto que debe pagar la entidad accionada por la sanción moratoria no es procedente porque éste ya la comprende.

Por otro lado, señala la actora en los alegatos de conclusión en segunda instancia que se especifique la sanción moratoria año por año hasta que se realice el pago de la obligación.

Este tema fue estudiado en la sentencia de unificación de la Sección Segunda del 25 de agosto de 2016, donde se consideró que para liquidar la indemnización moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 cuando el incumplimiento en la consignación del auxilio de cesantías comprende varios periodos aquélla corre de forma unificada desde que se causa la primera mora hasta se haga efectivo el pago, así²⁹:

*“(...) 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 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, atendiendo los parámetros dados en los acápite previos”³⁰.*

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-00529-01 y número interno 3852-2015

²⁹ Sobre este punto citó la sentencia del mismo ponente del 13 de febrero de 2014 de la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación, proceso con radicado 08001-23-31-000-2009-01126-01 y número interno 1669-12.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-00628-01 y número interno 0528-14.

En este sentido, se reitera que en el presente caso la sanción moratoria exigible comprende: i) la fracción de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantía del año 2006 que corrió del 21 de octubre de 2007 al 14 de febrero de 2008; y ii) las sanciones moratorias por los años 2007 (del 15 de febrero de 2008 al 14 de febrero de 2009); y iii) 2008 (del 15 de febrero de 2009, hasta que se acredite la consignación del auxilio de cesantías).

DECISIÓN

Hechas estas consideraciones, la Sala confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, salvo los numerales tres y cuarto, declarando que en el presente caso se encuentra probada la excepción de prescripción respecto de las fracciones de la sanción moratoria causadas antes del 21 de octubre de 2007.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 18 de diciembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, salvo los numerales tercero y cuarto que quedarán así:

Tercero.- Declarar probada la excepción denominada “prescripción” respecto de las fracciones de sanción moratoria causadas con anterioridad al 21 de octubre de 2007.

Cuarto.- Ordenar a título de restablecimiento del derecho, al municipio de Soledad, reconocer y pagar a la señora Elizabeth Jinete Arrieta, la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, a partir del 21 de octubre de 2007 y hasta cuando se haga efectiva la consignación de las cesantías debidas.

SEGUNDO.- Sin condena en costas en las dos instancias.

TERCERO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada esta providencia.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER