



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicado : 08001-23-31-000-2012-00180-01
Nº interno : 3239-2015
Demandante : José Luis Barrios Escorcía
Demandado : Municipio de Soledad – Atlántico
Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Decreto 01
de 1984
Tema : Confirma sentencia apelada. Prescripción de la sanción
moratoria de los auxilios de cesantías

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 20 de junio de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El señor José Luis Barrios Escorcía, 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 ficto que se configuró por el silencio de la administración frente a la petición presentada al Municipio de Soledad el 20 de octubre de 2011¹.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene al Municipio de Soledad a pagar al demandante la sanción moratoria desde la omisión en la consignación del auxilio de cesantías por los años 2007 y 2008, hasta cuando se efectúe aquélla.

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

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

El señor José Luis Barrios Escorcía labora en el Municipio de Soledad, Atlántico, en el cargo de auxiliar, código 407, grado 03, adscrito a la planta global de la administración central, desde el 3 de agosto de 2003.

¹ En la demanda se indica equivocadamente que la fecha de la petición es del 20 de octubre de 2010

El Municipio de Soledad no consignó de forma oportuna al 14 de febrero de cada año siguiente al laborado los auxilios de cesantías del actor de los años 2007 y 2008.

El 20 de octubre de 2011, el señor José Luis Barrios Escorcia 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, sin obtener respuesta alguna.

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.

Explicó el apoderado del actor 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.

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.

Aseveró que al señor José Luis Barrios Escorcía se le aplica la Ley 344 de 1996, por tanto, la entidad demandada al no consignarle sus cesantías anualizadas en el fondo respectivo, actuó en detrimento de los derechos del trabajador.

2. Contestación de la demanda

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

Señaló que la reclamación en sede administrativa debió estar dirigida a obtener el pago de las cesantías y no de la sanción moratoria, la cual es un derecho accesorio.

² Folios 39 a 45 del cuaderno 2

Adujo que el Municipio de Soledad adoptó el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos, y que el actor no presentó allí petición alguna, motivo por el cual es improcedente solicitar judicialmente el pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Propuso las excepciones de prescripción, indebido agotamiento de la vía gubernativa e inaplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia del 20 de junio de 2014, anuló parcialmente el acto ficto que negó al demandante el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de los auxilios de cesantías para los años 2007 a 2008; y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a los derechos correspondientes al año 2007. A título de restablecimiento del derecho condenó al Municipio de Soledad a pagar un día de salario por cada día de retraso en la consignación de los auxilios de cesantías solo por el año 2008, sanción que corre desde el 16 de febrero de 2009 hasta el 17 de diciembre de 2012. La decisión se fundamentó en los siguientes razonamientos³:

Precisó que el demandante se vinculó con la Alcaldía de Soledad el 3 de agosto de 2003 y que en el expediente obra el formato de vinculación a COLFONDOS N° 9673829 del 26 de febrero de 2007, que corresponde al periodo reclamado en la demanda.

³ Folios 319 a 333 del cuaderno principal

Señaló que como el accionante prestó sus servicios a la entidad territorial en vigencia de la Ley 344 de 1996, el régimen aplicable es el anualizado de cesantías, en el cual el empleador debe consignar las cesantías liquidadas anualmente hasta el 15 de febrero del año siguiente, y a partir de esta fecha se genera una sanción de un día de salario por cada día de retardo.

Manifestó que el Municipio de Soledad tenía la obligación de consignar las cesantías correspondientes al año 2007 antes del 15 de febrero de 2008, y las de 2008, antes del 15 de febrero de 2009, empero, éstas solo fueron canceladas hasta el 17 de diciembre de 2012, por tanto, es procedente el pago de la sanción moratoria.

Explicó que el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos al que estaba sometido el Municipio de Soledad no justificaba el incumplimiento de las obligaciones laborales.

Frente a la excepción de prescripción señaló que el derecho a reclamar la sanción moratoria es exigible si llegado el 15 de febrero del año siguiente al solicitado, el empleador no ha realizado la consignación al fondo de cesantías escogido por el trabajador.

Consideró, entonces, que como en el presente caso el demandante solicitó hasta el 20 de octubre de 2011 el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por las cesantías de los años 2007 y 2008, operó la prescripción respecto del año 2007.

Aclaró que la sanción moratoria aplicable, corresponde a un día de salario que corre al año cumplido hasta que la fecha del pago de las cesantías adeudadas, no siendo acumulables los días de mora por cada año incumplido hasta la fecha del pago.

4. Recurso de apelación

4.1 Parte actora

El apoderado de la parte demandante solicita que se revoque parcialmente el fallo de primera instancia con fundamento en los siguientes argumentos⁴:

Señala que no está de acuerdo respecto de la prescripción decretada en la sentencia recurrida, porque las prestaciones sociales prescriben después de tres años contados a partir de que la obligación es exigible, y en el *sub lite* el citado el término solo empieza a correr desde el día siguiente a la finalización de la relación laboral.

Insiste el accionante que en su caso no debió declararse la prescripción trienal ya que se encuentra vigente su relación laboral con el Municipio de Soledad.

Manifiesta que el pago de la sanción moratoria se debe especificar año por año, hasta el 17 de diciembre de 2012, cuando se realizó la consignación de los auxilios de cesantías adeudados.

Solicita que los valores cuya condena se ordena sean ajustados acorde con el índice de precios al consumidor y que los mismos devenguen intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia.

⁴ Folios 335 a 341 del cuaderno principal

Precisa que se debe declarar la nulidad total del acto ficto demandado y que en consecuencia se condene al Municipio de Soledad al pago de la sanción moratoria por los años 2007 y 2008.

4.2 Parte demandada

El Municipio de Soledad interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, sin embargo, el Tribunal Administrativo del Atlántico en auto del 12 de junio de 2015, declaró desierto el recurso en comento debido a la inasistencia del municipio a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010⁵.

5. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 21 de julio de 2016, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto⁶.

5.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora expone los siguientes planteamientos⁷:

Insiste que en la actualidad el 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.

⁵ Folio 391 del cuaderno principal

⁶ Folio 399 del cuaderno principal

⁷ Folios 437 a 444 del cuaderno principal

Señala que no está de acuerdo en la forma cómo se contabilizó el término de prescripción a favor de la entidad demandada, pues es un hecho cierto que el Municipio de Soledad no consignó las cesantías en los términos legales, por ello debe ser condenado al pago de la sanción moratoria, por la vigencia correspondiente al año 2007.

Solicita que se adicione la sentencia impugnada para ordenar que el pago de la sanción moratoria se realice año por año, contando un día de salario de forma concurrente por anualidad hasta el 17 de diciembre de 2012, cuando se realizó la consignación de los auxilios de cesantías.

5.2 Parte demandada

El Municipio de Soledad señala que el demandante se encontraba afiliado al Fondo Nacional del Ahorro, siendo su régimen aplicable la Ley 432 de 1998, la cual no ordena el pago de la sanción moratoria reclamada por el accionante prevista en la Ley 50 de 1990⁸.

Expresa que si en gracia de discusión se considera que el demandante tiene derecho al pago de la sanción moratoria, se debe declarar que operó el fenómeno de la prescripción.

6. Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicita que se confirme parcialmente la sentencia apelada, pues aunque el actor tiene derecho al

⁸ Folios 452 a 465 del cuaderno principal

pago de la sanción moratoria, no operó el fenómeno de la prescripción que decretó el Tribunal Administrativo del Atlántico⁹.

Indica que según las pruebas allegadas al expediente la Alcaldía Municipal de Soledad consignó hasta el 17 de diciembre de 2012 los auxilios de cesantías reclamados por el actor, a partir de lo cual se tiene acreditado que la consignación no se efectuó oportunamente.

Asevera que la exigibilidad de la obligación del empleador de consignar los auxilios de cesantías surge a partir de la terminación del vínculo laboral, por ello, mientras esté vigente la relación laboral no se puede hablar de prescripción de la sanción moratoria en el régimen anualizado.

Sostiene que en el proceso se encuentra debidamente acreditada la mora en la consignación oportuna de las cesantías del actor para los años 2007 y 2008, dado que el depósito se hizo hasta el 17 de diciembre de 2012.

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.

⁹ Folios 466 a 475 del cuaderno principal

2. Problema Jurídico

En los términos del recurso de apelación presentado por la parte actora, la Sala debe establecer si se procede revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, analizando si operó el fenómeno de la prescripción de la sanción moratoria reclamada en la demanda, pese a que la relación laboral del demandante con el Municipio de Soledad no ha finalizado.

Para el efecto 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 ha considerado que *“[e]l 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 se señaló:

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.

“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 1942¹¹.

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 cesantías¹². Y en el 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

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.»

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.

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.

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*

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

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:

“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

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

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”.

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

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).

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

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 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

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).

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

Según la certificación del 11 de abril de 2011, expedida por el secretario de Talento Humano, el señor José Luis Barrios Escorcía labora en la Alcaldía Municipal de Soledad desde el 3 de agosto de 2003 hasta la fecha, en el cargo de auxiliar, código 407, grado 03, adscrito a la planta global de la administración central²¹.

Reclamación administrativa

El señor José Luis Barrios Escorcía mediante escrito del 20 de octubre de 2011 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 afiliado durante los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, de acuerdo a lo estipulado en la Ley 344 de 1996 (...) hasta el día en que se efectúe la consignación de dichas cesantías (...)”*²².

Consignación y pago de los auxilios de cesantías

Mediante la Resolución 0745/08 del 29 de agosto de 2008 la Alcaldía Municipal de Soledad reconoció y ordenó el pago de unas cesantías parciales al actor, correspondientes al periodo del 3 de agosto de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2006, por el monto de \$2.807.729²³

Según el comprobante de pago 1212003706 del 17 de diciembre de 2012 la Alcaldía Municipal de Soledad consignó los auxilios de cesantías de los funcionarios del régimen anualizado²⁴, que como se observa a folio 94 incluyó un pago al demandante por el monto de \$3.780.379.

²¹ Folio 13 del cuaderno 2

²² Folio 14 del cuaderno 2

²³ Folios 157 a 158 del cuaderno 2

²⁴ Folio 93 del cuaderno 2

2.3 Caso concreto

En el *sub lite* el señor José Luis Barrios Escorcía solicita el pago de la sanción moratoria causada por el incumplimiento del Municipio de Soledad de la obligación de consignar antes del 15 de febrero de cada año los auxilios de cesantías correspondientes a los años 2007 y 2008.

El Tribunal Administrativo del Atlántico ordenó al Municipio de Soledad que pagara al demandante la sanción moratoria, pero solo por el año 2008, porque encontró que operó el fenómeno de la prescripción trienal respecto del año 2007, ya que el actor presentó la reclamación administrativa hasta el 20 de octubre de 2011.

El actor recurre la sentencia de primera instancia alegando que no se debe aplicar la prescripción, toda vez que está vigente su relación laboral con el Municipio de Soledad.

La entidad territorial presentó recurso de apelación, empero, el Tribunal Administrativo del Atlántico mediante auto del 12 de junio de 2015 lo declaró desierto porque no asistió a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010. Por consiguiente, la Sala solo abordará el recurso de apelación de la parte actora.

Con el propósito de resolver la censura del recurrente, señala la Sala que en el régimen anualizado de cesantías previsto en la Ley 344 de 1996, reglamentado por el Decreto 1582 de 1998 en el artículo 1º se 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 del empleador que incumpla la obligación de consignar antes del 15 de febrero de cada año el auxilio de cesantía, así:

“Decreto 1582 de 1998. 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 la entidad demandada no consignó los auxilios de cesantías del accionante por los años 2007 y 2008 en los plazos legales, se observa que a partir del 15 de febrero de 2008 se causó el derecho al pago de la sanción moratoria hasta cuando se realizó la consignación al fondo de cesantías.

En consecuencia, se procede a estudiar lo alegado por el 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 el 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.

Es así que en el *sub judice*, el Municipio de Soledad tenía plazo para consignar el auxilio de cesantía del año 2007 del trabajador, hasta el 14 de febrero de 2008, entonces, al no realizarse el depósito, empezó la sanción moratoria a correr desde el 15 de dicho mes y año, hasta que se hizo la consignación el 17 de diciembre de 2012.

Ahora bien, se precisa que en el *sub lite* el señor José Luis Barrios Escorcía reclamó ante la administración solo hasta el 20 de octubre de 2011, 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 20 de octubre de 2008.

Entonces, como la prescripción se interrumpió el 20 de octubre de 2011, es procedente acceder al pago de los valores que se causaron a título de sanción moratoria desde el 20 de octubre de 2008 hasta el 17 de diciembre de 2012, fecha en que el Municipio de Soledad efectuó la consignación de los auxilios de cesantías adeudados al actor.

En este sentido, se modificará parcialmente la sentencia apelada toda vez que declaró la prescripción por la sanción moratoria que corrió por todo el año 2007 y solo ordenó el pago de la misma por el retardo en la consignación del auxilio de cesantía del año 2008 (16 de febrero de 2009 al 17 diciembre de 2012), cuando debió indicar que la prescripción operó solo frente a las fracciones de la sanción moratoria causadas antes del 20 de octubre de 2008, es decir, que tratándose de la

mora en la consignación de las cesantías del año 2007 la prescripción operó exclusivamente respecto a las fracciones de la sanción del 16 de febrero al 19 de octubre de 2008.

Improcedencia de la indexación

Por otra parte, en lo correspondiente al reconocimiento de la indexación sobre el monto de la sanción moratoria por las cesantías cuyo pago se ordena, advierte la Sala 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”*²⁵. Así las cosas, 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 ésta ya la comprende.

De los intereses moratorios

En lo concerniente al pago de los intereses moratorios pedidos en el recurso de apelación sobre los montos reconocidos en la sentencia de primera instancia, advierte la Sala que si bien en las pretensiones de la demanda se solicita el pago de los valores adeudados con sus intereses, en la sentencia apelada no fue ordenado. Por este motivo, ésta se adicionará para ordenar que el fallo se cumpla de conformidad con lo establecido en el artículo 177 del Código Contencioso

²⁵ 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

Administrativo, el cual indica que las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales y moratorios.

La sanción moratoria cuando comprende varios periodos corre de manera unificada

Solicita el actor que se especifique que la sanción moratoria se causa a razón de un día por cada año de retardo de forma concurrente hasta que se realice la consignación de las cesantías.

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, así²⁶:

*“(…) 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 previos²⁷.*

²⁶ 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.

²⁷ 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.

Por consiguiente, no es viable acceder a lo pedido por el recurrente en atención a lo expuesto en la sentencia de unificación previamente citada.

III. DECISIÓN

Hechas estas consideraciones, la Sala confirmará parcialmente la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico.

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 20 de junio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, pues se modifican los numerales segundo y cuarto, así:

*“**SEGUNDO: DECLÁRASE** probada parcialmente la excepción de prescripción invocada por la entidad territorial, Municipio de Soledad, frente a las fracciones de sanción moratoria causadas con anterioridad al 20 de octubre de 2008.*

***CUARTO:** Ordenar a título de restablecimiento del derecho, al Municipio de Soledad, reconocer y pagar al señor José Luis Barrios Escorcía, la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, a partir del 20 de octubre de 2008 hasta el 17 de diciembre de 2012 cuando se consignaron los auxilios de cesantías”.*

Además, se adiciona un numeral a la sentencia, que indica:

“DÉCIMO TERCERO: Cúmplase la sentencia en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo”.

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

