

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015)

REF: Expediente No. 70001-23-33-000-2012-00053-01 (0613-2014)

**Actor: ALONSO EMIRO REGINO LOBO C/ INSTITUTO MUNICIPAL PARA
EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE SINCELEJO -IMDER-**

AUTORIDADES MUNICIPALES - F A L L O -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia de 31 de octubre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el señor ALONSO EMIRO REGINO LOBO, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa por medio de la cual el INSTITUTO MUNICIPAL PARA EL DEPORTE Y LA RECREACIÓN DE SINCELEJO -IMDER- le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y los intereses respectivos, generados entre el 29 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2004, con ocasión de su vinculación al Instituto en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 04.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor ALONSO EMIRO REGINO LOBO instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Sucre a fin de obtener la nulidad del Oficio sin número de 31 de enero de 2012 y del Oficio DG N°1-/-059 de 14 de febrero de 2012, a través de los cuales se le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías e intereses a las cesantías por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2004, en razón de su desempeño en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 04.

PRETENSIONES

Como consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicitó, que se condene a la parte demandada al reconocimiento de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo, por la no consignación de las cesantías y de sus respectivos intereses, entre el 1° de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2004, deber que se generó a partir del 15 de febrero de 2003 y hasta que se verificó el pago de la obligación mediante la Resolución No. 239 de 3 de julio de 2009, según lo dispone el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; que se ordene el reconocimiento y pago del interés legal del 12% anual desde que el derecho se causó a partir de la vigencia fiscal 2002 hasta que se verificó el pago total de la obligación, según la Resolución No. 239 de 3 de julio de 2009; que se actualice el reconocimiento respectivo aplicando la indexación que corresponda a partir de la fecha en que se hicieron exigibles las obligaciones; que se dé cumplimiento a la sentencia y se decrete el reconocimiento de intereses comerciales y moratorios en caso de no efectuarse el pago oportunamente, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Señaló el actor en el acápite de hechos, que se encuentra vinculado al Instituto Municipal para el Deporte y la Recreación de Sincelejo -IMDER- desde el 29 de enero de 1998, en la actualidad ocupando el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 04, habiéndose afiliado inicialmente al Fondo de Cesantías Colfondos para luego trasladarse a Porvenir S.A.

Relató, que su empleador incumplió con la obligación legal de consignar en el Fondo al que se encontraba afiliado, tanto las cesantías como los intereses a las cesantías por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2004, pero, a través de la Resolución No. 239 de 3 de julio de 2009, le reconoció dicha prestación de manera directa, situación que denota la mala fe de la entidad y que de paso, le genera la obligación de pago del interés moratorio correspondiente al 12% anual de qué trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin que haya operado la prescripción trienal ante la continuada prestación del servicio.

El 12 de enero de 2012 presentó ante el demandado escrito de agotamiento de vía gubernativa del que recibió respuesta mediante oficio sin número de 31 de enero de 2012, por medio del cual se le negaron los derechos que reclama, decisión que fue confirmada por Oficio DG No. 1-/-059 de 14 de febrero de 2012. El 13 de agosto de 2012 se adelantó audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría II Delegada ante el Tribunal, en la que no existió ánimo conciliatorio por parte de la entidad.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó como disposiciones vulneradas los artículos 1°, 2°, 6°, 25, 29, 48, 53, 83, 95, 122, 124 y 125 de la Carta Política; Ley 50 de 1990; y, Decretos 1042 y 1045 de 1978.

Estimó en síntesis, que el Instituto inobservó la anterior normativa, cuando incumplió con la obligación de consignar en forma oportuna las cesantías y sus intereses, en los periodos por ella ordenados.

OPOSICIÓN A LA DEMANDA

El **IMDER** indicó, que el actor pretende que se le reconozca una sanción moratoria, porque presuntamente se le incumplió con la consignación de las cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el “29 de enero de 2002” y el 31 de diciembre de 2004, que debían liquidarse desde el 15 de febrero de 2003, cuando correspondía consignar las cesantías del año 2002, y hasta el 3 de julio de 2009, fecha en la que se produjo su pago efectivo por medio de la Resolución No. 239.

Pero olvida el demandante, que el agotamiento de la vía gubernativa no lo habilita para proponer extemporáneamente el reconocimiento del derecho que invoca; pues, entre el año 2003 y el año 2009 transcurrieron 6 años y, desde el reconocimiento de la prestación, que se produjo el 3 de julio de 2009, hasta que se agotó la vía gubernativa, pasaron más de 4 meses, límite temporal impuesto por la ley para hacer uso de la acción judicial de nulidad y restablecimiento del derecho.

No puede el accionante aprovecharse de un error, en el que de buena fe incurrió la administración, cuando le pagó directamente aquella prestación que ingresó a su patrimonio, sin que éste hiciera uso de los medios legales que tenía a su alcance para revertir la operación, si es que estaba en desacuerdo con ella.

Presentó como medios exceptivos los que denominó “*Caducidad de la acción*” porque si el daño se ocasionó presumiblemente con la expedición de la “*Resolución 269 (sic) de 3 de julio de 2009*”, por virtud de la cual se produjo el pago de las

cesantías, es evidente que la fecha límite para incoar la acción era el 3 de noviembre de 2009 y no 3 años después; *“Inaplicación de la Ley 50 de 1990 artículo 99 frente a las pretensiones de la demanda”* teniendo en cuenta que existe el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, norma posterior, en cuyo artículo 1° dispone, que la Ley 50 de 1990 no se aplica a los empleados públicos vinculados antes de dicha fecha, y el actor ingresó al servicio el 29 de enero de 1998.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Sucre en sentencia de 31 de octubre de 2013 accedió a las súplicas de la demanda, toda vez, que en este asunto se comprobó, que el actor se vinculó con el Instituto a partir del 29 de enero de 1998, por lo que el régimen aplicable en materia de cesantías es el anualizado; que se encuentra afiliado al Fondo de Cesantías Porvenir a partir del 6 de febrero de 2006; y, que la entidad por medio de la Resolución No. 239 de 3 de julio de 2009 ordenó la consignación directa del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2002, 2003 y 2004.

Con todo ello resulta evidente, que el empleador incumplió el deber legal que consagra el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que le otorga un plazo hasta el día 15 del mes de febrero del año siguiente al que se causó el derecho, para realizar la consignación de la prestación en el fondo en el que el trabajador se encuentre afiliado; falta que trae consigo, la imposición de la sanción por mora correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, con la actualización correspondiente y sin que opere la prescripción, ante la vigencia actual de la vinculación laboral del demandante.

Frente a esta decisión se salvó parcialmente el voto en cuanto a la figura de la prescripción, en el sentido de que la misma debía declararse en el caso concreto, respecto de los dineros causados antes del 12 de enero de 2009 por concepto de

sanción moratoria, tal como la Sección Segunda de esta Corporación lo precisó, no sólo respecto de esta sanción sino de igual manera frente al resto de los derechos.

RECURSO DE APELACIÓN

El **IMDER** apeló la decisión del *a quo* porque en su sentir, ante la inactividad del accionante por espacio de tres años, contados desde el 2009 cuando se le canceló el valor de las cesantías y sus intereses y hasta que instauró la demanda en el año 2012, operó la caducidad de la acción, y de igual manera, se configuró la prescripción de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, según los cuales el término de tres años se cuenta desde que la obligación se hizo exigible, fenómeno que por cierto, impide predicar las causales de nulidad del acto contenidas en el inciso 2° del artículo 137 del C.P.A.C.A.

Agregó, que el fallo del Tribunal es desacertado, de un lado, cuando aplica el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a título de sanción moratoria, cuando la única sanción de esta clase que registra la ley en caso de retardo en el pago de las cesantías, es la contenida en la Ley 244 de 1995, y de otro, porque la resolución a través de la cual se reconoció la prestación, se fundamentó fue en el numeral 4° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin que el actor manifestara ningún tipo de inconformidad al respecto.

De igual manera, el Decreto 1252 de 2000 señala, que los empleados públicos que se vinculen al servicio del Estado desde su vigencia -30 de junio de 2000-, tienen derecho al pago de las cesantías en los términos de la Ley 50 de 1990, y como en este caso la vinculación se produjo antes de dicha fecha, no aplica la aludida ley.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Como la sentencia que desató la *litis* en primera instancia fue adversa al ente público demandado y contra la misma interpuso recurso de apelación, se citó a Audiencia de Conciliación, según lo determina el artículo 192 del C.P.A.C.A., que se celebró el 21 de enero de 2014, habiéndose declarado fallida. (fls. 248 a 250). Luego por medio de providencia de 30 de abril de 2014 se admitió el recurso alzada interpuesto. (fls. 254).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El demandante replicó en el sentido de que mal podría decirse que operó la prescripción trienal, teniendo en cuenta que aún se encuentra vinculado a la entidad en calidad de empleado público y la petición que dio inicio a la actuación administrativa fue presentada dentro del término legal. Además, de que tal tesis ya fue reiterada en asunto similares. Al efecto transcribió sentencia de la Sección referente al tema.

Ni el **demandado** ni el **Ministerio Público** allegaron el escrito de alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae a determinar, si al accionante en su calidad de empleado público del orden territorial, le asiste el derecho al reconocimiento de la sanción por mora de que trata el artículo 99 la Ley 50 de 1990, ante el pago tardío de las cesantías y de sus correspondientes intereses por parte de la entidad empleadora.

A fin de desatar la cuestión litigiosa, inicialmente es preciso aludir al régimen jurídico que a nivel territorial regenta la aludida prestación para luego definir en el caso concreto, si el actor tiene la razón en lo que pretende.

MARCO NORMATIVO

Legalmente las **prestaciones sociales** se han considerado como pagos, representados en dinero o en especie, que el empleador le debe hacer al empleado, bien sea de manera directa o por intermedio de las entidades de previsión, con la finalidad de cubrir los riesgos o las necesidades de este último, que encuentren su origen en la relación laboral.

Dentro de estas prestaciones se halla el **Auxilio de Cesantías**, que para los empleados nacionales encontró regulación en la **Ley 6ª de 1945**¹, en cuyo artículo 17 dispuso, para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, entre otras prestaciones, el goce del mismo, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, debiéndose sólo tener en cuenta el tiempo de labores ejercidas con posterioridad al 1º de enero de 1942.

El **Decreto 2567 de 1946**² en su **artículo 1º** señaló, que a tal auxilio tenían derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación como también de los **Departamentos y Municipios**, debiéndose liquidar con el último sueldo o jornal devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres 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 este fuere menor a doce meses.

¹ Ley 6ª de 1945. *“Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo”.*

² Decreto 2567 de 1946. *“Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones a favor de los trabajadores oficiales”.*

La **Ley 65 de 1946**³ en el **artículo 1°**, lo contempló para los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, escalafonados o no en carrera administrativa, por todo el tiempo laborado continua o discontinuamente a partir del 1° de enero de 1942 en adelante, cualquiera fuera la causa del retiro.

Y en su **parágrafo**, insistió en la extensión ***“a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6ª de 1945 y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma ley”***, informando en el artículo 2°, que la liquidación se haría teniendo en cuenta las reglas del Decreto 2567 de 1946 y el cómputo, en atención ***“... no sólo el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc.”***.

El **Decreto 1160 de 1947**⁴ en el artículo 1°, repitió que los empleados y obreros de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállese escalafonados o no en carrera administrativa, tenían derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera sea la causal de retiro y a partir del 1° de enero de 1942. En el **artículo 2°**, reiteró la prolongación del auxilio a los **trabajadores del orden territorial**, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Decreto 2767 de 1945, y en su artículo 6°, señaló la forma de liquidación de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 1946.

³ Ley 65 de 1946. *“Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras”*.

⁴ Decreto 1160 de 1947. *“Sobre auxilio de cesantía”*.

Ahora bien, por virtud del **Decreto 3118 de 1968**⁵, se inició el desmonte de la retroactividad de la cesantía a nivel de la Rama Ejecutiva, para así dar paso a su liquidación anual al igual que al reconocimiento de intereses a cargo del Fondo Nacional del Ahorro, como medida de protección frente a la depreciación monetaria de dicha prestación. Es así como su artículo 27 determinó, que desde el 1° de enero de 1969 los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, debían liquidar a favor de sus trabajadores o empleados, la cesantía que **anualmente** se causara en su favor, que tendría carácter definitivo y no podía revisarse aunque en años posteriores variara la remuneración del empleado o trabajador. En el artículo 33, ordenó al Fondo Nacional del Ahorro que liquidara y abonara en cuenta, intereses del 9% anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público o trabajador oficial. Porcentaje que por virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 1975⁶ se incrementó, para fijarlo en el 12%.

⁵ Decreto 3118 de 1968. *“Por el cual se crea el Fondo Nacional del Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998”.*

⁶ Ley 41 de 1975. *“Por la cual se modifica el Decreto-ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones”*

Posteriormente, la **Ley 50 de 1990** en el **artículo 99⁷**, expresamente constituye el **régimen anualizado de liquidación de la cesantía** cuando en su numeral 1° señaló, que *“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”*. En el numeral 2°, ordenó la cancelación de los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente. En su **numeral 3°, fijó la sanción moratoria** cuando no se efectúe de manera oportuna la consignación del auxilio en el fondo privado en el que se encontrara afiliado el trabajador, que consiste en el **pago de un día de salario por cada día de retardo**. Y, en el numeral 4°, dispuso que **cuando se termina la relación laboral y existan saldos de cesantías** a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, **el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos**.

Por su parte la **Ley 244 de 1995⁸** en el **artículo 1°** prescribe, que los servidores públicos de **todos los órdenes**, pueden solicitar la liquidación de las **cesantías definitivas**, debiendo la entidad expedir la resolución correspondiente. Y en su

⁷ Artículo 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. 4a. Si al término de la relación laboral existieron saldo de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos. 5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto. (...)”*.

⁸ Ley 244 de 1995 *“Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”*.

artículo 2º, dispone para la entidad pública pagadora, un plazo máximo de 45 días hábiles para cancelar la prestación, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena dicha liquidación. Su **parágrafo** manda, que **en caso de mora en el pago de esas cesantías definitivas, la entidad obligada**, de sus propios recursos, **deberá reconocer y cancelar al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que su pago se haga efectivo**, para lo que sólo basta, la acreditación de la no cancelación dentro del término legal previsto y siempre que la mora en el pago no se produzca por culpa imputable al servidor.

Vale la pena resaltar, que este artículo incluido el parágrafo en su tenor literal, fueron posteriormente reiterados por el **artículo 5º de la Ley 1071 de 2006**⁹, norma reglamentaria de la Ley 244, que de paso también reguló el pago de las cesantías parciales.

La **Ley 344 de 1996**¹⁰, en el artículo 13 indicó, que a partir de su publicación, sin perjuicio de los derechos convencionales y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado **-sin especificar su nivel-**, tendrían un **nuevo régimen de liquidación anual de cesantía con corte al 31 de diciembre de cada año**, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que debe efectuarse en fecha diferente con ocasión de la terminación de la relación laboral.

El Decreto 1582 de 1998¹¹ reglamentario de la anterior disposición, en el artículo 1º, prescribió en particular, para los **servidores públicos del nivel territorial con**

⁹ **Ley 1071 de 2006.** *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan los términos para su cancelación”.*

¹⁰ **Ley 344 de 27 de diciembre de 1996.** *“Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”*

¹¹ **Ley 1582 de 1998** *“Por la cual se reglamentan parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones”.*

vinculación a partir del 31 de diciembre de 1996 y afiliación a un fondo de cesantías, que su régimen de liquidación y pago **es el previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990**. Y en su artículo 3° ordenó, que los servidores públicos vinculados **antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996** con régimen de retroactividad y que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley -anualizado-, deben obtener la liquidación definitiva del auxilio a la fecha de solicitud de traslado por parte de la entidad pública y esta entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador, pudiendo la entidad territorial, en lugar de conceder dicha suma de dinero, emitir a favor del servidor un título de deuda pública por el valor de la liquidación de la prestación, previo el cumplimiento del trámite legal necesario.

Del anterior recuento normativo en lo que interesa a este asunto, es dable colegir, que cuando la relación laboral se encuentra vigente, según lo estipulado por la Ley 50 de 1990 -en el sistema anualizado de cesantías-, el empleador debe liquidar a 31 de diciembre de cada año, el valor del auxilio causado por anualidad o fracción correspondiente, y consignarlo a más tardar el 15 de febrero de la anualidad siguiente a la que se cause, en el fondo administrador de cesantías en el que se encuentre afiliado el empleado público, de suerte que, si la administración no cumple con este deber de pago oportuno, se genera en su contra la sanción consistente en el pago de un día de salario por cada día de retardo. Sanción moratoria, que difiere de la contemplada por la Ley 244 de 1995, que es aquella que se genera frente a la falta de pago de dicha prestación, pero, cuando de manera definitiva, finaliza la relación legal o reglamentaria.

En otras palabras, la sanción por mora que prevé la Ley 50 de 1990 en el numeral 3°, se aplica hasta el momento en el que se encuentre vigente la relación de trabajo, debiendo el empleador consignar la cesantía en el fondo respectivo. Pero, a partir del retiro laboral, se genera una obligación de consignar que es diferente, en los términos de su numeral 4° y del párrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995, consistente en hacer entrega al servidor que pidió la cancelación definitiva de los

saldos adeudados por concepto del auxilio junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

Así resulta evidente, que ambas obligaciones, aunque fueron legalmente fijadas en la misma cantidad, por virtud legal resultan ser excluyentes, en tanto encuentran su origen en supuestos de hecho diferentes en torno a la vigencia de la relación laboral.

En cuanto a la indexación de las sumas por concepto de la referida prestación se tiene, que como aquella, constituye la actualización del valor de la cesantía que no se paga oportunamente, sólo procede en caso de que la relación laboral esté vigente, y sin embargo, el empleador no realice su consignación oportuna. Pero no ha lugar a la indexación, si se trata de la indemnización moratoria normada por la Ley 244 de 1995, porque esta última constituye la actualización del valor del auxilio que no se pagó a tiempo, cuando de manera definitiva terminó el vínculo laboral.

Sobre la prescripción hay que decir, que tal fenómeno opera cuando concierne al pago definitivo del auxilio al término de la relación laboral, pues en estricto sentido lógico-jurídico la exigibilidad de la cesantía inicia desde que finaliza el nexo laboral, momento en el que al empleado se le deben entregar los saldos de la cesantía no consignados con anterioridad al igual que los intereses legales sobre ellos, que tampoco se hubieren depositado. Por el contrario, cuando se está ejerciendo la labor, surge la relación entre el empleador y el fondo, para efecto de que el primero, se obligue a consignar el valor, y el último, se comprometa a administrar esos recursos, vínculo en el que para nada interviene el servidor y por ende no le asiste obligación alguna que al respecto tenga que cumplir.

CASO CONCRETO

El 21 de marzo de 2013 el Instituto Municipal del Deporte y la Recreación -Imder- de Sincelejo¹² certificó, que el actor desde el 29 de enero de 1998 se encuentra vinculado y en la actualidad está ocupando el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 04, con nombramiento provisional hasta el 31 de enero de 2013 y desde el 1° de febrero de 2013 fue nombrado en periodo de prueba, con adelantamiento del proceso de inscripción en carrera administrativa. (fls. 163).

El 23 de agosto de 2013, el Fondo de Pensiones y Cesantías de PORVENIR S.A. manifestó que *“... se evidencia la consignación del 06 de febrero de 2006, fecha en la que quedó afiliado con nuestra AFP por ser la primera consignación realizada por la empresa. Teniendo en cuenta que a partir del año 2006, le han consignado todos los años posteriores tal como se evidencia en el movimiento de la cuenta”*. (fls. 164).

El Instituto demandado a través de la Resolución No. 239 de 3 de julio de **2009** ordenó el reconocimiento y pago de *“... las cesantías correspondientes al periodo comprendido del 29 de Enero de **2002 hasta** el 31 de diciembre de **2004**, del señor ALFONSO REGINO LOBO, por valor de Siete Millones Ochocientos Cincuenta y Dos Mil Doscientos Treinta y Ocho Pesos \$7.852.238”*. (fls. 15).

Con lo anterior surge sin lugar a dudas, que en razón del **inicio de la relación laboral** entre el actor y el empleador territorial a partir del **29 de enero de 1998**, al primero le corresponde el régimen anualizado de liquidación de cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, porque así lo dispone expresamente el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998, pues su vinculación laboral en el ámbito municipal, se produjo en fecha posterior al **31 de diciembre de 1996**.

¹² El Instituto Municipal del Deporte y la Recreación -Imder- de Sincelejo fue creado a través del Acuerdo No. 039 de 2 de diciembre de 1995, proferido por el Concejo Municipal de Sincelejo, como un establecimiento público del orden municipal, con autonomía administrativa, personería jurídica y patrimonio independiente, integrante del sistema nacional del deporte, la recreación y la educación física, en los términos de la Ley 181 de 18 de enero de 1995, con el objeto de generar y brindar a la comunidad oportunidades de participación en procesos de iniciación, formación, fomento y práctica del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre, la educación física y la educación extraescolar en aras de mejorar la calidad de vida de los habitantes del municipio. (fls. 60 a 71).

Sistema que a su turno comporta para el Instituto, teniendo en cuenta que la relación laboral se encuentra vigente, el deber de consignar anualmente el valor de las cesantías en el fondo privado que el trabajador voluntariamente eligió. Sin embargo, tal como quedó demostrado al interior del proceso, esa obligación de consignación oportuna hasta el 15 de febrero del año siguiente al que se causó el derecho, fue incumplida, porque en efecto el accionado, liquidó el auxilio de cesantía correspondiente a los años 2002, 2003 y 2004 al igual que sus intereses, sólo hasta el 3 de julio del año 2009, además, con orden de pago directa al servidor público, lo que sólo era posible, en caso de que hubiera finiquitado el vínculo de trabajo; todo lo cual se traduce, en que tal como lo dispuso la primera instancia, el demandado se hace merecedor a la sanción correspondiente a un día de salario por cada día de mora, acorde con lo estipulado por la Ley 50 de 1990.

No le asiste entonces la razón a la entidad cuando en la alzada afirma, que la decisión del Tribunal es desacertada, porque aplicó como sanción moratoria la contenida en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues la única sanción de esta clase reconocida por la ley, en el caso de retardo en el pago de las cesantías, es la que regula la Ley 244 de 1995; porque como se dilucidó en acápite precedente, esta última normativa alude es a la sanción moratoria por retardo en el pago de la cesantía definitiva, valga decir, aquella que reclama el empleado cuando termina la relación laboral. Como tampoco es posible aplicar el numeral 4° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como erróneamente se hizo en el acto impugnado, porque tal disposición, rige en los eventos en los cuales la relación laboral llega a su fin.

Se resalta además, que el Decreto 1252 de 2000 que el impugnante trae a colación en la apelación, y que en su sentir remite a la Ley 50 de 1990 cuando se trata de empleados públicos vinculados al servicio estatal a partir del 30 de junio de 2000, es norma que no rige el asunto en estudio, de un lado, porque se constituye en dispositivo posterior a los hechos, y de otro, porque existe disposición expresa como

es la contenida en el Decreto 1582 de 1998, concretamente su artículo 1°, que habilita, como ya se señaló, la aplicación de la Ley 50 de 1990 al empleado del nivel territorial con vinculación a partir del 31 de diciembre de 1996, como es el caso del demandante.

A lo anterior se debe agregar, que en este asunto tal como lo afirmó el *a quo*, no opera el fenómeno de la prescripción, pues como quedó visto, aplica para los eventos en los que el pago de la prestación se encuentra antecedido por la terminación del vínculo laboral, situación que no ocurre en el presente asunto.

En cuanto a la caducidad de la acción hay que resaltar, que la demanda se instauró en contra del Oficio sin número de 31 de enero de 2012 y el Oficio DG N°1-/-059 de **14 de febrero de 2012** (fls. 35), por medio del cual vía recurso de reposición, se confirmó la negativa de reconocimiento de la sanción moratoria ante el no pago oportuno del auxilio de cesantía, sin que respecto a este último aparezca al interior del proceso prueba alguna referente al día en que se produjo la notificación al actor, por lo que ha de entenderse que la misma tuvo ocurrencia por conducta concluyente en esta última fecha.

Precisamente fue el **13 de junio de 2012**, el día en el que se elevó ante la Procuraduría Judicial Delegada para el Tribunal Administrativo de Sucre, la solicitud de conciliación extrajudicial (fls. 39 y 40), como trámite previo para acudir en demanda ante la Jurisdicción, es decir, faltando dos días para que se configurara la caducidad¹³; por manera, que en dicha fecha se suspendió el fenómeno extintivo de la acción, según lo preceptúa el artículo 3° Decreto 1716 de 2009¹⁴.

¹³ Reza el literal d) del artículo 164 del C.P.A.C.A.: “*Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses **contados a partir del día siguiente al de la** comunicación, **notificación**, ejecución o publicación del acto administrativo (...)*”.

¹⁴ Decreto 1716 de 2009. Artículo 3°. “*Suspensión del término de caducidad de la acción. **La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta: a) Que se logre el acuerdo***”.

Entonces, si la audiencia respectiva se celebró el **13 de agosto de 2012** (fls. 38 y 39), fecha en la que igualmente se expidió la constancia respectiva y la demanda se presentó ante la Jurisdicción el día siguiente, es decir, el **14 de agosto de 2012** (fls.8), se concluye que en este caso no se produjeron los efectos de la caducidad.

Lo anterior ligado a que no se puede afirmar válidamente, que es a partir del 3 de julio de 2009 -fecha de la Resolución No. 239 que ordenó el pago directo de la cesantía-, cuando se debe contar el término de caducidad, porque el objeto de la *litis*, no gira en torno al contenido de ese acto, sino que se circunscribe es a la sanción moratoria que el Instituto está en la obligación de reconocer por la no cancelación oportuna del auxilio.

Y menos se puede predicar, que el daño se produjo en el año 2009 habiendo así transcurrido 3 años hasta que se presentó la demanda; porque lo cierto es, que no se está ante la presencia del medio de control de reparación directa, sino de nulidad y restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que lo que se ataca con la demanda, no es el acto de reconocimiento del derecho como tal, sino la actuación administrativa que negó el reconocimiento de una sanción con ocasión de la mora en que incurrió el demandado.

Así las cosas, la sentencia objeto de apelación deberá ser confirmada.

conciliatorio, o b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero. En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente. (...)”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia de 31 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, dentro del proceso promovido por el señor ALONSO EMIRO REGINO LOBO contra el INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE DE SINCELO -IMDER-, conforme quedó expuesto en la parte motiva de la presente providencia

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO