

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCIÓN "B"

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogota DC; veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015).

Radicación número: 080012331000201200388 01

No. Interno: 4346-13

Actor: MARIA DEL SOCORRO CHISMAS ACEVEDO

Demandado: INSTITUTO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PROTUARIO DE BARRANQUILLA – CONTRALORIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA.-

Ha venido el proceso de la referencia el día 15 de julio de 2014¹, a efectos de dictar Sentencia de Segunda Instancia. En consecuencia, le corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 26 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual declaró probada la excepción de prescripción y negó las súplicas de la demanda.

DEMANDA

MARIA DEL SOCRRO CHISMAS ACEVEDO, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., y por conducto de apoderado, demandó la nulidad del Oficio SG-012-001-0646 de 11 de diciembre de 2005 suscrito por el Secretario General de la Contraloría Distrital negó, así mismo solicitó la nulidad del acto ficto o presunto producido por el silencio del ente territorial frente a la petición elevada el 29 de noviembre de 2011 al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, actos administrativos por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías correspondiente al año 2006, de conformidad con la Ley 344 de 1996 y del Decreto Reglamentario No. 1582 de 1996.

¹ Informe visto a folio 249.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a las entidades demandadas a pagar a la actora la sanción moratoria, a partir del 16 de febrero de 2007 fecha en la cual debieron ser consignadas oportunamente las cesantías causadas en el año de 2006 hasta el 12 de mayo de 2010.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Como **hechos** en que sustenta sus pretensiones, señala:

La demandante labora en la Contraloría Distrital de Barranquilla en el cargo de Profesional Universitario Código 340 Grado 03 desde el día 6 de febrero de 2006.

Afirma que la consignación del auxilio de cesantías del año 2006 sólo se verificó hasta el 12 de mayo de 2010, es decir, por fuera del término que se establece para consignar el auxilio de cesantías anualmente en el respectivo Fondo Administrador de Cesantías.

Anotó la demandante que el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla es solidariamente responsable del pago de la sanción y de los derechos que se reclaman, pues los

recursos de la Contraloría Distrital de Barranquilla provienen del Distrito.

Expuso que mediante escrito radicado ante la entidad demandada el 28 de noviembre de 2011, solicitó la cancelación y pago de la sanción por omisión del ente empleador de no llevar a cabo la consignación del auxilio de cesantías, al Fondo Administrador de Cesantías, correspondiente a la anualidad de 2006, petición que fue atendida negativamente a través del acto administrativo contenido en el Oficio SG-012-001-0646-11 de 5 de diciembre de 2011.

La actora impetró la reclamación administrativa el 29 de noviembre de 2011 ante la Alcaldía Distrital de Barranquilla, mediante la cual pidió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 344 de 1996 y demás normas reglamentarias, complementarias y concordantes con esta materia, por la omisión de no concurrir en la actuación que debía ejercer junto con el organismo empleador, respecto a la consignación del auxilio de cesantías de forma oportuna dentro del mes de febrero de la anualidad siguiente a la causada. Indicó que la anterior solicitud no fue atendida por el Distrito.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Citó como normas vulneradas las siguientes: artículos 13, 29, 53 y 209 de la C.P.; artículos 13 de la Ley 344 de 1996, 99 de la Ley 50 de 1990; 1 del Decreto 1582 de 1999 y el 21 y siguientes del Decreto 1063 de 1991.

Dentro del concepto de la violación expuso se encuentran bajo el régimen anualizado de cesantías, por lo que año a año se debe liquidársele el auxilio de cesantías y el valor consignarse al respectivo Fondo a más tardar el 15 de febrero de la siguiente anualidad, lo cual en su caso no ocurrió respecto al auxilio de cesantías causado en el año 2006, pues la administración estuvo en mora desde el 16 de febrero de 2006 al 12 de mayo de 2010, por lo que estima que le asiste el derecho a que se reconozca y ordene el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1582 de 1998.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Distrito de Barranquilla.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, advirtió que si bien es cierto los recursos percibidos por las Contralorías Distritales son transferencias hechas por los entes territoriales, ello no comporta solidaridad alguna, en tanto aquellas deban reconocer indemnizaciones en atención a las cesantías.

Señaló el Distrito que la Contraloría es un ente técnico y autónomo y, no existe acuerdo alguno entre ambos entes estatales que comporte solidaridad por concepto laboral alguno, para la época que reclama la actora. Dicho de otra forma, corresponde a la Contraloría Distrital en desarrollo de sus atribuciones a quien por Ley le corresponde velar por el pago puntual y la consignación respectiva de las cesantías de sus empleados y no al Distrito de Barranquilla como lo pretende la demandante al colocar en igualdad de condiciones al ente fiscal y al Distrito.

Propuso como excepciones: la inexistencia de la obligación del Distrito de Barranquilla y la caducidad de la acción (fls. 34 a 40).

Contraloría Distrital de Barranquilla.-

Manifestó que los hechos expuestos por la demandante eran ciertos excepto la afirmación que se hace respecto a la vulneración al régimen de cesantías por el no pago dentro del mes de febrero de la anualidad siguiente a la que se causó el derecho.

Propuso como excepción la subrogación de la obligación. Expuso que mediante el Acuerdo No. 11 de 2006 se creó el Fondo de Cuenta de Liquidaciones del Concejo, Personería, Contraloría y del Sector Salud, el cual tenía como objeto financiar el pasivo contabilizado y reconocido dentro de las obligaciones incluidas en el Acuerdo de Reestructuración en el Distrito de Barranquilla.

Resaltó que la Contraloría depende de las transferencias que gire la Alcaldía Distrital, lo que hace que esta entidad no cuente con autonomía presupuestal absoluta sino relativa.

Adujo que la acción está prescrita al tenor de lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848, puesto que la demandante solicitó la indemnización de que trata la Ley 344 de 1996 respecto de las cesantías dejadas de cancelar correspondientes al año 2006 el 28

de julio de 2011 habiendo transcurrido más de tres (3) años para su reclamación (fls. 47 a 49).

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Atlántico en la sentencia de 26 de abril de 2013 declaró probada la excepción de prescripción de los derechos solicitados con la demanda, con los siguientes argumentos:

De las excepciones propuestas por el Distrito de Barranquilla, anotó que si bien las Contralorías del orden territorial gozan de autonomía administrativa y financiera, no tiene personería jurídica, motivo por el cual no pueden comparecer directamente al proceso contencioso administrativo, y por lo que a cualquier trámite procesal deben ser llamadas a través del ente territorial, que para el presente caso lo es, el Distrito de Barranquilla, sin perjuicio de que se notifique al representante legal de la Contraloría Distrital de Barranquilla, como en efecto se hizo en este asunto, ya que con dicha entidad la demandante tenía su relación legal y reglamentaria.

Frente a la caducidad de la acción señaló que como quiera que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho se promueve en contra del acto ficto o presunto negativo generado por el

silencio guardado por el Alcalde del Distrito de Barranquilla frente a la petición presentada el 29 de noviembre de 2011, entonces fuerza es concluir que podía la demandante en cualquier tiempo ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Destacó que frente a la caducidad alegada en relación con la pretensión de nulidad del acto expedido por la Contraloría, el término de caducidad no acaeció, por la interrupción del mismo al solicitarse la conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación.

El Tribunal Administrativo del Atlántico negó la excepción de subrogación de la obligación propuesta por la Contraloría del ente territorial al no existir contrato o pago alguno de la obligación cobrada en este proceso, que permita considerar que es el Fondo, Cuenta de Liquidaciones del Concejo, la Personería y la Contraloría de Barranquilla, quien ha remplazado al ente demandado en el deber que la Ley le impone de consignar oportunamente las cesantías de la vigencia 2006 ni de la sanción moratoria por tal incumplimiento.

Sostuvo que se encuentra demostrado que la Contraloría Distrital de Barranquilla no consignó oportunamente las cesantías de los períodos reclamados en el Fondo al que estaba afiliada la trabajadora, negación indefinida que conllevaba a que se invirtiera

la carga de la prueba, por lo cual el extremo pasivo se encontraba en la obligación de allegar al expediente prueba que permitiera llegar a la convicción del Juez que en efecto sí había efectuado el pago oportuno de las cesantías de las anualidades señaladas por la demandante.

Al no haberse acreditado la realización de la consignación del valor de las cesantías de la vigencia 2006, a favor de la demandante antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, tal y como lo ordena la Ley, es jurídicamente factible que las demandadas deban reconocer y pagar la sanción moratoria que se pretende, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

No obstante lo anterior, advirtió el Tribunal que en el presente caso operó la prescripción – excepción propuesta por la Contraloría Distrital de Barranquilla - del derecho solicitado, ya que tomando la fecha en que elevó la solicitud – 28 de noviembre de 2011 - hasta la fecha desde la cual se causa la sanción moratoria – 15 de febrero de 2007 - habían transcurrido 3 años como lo establecen los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, por lo que para hacer cualquier reclamación con respecto a dicha sanción, tenía hasta el 16 de febrero de 2010 (fls. 229 a 235).

RECURSO DE APELACION

La parte demandante interpuso el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2013 por el Tribunal Administrativo del Atlántico (fls. 229 a 233):

El fallador de primera instancia erró al contabilizar el término de prescripción de la sanción moratoria reclamada a partir del 15 de febrero de 2007, por cuanto aún está vigente la relación laboral de la mandante con la Contraloría Distrital de Barranquilla, por lo que no puede hablarse en este caso de prescripción.

Anotó el recurrente que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la prescripción del auxilio de cesantía empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo y no antes, toda vez que es a partir de ese momento cuando el trabajador puede disponer libremente de su importe, y en consecuencia, es cuando efectivamente se hace exigible.

Insistió en que en diversos pronunciamientos jurisprudenciales dictados por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se reitera que el término prescriptivo para reclamar los derechos prestacionales empieza a contabilizarse a partir del día siguiente de finalizada la relación laboral del empleado con la respectiva entidad (fls. 148 a153).

MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante la Corporación rindió concepto solicitando se revoque la decisión recurrida bajo los siguientes argumentos:

Consideró que si bien es cierto podría evidenciarse la prescripción planteada, también lo es, que el derecho a exigir la sanción moratoria nace desde el momento en que la Administración se sustrae al incumplimiento de su obligación, y se hace efectivo al momento del retiro definitivo del trabajador, y tal como lo sostiene el apoderado de la actora, aún se encuentra vinculada a la Administración, no se ha interrumpido su relación laboral, por lo que el término de la prescripción de las cesantías empieza a contarse a partir del día siguiente de finalizada la relación laboral.

Así lo ha sostenido la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante providencias de 9 de mayo y 21 de noviembre de 2013, expedientes Nos. 1219-12 y 08800- 13, M.P. Drs. Gerardo Arenas Monsalve y Bertha Lucía Ramírez, respectivamente.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Problema jurídico.-

Siendo el marco de juzgamiento en esta instancia, los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, debe la Sala precisar desde cuando se contabiliza el término de la prescripción del derecho a percibir la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En segundo lugar, en caso de que no haya prescripción del derecho, cómo se paga la sanción moratoria respectiva.

Marco Normativo y Jurisprudencial.

El sistema de liquidación anualizada del auxilio de cesantías es aplicable a los servidores públicos del orden territorial a partir la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, norma que fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen de cesantías anualizado y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado. Por su parte, el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 fue el que trajo consigo la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable para los

servidores públicos vinculados a las entidades del orden territorial a partir de la entrada en vigencia de dicho Decreto (10 de agosto de 1998).

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996 tiene el siguiente contenido literal:

“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; (...).”

Por su parte el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, dispone:

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

En este orden, como características de este régimen, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, se ordenó que dicho valor se consigne antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Por otro lado, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 previó como sanción moratoria un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador no consigne la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente antes del 15 de febrero del año siguiente en el fondo que el trabajador eligió.

De la prescripción de las prestaciones sociales².

En pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia³, han señalado que la *“prescripción es tener por extinguido un*

²Marco normativo y jurisprudencia expuesto en la sentencia de 18 de febrero de 2010 expedida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-09269-02(0741-08). Actor: ALBA ROCIO ORTIZ ALFARO. Demandado: ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACION PUBLICA.

³ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de enero de 1994, proceso No. 8847, Consejero Ponente Dra. CLARA FORERO DE CASTRO; 27 de noviembre de 1997, radicación No. 16971, Consejero Ponente Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, 20 de enero de 2000,

derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado [...] Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular;...”⁴

En el presente asunto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969, prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

“Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.

La ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto de otros derechos laborales, no incluidos en el Decreto citado, no implica la imprescriptibilidad de los mismos, de ahí que por

Expediente No. 22866 (2119 – 99, ACTOR: JORGE ENRIQUE CARDENAS GOMEZ, Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA, entre otros.

⁴ Coviello, Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil. UTEHA 1949, citado por el doctor Betancur Jaramillo Carlos, Derecho Procesal Administrativo, pág. 135, Señal Editora. 1996.

analogía se aplica el artículo 151 del C.P.T.⁵, a menos que existan cánones que regulen este tópico en puntos específicos.

Al respecto, en sentencia del 21 de marzo de 2002, Subsección B, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, M. P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado⁶, radicado Interno No. 4238-2001, se manifestó:

“ ...

La norma referida no tiene un alcance estrictamente privatista y siendo así, no existen elementos indicadores que permitan deducir que la expresión trienal está limitada a temas tratados específicamente para regular el sector privado. En consecuencia, la PRESCRIPCIÓN contemplada en el artículo 151 del C.P.L., abarca los derechos tanto de los servidores públicos como de los trabajadores particulares, a menos que existan normas especiales que regulen términos prescriptivos, verbigracia el artículo 23 del Decreto-Ley 1045 de 1978.

...” (Se subraya).

Debe resaltarse que la prescripción de un derecho es posible decretarla de oficio por el Juez del proceso contencioso, dado

⁵ “Artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. 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.”

⁶ Posición reiterada por esta Subsección, en sentencia del 28 de enero de 2010, Expediente No. 050012331000199901198-01 (0005-2008) Actor: Carlos Mario Jaramillo López, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 164 del C.C.A., en la sentencia definitiva debe el Juez Administrativo decidir sobre *“las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada”*, y, por tratarse de una norma especial para esta jurisdicción, prima sobre las reglas generales de otros procedimientos.

De lo probado en el proceso.-

La Contraloría Distrital de Barranquilla certificó que la señora María del Socorro Chimas Acevedo labora al servicio de esta entidad desde el 6 de febrero de 2006 en el cargo de Profesional Universitario código 340 grado 04 con una asignación básica mensual en la vigencia 2006 de \$1.256.558 (fls. 13).

La señora María del Socorro Chimas Acevedo presentó el 28 y 29 de noviembre de 2011 petición escrita ante la Contraloría Distrital y el Distrito de Barranquilla, con el fin de que se reconociera la sanción moratoria generada por la no consignación en tiempo del auxilio de cesantías correspondientes al año 2006, afirmando que le fueron consignadas el 12 de mayo de 2010 (fls. 14 y 15).

La Contraloría Distrital dio respuesta al pedimento mediante el oficio SG-012-001-0646-01 de 5 de diciembre de 2011 manifestando que no es posible acceder al reconocimiento de salarios moratorios por ser improcedentes en vía administrativa (fl.16).

Al no obtenerse respuesta a la petición elevada el 29 de noviembre de 2011, ante el Distrito de Barranquilla, se verificó que se configuró el acto ficto negativo frente a lo solicitado ante el ente territorial.

Obra en el expediente prueba de la transferencia realizada por el Distrito de Barranquilla a la Contraloría Distrital de Barranquilla para la vigencia del año 2006 por el valor de \$ 3.146.958.524., con el fin de que se asuman las acreencias entre otras las laborales (fls. 81 y 82 C.D anexo).

Consignación del valor correspondiente al auxilio de cesantías del año 2006, en el Fondo de Cesantías COLFODOS, en el cual se lee “pago cesantías acumuladas en vigencias anteriores” el monto consignado es global por la suma de \$372.140.622 pesos (fls. 81 y 82).

El anterior monto global se distribuye según la planilla del reporte los servidores afiliados a CITI-COLFONDOS (fl. 94), teniendo en cuenta el listado adjunto remitido por la Contraloría Distrital de Barranquilla el cual se encabeza “Cesantías Acumuladas personal activo hasta el mes de diciembre de 2009, correspondiéndole a la señora MARIA DEL SOCORRO CHISMAS ACEVEDO la suma de \$ 1.602.171 por concepto de cesantías y \$ 192.261 por intereses de cesantías para un total de \$1.794.432 (fls. 86 y 87).

Análisis de la Sala.-

De las pruebas recaudadas se infiere que la Contraloría Distrital de Barranquilla no consignó oportunamente las cesantías de los períodos reclamados en el Fondo al que estaba afiliada la servidora, pues sólo la consignación efectuó el 12 de mayo de 2010, fecha en la que la FIDUPREVISORA hizo el giro con destino a COLFONDOS.

Por lo anterior, la Sala afirma que se dan los supuestos de hecho que generan a favor de la demandante el derecho al

reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías correspondiente al año 2006 dentro del término establecido en la ley.

Es preciso señalar que en diversos pronunciamientos proferidos por la Sala se ha puesto de presente que las crisis financieras de las entidades estatales no pueden ser excusa para el no reconocimiento y pago oportuno de las acreencias laborales de los servidores vinculados laboralmente a ellas.

De igual forma, se ha reiterado por la Corporación que cuando la entidad territorial obligada a proveer los recursos para el pago de las acreencias laborales de los servidores públicos se encuentre en proceso de reestructuración de pasivos debe protegerse las obligaciones adquiridas con justo título, lo que permite afirmar que de ninguna forma le es factible a la entidad territorial desconocer alguna de dichas obligaciones.

La Sección Segunda, Subsección B, con Ponencia de la Dra Bertha Lucia Ramírez de Páez en sentencia de 17 de marzo de 2011, destacó que cuando se vulneran derechos y garantías laborales que no están circunscritas en el contenido de los

Acuerdos, dichas convenciones devienen en inconstitucionales, por lo que es procedente que éste se inaplique por inconstitucional en los casos en que se evidencia que con los mismos se evade la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías⁷.

Corolario de lo expuesto, se tiene que le asiste el derecho a la demandante al reconocimiento de la sanción moratoria dispuesta por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al no haberse efectuado la consignación del valor de la cesantía del período correspondiente al año 2006 antes del 15 de febrero de 2007.

Respecto a la prescripción de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sección ha dicho que si bien las obligación de consignar en el Fondo el auxilio de cesantía surge para el empleador antes del 15 de febrero de cada año, la posibilidad de demandar nace desde el momento en que la Administración, al retiro del servidor no hace entrega de la suma correspondiente a este concepto, es decir omite el cumplimiento de su obligación⁸.

⁷ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B, Consejera ponente: DRA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ, sentencia de 17 de marzo de 2011. Radicación número: 08001-23-31-000-2006-02143-01(1300-2009). Actor: Álvaro Ascencio García.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de septiembre de 2011 radicado interno (2005-2009).

Así, en reciente pronunciamiento esta Subsección “B”, analizó el término a partir del cual se puede contabilizar la prescripción de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, en sentencia de 9 de mayo de 2013, Exp. No. 1219-12 Actor: Bertilda Vanesa Bernal Higueta, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en los siguientes términos:

“ ...

En este punto de la providencia es del caso destacar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en reiterada jurisprudencia⁹ al analizar el término desde que puede contabilizarse la prescripción de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990.

“De la prescripción de la cesantía. ...En efecto, el auxilio de cesantía es una prestación social y cualquiera que sea su objetivo o filosofía, su denominador común es el de que el trabajador solo puede disponer libremente de su importe **cuando se termina el contrato de trabajo** que lo liga con su empleador. Pues durante la vigencia de su vínculo, no puede acceder al mismo sino en casos especiales que están regulados por la ley, en los cuales se ejerce una de las tantas tutelas jurídicas a favor del subordinado, que procura que sea correcta la destinación de los pagos que por anticipos parciales de cesantía recibe como parte del fruto de su trabajo, acorde con las preceptivas de los artículos 249, 254, 255 y 256 del C. S. del T., 102 ordinales 2 - 3 y 104 inciso último de la Ley 50 de 1990, y artículo 4° de la Ley 1064 de 2006.

⁹Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencias del 12 de octubre de 2004 y 13 de septiembre de 2006, radicados 23794 y 26327, respectivamente, en las cuales se insistió en lo expuesto en casación del 19 de febrero de 1997 radicación 8202.

En cambio, cuando el contrato de trabajo finaliza, el trabajador puede disfrutar sin cortapisa alguna de dicha prestación, pues la obligación del empleador en ese momento es la de entregarla bien directamente a quien fue su servidor o a través de los fondos administradores según la teleología de la ley.

Se apunta lo anterior, por cuanto ese denominador común no varió con la expedición de la Ley 50 de 1990, que sustancialmente cambió la forma de liquidación del auxilio de cesantía; pues si antes se liquidaba bajo el sistema conocido como el de la retroactividad, ahora, desde la vigencia de dicha ley se liquida anualmente con unas características que en seguida se precisarán.

El artículo 99 de la citada Ley 50 de 1990, contiene seis (6) numerales, de los cuales importan al presente asunto los cuatro (4) primeros, que analizados integralmente y aún uno por uno, nos llevan a la conclusión de que la prescripción del auxilio de cesantía de la forma regulada por el precepto en comento, empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo y no antes.

...

El numeral 3° establece la obligación para el empleador de consignar en un fondo antes del 15 de febrero del año siguiente al de la liquidación, el monto del auxilio de cesantía correspondiente a la anualidad anterior o a la fracción de ésta. Si el empleador no efectúa la consignación, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

Y el numeral 4°, que tiene una absoluta claridad que emana de su propio tenor literal, preceptúa que si a la terminación del contrato de trabajo existieren saldos a favor del trabajador que el empleador no haya consignado al fondo, deberá pagarlos directamente al asalariado junto con los intereses legales respectivos, aquí debe entenderse cualquier saldo de cualquier tiempo servido, pues este aparte de la norma no establece límite de tiempo alguno.

Así las cosas, se reitera nuevamente, que el sistema legal de liquidación del auxilio de cesantía actualmente

vigente, no modificó la fecha de causación o de exigibilidad de la referida prestación social. Simplemente y desde luego de manera radical y funcional, cambió la forma de su liquidación, pero en lo demás, mantuvo la misma orientación tradicional en cuanto a que solo a la finalización del vínculo contractual laboral, el ex-trabajador debía recibirla y beneficiarse de ella como a bien lo tuviera sin las limitaciones exigidas en los casos en que durante la vigencia del contrato necesitara anticipos parciales o préstamos sobre el mismo.

El hecho de que al empleador renuente a la consignación, le implique el pago de un día de salario por cada día de retardo, no significa que el término de prescripción como modo de extinguir una obligación, empiece desde la fecha límite que tenía para consignar anualmente, pues no es eso lo que regula el artículo 99 de la ley 50 de 1990, sino otra cosa bien diferente y que atrás quedó consignado; pues de otro lado, tampoco debe olvidarse que dicha sanción solo va hasta la finalización del contrato de trabajo, por virtud de que en este momento la obligación de consignar se convierte en otra, cual es la de pagar directamente al trabajador los saldos adeudados por auxilio de cesantía, incluyendo los no consignados en el fondo, como reza el artículo 99 numeral 4° anotado, sin perjuicio de que la sanción por mora que de ahí en adelante se pueda imponer sea la prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

...” (Se subraya).

De la anterior transcripción Jurisprudencial se concluye que mientras esté vigente el contrato de trabajo, no se puede hablar de prescripción de la cesantía como derecho social, lo cual se deduce de la interpretación sistemática tanto de los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990, como de los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política, entre otra normatividad.

En el caso bajo examine se tiene que la servidora pública, MARIA DEL SOCORRO CHISMAS ACEVEDO, se encuentra vinculada a la Contraloría Distrital de Barranquilla (fl. 13), lo cual indica que al momento de la reclamación se encontraba vigente la relación laboral entre la demandante y la demandada, por lo cual se cumple el primer presupuesto del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

La consignación correspondiente al concepto de cesantías anualizadas del año 2006 se consignaron al Fondo privado al que se encontraba afiliada la demandante, CITI-COLFONDOS, el 12 de mayo de 2010, lo cual le permitió determinar el monto adeudado por concepto de sanción moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo en la consignación desde el 16 de febrero de 2007 hasta el 12 de mayo de 2010.

La obligación de consignar que tiene el empleador no supone que su omisión en ese sentido haga exigible desde entonces el auxilio de cesantía correspondiente a la anualidad o fracción de año en que se causó, por virtud de que la exigibilidad de esa prestación social, se inicia desde la terminación del vínculo laboral, momento en que de acuerdo con el numeral 4° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, surge para el empleador la obligación de entregar directamente a su ex-servidor los saldos de cesantía que no haya

consignado en el fondo, así como los intereses legales sobre ellos que tampoco hubiere cancelado con anterioridad, coincidiendo la Sala en este punto con lo que afirma la Corte Suprema de Justicia en la sentencia atrás citada.

Así se tiene que conforme a lo prescrito por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el incumplimiento de la obligación de consignar dentro del termino establecido para el efecto genera la mora, sin que jamás ese incumplimiento se traduzca en un perjuicio y sanción para el servidor publico, castigándolo con la prescripción extintiva cuando el empleado no requiere a la administración para que deposite al fondo su cesantía, sin haberse consolidado la exigibilidad de la cesantía, la cual se tipifica al terminar la relación laboral como ya se expuso.

Por lo anterior, se reitera, mientras esté vigente el vinculo laboral, no se puede hablar de prescripción de la cesantía, la cual se deduce de la interpretación sistemática tanto de los artículos 98 y

99 de la Ley 50 de 1990, como de los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política.

De lo expuesto es dable concluir que para efectos de contabilizarse el término de la prescripción de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 debe tenerse como inició del conteo el momento de la terminación de la vinculación laboral, que es cuando verdaderamente se causa o hace exigible tal prestación social.

Por lo anterior se revocará el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia apelada y en su lugar, se ordenará el reconocimiento de la sanción moratoria por el retardo en la consignación del monto correspondiente al auxilio de cesantías del año 2006.

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

REVÓCASE el numeral 2 de la sentencia de 26 de abril de 2013, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico, declaró

probada la excepción de la prescripción de la sanción moratoria.
En su lugar se dispone:

Primero: DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo ficto respecto a la petición de reconocimiento de la sanción moratoria elevada ante el Distrito de Barranquilla el 29 de noviembre de 2011.

Segundo: DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio SG- 012-001-0646-11 de 5 de diciembre de 2011 expedido por la Contraloría Distrital de Barranquilla mediante el cual le negó el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en el artículo 99 la Ley 50 de 1990.

Tercero : CONDÉNASE a la Contraloría Distrital de Barranquilla al reconocimiento y pago a la demandante, de la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, desde el 17 de febrero de 2007 hasta el 12 de mayo de 2010, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

CONFIRMASE en los demás términos la sentencia apelada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. **CÚMPLASE.**

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

GERARDO ARENAS MONSALVE