



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., primero (01) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Radicado : 08001-23-31-000-2011-01188-01

Nº interno : 4395-2014

Demandante : Leonardo José Acosta Morales

Demandado : Municipio de Soledad – Atlántico

**Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01
de 1984**

**Tema : Confirma sentencia apelada. Prescripción de la sanción
moratoria causada por el retardo en la consignación de los
auxilios de cesantías.**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de abril 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 Leonardo José Acosta Morales, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, a través de apoderado, solicitó ante el Tribunal Administrativo del Atlántico la nulidad del **acto administrativo contenido en el Oficio STH 0366/11 del 30 de marzo de 2011**, expedido por el jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Municipio de Soledad (facultado por el numeral 15 del capítulo III del Decreto 185 de 2008, que ajusta el manual de funciones de dicho municipio), que negó el pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990¹.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene al Municipio de Soledad a pagarle la sanción moratoria desde la omisión en la consignación de los auxilios de cesantías por los años 2003 a 2008, hasta cuando se efectúe aquélla.

Igualmente, solicitó que las sumas cuya condena se ordene se ajusten de conformidad con el índice de precios al consumidor y se disponga el pago de intereses.

¹ Folios 1 a 9 del cuaderno principal

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

El señor Leonardo José Acosta Rosales labora en la Alcaldía Municipal de Soledad en el cargo de secretario, código 440, grado 02, adscrito a la planta global de la administración, desde el año 2003.

La entidad empleadora, Municipio de Soledad, no consignó de forma oportuna los auxilios de cesantías del actor correspondientes a los años 2003 a 2008, y tampoco ha pagado la sanción moratoria causada.

Mediante petición radicada ante la Alcaldía Municipal de Soledad el 30 de marzo de 2011, el accionante reclamó el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de los auxilios de cesantías, la cual fue respondida en Oficio STH 0366/11 del 30 de marzo de 2011.

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, 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 Leonardo José Acosta Rosales se le aplica la Ley 344 de 1996, por tanto, su empleador 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, con fundamento en los siguientes argumentos²:

Adujo que se configuró la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, porque la reclamación presentada en sede administrativa por el accionante debió recaer sobre un derecho o prestación determinada (la consignación anual de cesantías por parte de la administración), empero, en el *sub lite* se solicitó el pago de una sanción pecuniaria que se causó a cargo de la entidad por consignar de forma extemporánea los auxilios de cesantías. Al respecto, agregó que los auxilios de cesantías constituyen un derecho principal, mientras que la sanción moratoria es accesorio.

Indicó que no es posible cancelar la sanción moratoria, debido a que el demandante omitió reclamar su pago en el contexto del Acuerdo de Reestructuración de Pasivos del Municipio de Soledad, por ello, es improcedente reclamarla en sede judicial.

Anotó que se configuró la excepción de prescripción, pues de conformidad con los anexos de la demanda, el interesado presentó la petición el 30 de marzo de 2011, en consecuencia, prescribieron las prestaciones reclamadas que se causaron antes del 30 de marzo de 2008.

Señaló que la sanción moratoria regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 fue modificada por el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009, según el cual la sanción por mora no podrá exceder el doble del interés bancario corriente vigente a la fecha establecida para realizar dicho pago.

² Folios 58 a 68 del cuaderno principal

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia del 11 de abril de 2014, anuló el Oficio STH 0366/11 del 30 de marzo de 2011; declaró probada la excepción de prescripción de la sanción moratoria correspondiente a la vigencia del auxilio de cesantía del año 2007 (que se causó entre el 15 de febrero y el 9 de marzo de 2008), y la prescripción total respecto de las vigencias de los años 2003 a 2006; a título de restablecimiento del derecho, ordenó al Municipio de Soledad pagar a favor del actor un día de salario por cada día de retardo desde el 10 de marzo de 2008 hasta el 14 de febrero de 2009 (sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantía del año 2007), y desde el 15 de febrero de 2009 hasta el 14 de febrero de 2010 (sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantía del año 2008). Como fundamento de la decisión expuso los siguientes argumentos³:

Sostuvo que en el caso bajo estudio se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio STH 0366/11 del 30 de marzo de 2011, en el cual se dio una respuesta de fondo al demandante, por ello constituye un verdadero acto administrativo y se entiende agotada la vía gubernativa al no haberse indicado los recursos que procedían contra éste, por tanto, es posible demandar directamente ante la jurisdicción.

Indicó que en el expediente no existe prueba que demuestre si el accionante otorgó su consentimiento para que su acreencia fuera incluida en el proceso de restructuración de pasivos, en consecuencia, es obligación de la entidad demandada reconocer la sanción moratoria derivada de la no consignación oportuna de las cesantías del actor.

³ Folios 158 a 178 del cuaderno principal

Explicó que el demandante se vinculó con la Alcaldía de Soledad en el año 2003, fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, siendo entonces beneficiario del régimen anualizado de cesantías.

Consideró que como la entidad accionada no probó que hubiera consignado en los plazos legales los auxilios de cesantías del demandante correspondientes a los años 2003 a 2008, está obligada a pagar la sanción moratoria que prevé el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En cuanto, a la aplicación de la prescripción precisó que en el caso *sub examine* el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria el 30 de marzo de 2011, fecha en la cual se configuró la prescripción parcial de la sanción moratoria causada entre el 15 de febrero de 2004 y el 9 de marzo de 2008, respecto de las cesantías correspondiente a las vigencias del año 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 (parcialmente).

En este sentido, consideró que no operó la prescripción respecto de la sanción moratoria que se causó por el retardo en la consignación de los auxilios de cesantías de los años 2007 (la causada después del 9 de marzo de 2008) y 2008, que debieron consignarse antes del 15 de febrero de 2008 y 2009.

4. Recurso de apelación

4.1 Parte actora

Solicita que se revoque parcialmente la sentencia dictada en primera instancia, con fundamento en los siguientes argumentos⁴:

Señala que no está de acuerdo en la forma cómo se decretó la prescripción en la sentencia recurrida, porque no ha finalizado la relación laboral del actor con el Municipio de Soledad.

Afirma que mientras esté vigente la relación laboral no opera la prescripción de las cesantías ni de sus derechos accesorios, como la sanción moratoria. Por ello, en el caso del demandante no debió declararse la prescripción trienal ya que aún trabaja con el Municipio de Soledad.

Asegura que Municipio de Soledad debe ser condenado al pago de la sanción moratoria sobre las anualidades de 2003 a 2008, porque no realizó la consignación de los auxilios de cesantías en los plazos legales.

Pide que se agregue un numeral a la sentencia apelada, para que se ordene los valores cuya condena se ordena sean ajustados en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el índice de precios al consumidor.

Solicita se aclare que la sanción moratoria se causa de forma concurrente por cada anualidad en que no se consignaron las cesantías hasta que éstas sean consignadas.

5. Alegatos de conclusión

⁴ Folios 181 a 186 del cuaderno principal

Mediante auto del 25 de enero de 2016, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto⁵.

5.1 Parte demandante

Reitera que el Tribunal Administrativo del Atlántico no debió declarar la prescripción de la sanción moratoria, puesto que el demandante en la actualidad se encuentra ejerciendo funciones⁶.

Resalta que la entidad empleadora tiene la obligación de reconocer y pagar la sanción moratoria al accionante por el retardo en la consignación de los auxilios de cesantías correspondientes a los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008.

Respecto de la forma cómo se hace el cómputo de la sanción moratoria adeudada por varios periodos, precisa que se debe especificar que aquélla corre por cada año de forma concurrente a razón de un día de salario hasta que se verifique el pago de los auxilios de cesantías que dejaron de consignarse.

Agrega que se debe ordenar el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

5.2 Parte demandada

⁵ Folio 299 del cuaderno principal

⁶ Folios 338 a 344 del cuaderno principal

El Municipio de Soledad aduce que la sanción moratoria cuyo pago reclama el accionante está prescrita, pues aunque su pago fuera procedente aquella era exigible desde el 15 de febrero de 2004 al 15 de febrero de 2009, por tanto, en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción⁷.

6. Concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme parcialmente la sentencia apelada, al no estar de acuerdo en la forma cómo se aplicó la prescripción, puesto que el trabajador deja de acceder a sus auxilios de cesantías solo cuando solicita un retiro parcial y éste no es posible debido al retardo en la consignación de los mismos, motivo por el cual *“la posibilidad de demandar nace desde el momento en que el trabajador se entera de que no cuenta con sus cesantías”*⁸.

Explica que la entidad demandada incumplió su deber de consignar los auxilios de cesantías del actor que se causaron por los años 2003 a 2008, y que, su exigibilidad surge ante el empleador desde que éste tiene la obligación de entregarlos directamente al trabajador.

Así, considera el Ministerio Público que mientras esté vigente el vínculo laboral no se puede hablar de prescripción de la sanción moratoria en el régimen anualizado.

II. CONSIDERACIONES

⁷ Folios 358 a 360 del cuaderno principal

⁸ Folios 361 a 368 del cuaderno principal

1. Competencia

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

2. Problema Jurídico

En los términos del recurso de apelación presentado por la parte actora, la Sala debe establecer si revoca la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con este fin se analizará si la prescripción de la sanción moratoria que se causa por el retardo del empleador en la consignación de los auxilios de cesantías, empieza a correr desde la terminación de la relación laboral.

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 “[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”⁹.

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

“La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantías, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1.º de enero de 1942¹⁰.

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 cesantías¹¹. 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

⁹ 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.

¹⁰ 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. [...]

¹¹ «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.»

dictó normas sobre prestaciones a favor de los empleados oficiales, y definió los parámetros para la liquidación de las cesantías¹².

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

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

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

(...)

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

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

¹² 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.

retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”¹³.

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 cubre a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998; y por último el **Sistema del Fondo Nacional de Ahorro** el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación”¹⁴.*

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.

¹³ 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

¹⁴ 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

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

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

Ahora bien, en cuanto a la prescripción de la sanción moratoria consagrada en el citado numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 precisó que por tratarse la sanción en comento de una expresión del derecho sancionador no puede ser imprescriptible y que la norma aplicable en materia de prescripción es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral¹⁵, 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 accesorios¹⁶ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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).

Como hacen parte del derecho sancionador¹⁷ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

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

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

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969¹⁸, 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 1990¹⁹.

¹⁷ En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción “busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora...”

¹⁸ 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).

¹⁹ 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

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 el empleador debió realizarse la consignación.

2.2 Hechos relevantes probados

Vinculación laboral

Según la certificación del 18 de septiembre de 2012, expedida por el secretario de Talento Humano del Municipio de Soledad, el señor Leonardo José Acosta Rosales labora desde el 10 de septiembre de 2003 con la Alcaldía del citado municipio en el cargo de secretario, código 440, grado 02, nombrado mediante Resolución 0307 del 1 de agosto de 2003²⁰.

Afiliación a un fondo privado

COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, en certificado proferido por la directora de cuentas, informó que el señor Leonardo José Acosta Rosales se encuentra afiliado al fondo de cesantías desde el 20 de febrero de 2006²¹.

Reclamación administrativa

El señor Leonardo José Acosta Rosales solicitó al alcalde municipal de Soledad, en escrito del 30 de marzo de 2011, el pago de la “*sanción moratoria por el no giro*”

²⁰ Folio 77 del cuaderno principal

²¹ Folio 78 del cuaderno principal

*oportuno de mis cesantías al fondo que me encontraba afiliado desde los años 2003 hasta 2008, de acuerdo a lo estipulado en la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, norma que remite y se complementa con lo dispuesto en los artículos 99, 102, 104 y subsiguientes de la Ley 50 de 1990, hasta el día en que se efectúe la consignación de dichas cesantías, ya que hasta la fecha no se ha producido dicha consignación*²².

2.3 Caso concreto

En el *sub lite* el señor Leonardo José Acosta Rosales solicita el pago de la sanción moratoria causada por el incumplimiento del Municipio de Soledad de consignar antes del 15 de febrero de cada año laborado sus auxilios de cesantías, correspondientes a los años 2003 a 2008.

El Tribunal Administrativo del Atlántico accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues aunque ordenó el pago de la sanción moratoria reclamada por el actor, declaró la prescripción respecto de los valores que se causaron antes del 9 de marzo de 2008.

La parte accionante recurrió la decisión de primera instancia al considerar que no ha operado el fenómeno de la prescripción, toda vez que solo a partir de la finalización de la relación laboral es exigible la sanción moratoria reclamada por el retardo en la consignación del auxilio de cesantías, de modo que como el señor Leonardo José Acosta Rosales aún está laborando para el Municipio de Soledad no ha empezado a correr la prescripción.

²² Folio 16 del cuaderno principal

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.

(...)”.

De conformidad con lo previamente expuesto, el señor Leonardo José Acosta Rosales es beneficiario del régimen anualizado de cesantías, porque se vinculó con el Municipio de Soledad –entidad territorial-, desde el 10 de septiembre de 2003, es decir, después del 31 de diciembre de 1996, fecha en la que entró a regir la Ley 344 de 1996.

En este orden y teniendo en cuenta que la entidad demandada no consignó los auxilios de cesantías del accionante por los años 2003 a 2008 en los plazos legales, se observa que a partir del 15 de febrero de 2004 se causó el derecho al pago de la sanción moratoria regulada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

aplicable a los empleados del régimen anualizado por disposición del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998.

Por consiguiente, la sanción moratoria en *sub lite* empezó a ser exigible desde el 15 de febrero de 2004, y se ha causado hasta que se verifique la consignación de los auxilios de cesantías adeudados al accionante.

Sentado lo anterior, se procede a estudiar 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.

Entonces, advierte la Sala que, contrario a lo afirmado por el actor, 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 laborado, en el fondo que éste haya escogido. Por ello, como en el *sub judice*, el Municipio de Soledad tenía plazo para consignar el auxilio de cesantía del año 2003, hasta el 14 de febrero de 2004, es a partir del 15 de dicho mes y año que la obligación se hizo exigible y se siguió causando.

La entidad demandada incurrió en mora desde el 15 de febrero de 2004, por tanto, desde esta fecha se empezó a causar la sanción hasta que se acredite la consignación de los auxilios de cesantías adeudados al actor.

Ahora bien, se precisa que en el *sub lite* el señor Leonardo José Acosta Rosales reclamó ante la administración, el 30 de marzo de 2011, el pago de la sanción moratoria por el retardo en la consignación de cesantías, esto es, más de 3 años después de la causación de la misma (15 de febrero de 2004), en consecuencia, asistió la razón al Tribunal cuando aplicó el fenómeno de la prescripción regulado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, respecto de los valores adeudados anteriores al 9 de marzo de 2008. Observa la Sala que la prescripción operó al 30 de marzo de 2008, empero, en aplicación del principio de la *no reformatio in pejus* no se modificará la fecha.

De la indexación

Por otra parte, en lo correspondiente al reconocimiento de la indexación sobre el monto de la sanción moratoria por las cesantías que no se consignaron cuyo pago se ordena, advierte la Sala el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo prevé el ajuste de las condenas tomando como base el índice de precios al consumidor.

Sin embargo, 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”*²³. En este orden de ideas, la actualización de los valores que reclama la parte actora sobre el monto que debe pagar la entidad accionada por la sanción moratoria no es procedente porque éste ya la comprende.

²³ 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

La sanción moratoria cuando comprende varios periodos corre de manera unificada

Por otro lado, solicita el actor que se especifique que la sanción moratoria corre a razón de un día de salario de forma concurrente por cada anualidad de auxilios de cesantías que no se consignaron, hasta que se haya realizado el depósito.

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 anuales, aquélla corre de forma unificada desde que se causa la primera mora hasta se haga efectivo el pago, así²⁴:

*“(…) 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 acápites previos”²⁵.*

De tal suerte, que en atención a lo considerado en la sentencia de unificación la sanción moratoria corre de manera unificada aunque la entidad empleadora haya dejado de consignar los auxilios de cesantías por varias anualidades.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

III. DECISIÓN

Hechas estas consideraciones, la Sala confirmará la sentencia proferida por el 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 la sentencia del 11 de abril de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, de conformidad con los argumentos desarrollados en la parte motiva de esta providencia.

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, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER