

## **CESANTIA – Sanción moratoria / CESANTIA – Marco jurídico / REGIMEN DE LIQUIDACIÓN DE CESANTIA – Liquidación retroactiva, anualizada y afiliados al fondo nacional del ahorro**

En la reglamentación de la Ley 344 de 1996 para efectos del régimen de liquidación y pago de las cesantías, se hace una remisión a dos disposiciones distintas: Por una parte, para los servidores del nivel territorial y aquellos que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996, se les aplica lo dispuesto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, y por otra parte, para los servidores que se afilien al Fondo Nacional del Ahorro, a quienes se les aplica lo dispuesto en la Ley 432 de 1998. De lo expuesto hasta el momento se colige que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1582 de 1998, quedaron vigentes tres regímenes de liquidación de cesantías para el sector público, a saber: (i) el de liquidación retroactiva; (ii) el de liquidación anualizada y (iii) el de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro. Finalmente el artículo 1º del Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, dispuso que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de su vigencia, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. A su vez, el artículo 2 de la misma disposición señaló que los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas, continuarían en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

**FUENTE FORMAL:** LEY 50 DE 1990 / LEY 344 DE 1996 / LEY 432 DE 1998 / DECRETO 2767 DE 1945 / DECRETO 1582 DE 1998 / LEY 6 DE 1945 / LEY 65 DE 1946 / DECRETO 3118 DE 1968

**AUXILIO DE CESANTIA – Sanción moratoria / SANCION MORATORIA – Por el no pago oportuno del auxilio de cesantía / REGIMEN ANUALIZADO – Prescripción / PRESCRIPCION AUXILIO DE CESANTIA – Sanción moratoria / PRESCRIPCION SANCION MORATORIA – Opera de manera autónoma dado que no está atada al derecho principal / PRESCRIPCION SANCION MORATORIA – Trienal**

Esta Sala considera que la posición expuesta amerita unas precisiones: si se tiene en cuenta la finalidad del auxilio de cesantías, es decir, que el trabajador cuente con una suma de dinero que le permita afrontar una situación de desempleo, mal haría el juez al sancionar al particular por el no ejercicio de su derecho cuando continúa prestando sus servicios, pues a través de la mencionada prestación social se busca precisamente su protección con posterioridad a la terminación del vínculo laboral. Además de lo anterior, las prestaciones sociales son derechos que en materia laboral se consideran mínimos e irrenunciables. No obstante lo anterior, esta Sala de Subsección se permite aclarar que no ocurre lo mismo con la sanción moratoria puesto que la misma no constituye un mínimo en materia laboral y aunque está relacionada con la consignación de las cesantías, es una sanción independiente, por lo que se puede reclamar de manera directa. En consecuencia, la prescripción de la sanción no está atada a la del derecho principal, sino que opera de manera autónoma. Es por lo anterior que dado que la prestación social se debe pagar el 14 de febrero de cada año, a partir del día siguiente a que se cause el derecho, se empieza a causar la sanción moratoria y el trabajador debe solicitarle el pago a la administración de manera oportuna so pena de prescripción trienal de las sumas que no haya reclamado en el momento preciso.

## **RECURSO DE APELACION – No es posible incluir nuevos argumentos en los alegatos presentados en segunda instancia**

No resulta procedente proponer argumentos nuevos en los alegatos de conclusión. En la misma medida en que no es posible incluir nuevos argumentos en los alegatos presentados en segunda instancia, tampoco le es posible al juez analizar los que no hayan sido utilizados por las partes y agravar la situación del apelante único ya que el análisis de la controversia jurídica se debe limitar a los argumentos presentados por las partes en el trámite del proceso.

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00812-01(3855-14)**

**Actor: FABIO JOSÉ GARCÍA CAICEDO**

**Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD (ATLÁNTICO)**

### **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DECRETO 01 DE 1984**

Decide la Sala de Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 11 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, que acogió parcialmente las súplicas de la demanda incoada por el señor FABIO JOSÉ GARCÍA CAICEDO contra el MUNICIPIO DE SOLEDAD, ATLÁNTICO.

#### **I. ANTECEDENTES**

##### **1. PRETENSIONES.**

FABIO JOSÉ GARCÍA CAICEDO, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. STH 990.10 de 24 de noviembre de 2010, mediante el cual el MUNICIPIO DE SOLEDAD, ATLÁNTICO, negó el

reconocimiento y pago de la sanción moratoria, correspondiente al pago de las cesantías del actor desde la anualidad de 2003 a la de 2008.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se reconozcan y paguen las sumas que correspondan a dicho concepto, así como a la actualización de los valores de acuerdo con el índice de precios al consumidor.

## **2. HECHOS NARRADOS EN EL ESCRITO DE DEMANDA.**

El actor narró los hechos que se resumen a continuación:

- 2.1. A la fecha de presentación de la demanda, el actor era trabajador de la ALCALDÍA MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE SOLEDAD, ATLÁNTICO, en el cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 03, el cual ostentaba desde el 1 de agosto del año 2003.
- 2.2. Dicho municipio omitió su obligación de consignar el auxilio de cesantías correspondientes a las anualidades comprendidas entre el año 2003 y el año 2008.
- 2.3. A la presentación de la demanda aún no se había realizado el pago de las mismas.
- 2.4. El 28 de octubre de 2010, presentó derecho de petición en el cual solicitó que se realizara el pago de la sanción moratoria de acuerdo con las disposiciones pertinentes de las leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, el cual le fue contestado por la entidad demandada por medio del oficio S.T.H. 990.10 de 24 de noviembre de 2010, en el cual se negó la mencionada petición y que le fue notificado el 14 de enero de 2011.

## **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

La parte actora señaló como normas violadas y motivos de inconformidad las siguientes:

- Constitución Política: artículos 13, 29, 53, 209.

- Código Contencioso Administrativo: artículos 85, 137 a 139.
- Ley 344 de 1996: artículo 13.
- Ley 50 de 1990: artículo 99.
- Decreto 1063 de 1991: artículos 21 y ss.
- Decreto 1582 de 1998: artículo 1.

Manifestó que el acto administrativo demandado desconoció el artículo 53 de la Constitución Política que establece la irrenunciabilidad a los derechos mínimos laborales.

Indicó que en las normas citadas se estableció el régimen anualizado de cesantías, por lo que las mismas se deben consignar a más tardar el 14 de febrero siguiente al año en que se causaron. Por lo anterior y dado que el MUNICIPIO DE SOLEDAD ATLÁNTICO no consignó las cesantías de manera oportuna, es menester condenarlo a la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que la entidad demandada ha realizado una conducta omisiva, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la mencionada sanción.

#### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

El MUNICIPIO DE SOLEDAD ATLÁNTICO, por conducto de apoderado, solicitó negar las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos<sup>1</sup>:

En cuanto a los hechos, indicó que la parte actora no realizó una exposición clara y puntual de los mismos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 137 del C.C.A.

Adicionalmente, propuso la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa por cuanto en el derecho de petición se solicitó el pago de la sanción moratoria y no al pago del auxilio de cesantía, lo cual no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 712 de 2001, en donde se establece que al empleado le corresponde realizar la reclamación sobre un derecho o una prestación debidamente determinado y que como consecuencia de lo anterior habría lugar a

---

<sup>1</sup> Ver folios 89 a 95

una sentencia inhibitoria.

Por otra parte, propuso como excepción la imposibilidad de pagar la indemnización moratoria debido a que las acreencias no fueron presentadas en el contexto de la admisión a la promoción de un acuerdo de reestructuración de pasivos a los que hace referencia la Ley 550 de 1999.

Indicó que en los antecedentes del expediente no consta ningún documento en que se acredite que el actor se haya acogido al régimen previsto en la Ley 344 de 1996.

Señaló que hay lugar a declarar la prescripción trienal de las sumas causadas con anterioridad al 28 de octubre de 2007, dado que el actor realizó la solicitud el 28 de octubre de 2010.

Sostuvo que hay falta de legitimación por activa, pues la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías al que pertenece el actor, presentó solicitud para inclusión de acreencia en el marco del proceso adelantado en virtud de lo dispuesto en la Ley 550 de 1999.

Adujo que en el caso concreto resulta inaplicable el artículo 99 de la Ley 550 de 1990 pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1328 de 1999, el legislador estableció que en los casos en los que las entidades públicas tengan que pagar algún tipo de sanción moratoria por incumplimiento de sus obligaciones, dichas sanciones no pueden superar el doble del interés bancario corriente vigente al momento de la fecha establecida legalmente para el pago.

## **5. LA SENTENCIA APELADA.**

El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante sentencia de 11 de octubre de 2013<sup>2</sup> decidió acoger parcialmente las súplicas de la demanda con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

En relación con la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, indicó que en el caso concreto el demandante solicitó el pago de la sanción moratoria y ante la negativa por parte de la entidad resultaba viable la impugnación directa

---

<sup>2</sup> Folios 161 a 176 del expediente.

ante la jurisdicción tal y como en efecto ocurrió.

Por otra parte, desestimó que se tuviera que reclamar la cesantía junto con la sanción moratoria puesto que en la ley se consagró el derecho a reclamar tal indemnización por el incumplimiento en el pago de una prestación laboral a favor del trabajador, independientemente del derecho principal.

Respecto de la falta de legitimación por activa señaló que la misma corresponde a la calidad de una persona para formular o contradecir las pretensiones de una demanda por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial. En el caso concreto, se indicó que la acción persigue el pago de una sanción moratoria y que quien reclama es el empleado que prestó de manera directa sus servicios a favor del Municipio, por lo que lo lógico es que sea él quien detente la capacidad de demandar.

Por otra parte, al analizar la excepción de imposibilidad de reconocimiento de indemnización en virtud del acuerdo de restructuración, consideró que el mismo no pueden cercenar los derechos de los trabajadores, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Corporación<sup>3</sup> y que adicionalmente no obra en el expediente prueba alguna que acredite que el demandante haya consentido en aprobar el acuerdo de restructuración o que la entidad haya dispuesto su citación para que se hiciera parte en el proceso concursal.

Así mismo, negó la solicitud de actualización de la condena de acuerdo con el índice de precios al consumidor debido a que la indemnización moratoria no sólo cubre la actualización monetaria, sino que incluso es superior, tal como lo ha declarado la Corte Constitucional en sentencia C – 448 de 19 de septiembre de 1996<sup>4</sup>.

Por último, indicó que teniendo en cuenta que la reclamación de la sanción moratoria se presentó el 28 de octubre de 2010, hay lugar a declarar la prescripción trienal de las sumas causadas entre el 15 de febrero de 2004 y el 27

---

<sup>3</sup> Al respecto, citó: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de 25 de marzo de 2010, Expediente No. 0928-07, Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia de 10 de noviembre de 2010, Expediente No. 0508-09, Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 448 de 19 de septiembre de 1996, Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

de octubre de 2007.

De acuerdo con lo anterior ordenó reconocer y pagar a favor del señor FABIO JOSÉ GARCÍA CAICEDO, la sanción moratoria desde el 28 de octubre de 2007 hasta el 14 de febrero de 2008, con el salario básico de 2006; desde el 15 de febrero de 2008 al 14 de febrero de 2009, con el salario básico del 2007; desde el 15 de febrero de 2009 hasta el 14 de febrero de 2010, con el salario básico de 2008; desde el 15 de febrero de 2010 al 14 de febrero de 2011, con el salario básico de 2009; desde el 15 de febrero de 2011 hasta el 14 de febrero de 2012, con el salario básico de 2010; y desde el 15 de febrero de 2012 hasta el 21 de diciembre de 2012, con el salario básico de 2011.

## **6. RAZONES DE LA APELACIÓN.**

Contra la decisión anterior, el apoderado de la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación<sup>5</sup>.

Al respecto, solicitó que se revocara el numeral primero de la sentencia de 11 de octubre de 2013, en el cual se decidió declarar parcialmente probada la excepción de prescripción desde el 15 de febrero de 2004 hasta el 27 de octubre de 2007, pues tanto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado han señalado que la prescripción sólo empieza a contar a partir de la fecha de finalización de la relación laboral, pues el auxilio de cesantía únicamente es exigible a partir de tal fecha.

Por otra parte, conminó a esta Corporación a que aclare el punto tercero de la sentencia en el sentido de que se indique que la sanción va hasta el año en que sea pagada la obligación y no en la manera que se realizó en el caso concreto.

## **7. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Una vez admitido el recurso de apelación, y corrido traslado para alegar de conclusión, conforme con lo establecido en el artículo 210 del C.C.A<sup>6</sup>, la parte actora reiteró los argumentos del recurso de apelación<sup>7</sup> y además solicitó que se indexe la condena y que sobre la misma se reconozcan intereses moratorios en

---

<sup>5</sup> Folios 178 a 182 del expediente

<sup>6</sup> Folio 244 del expediente.

<sup>7</sup> Folios 270 a 274 del expediente.

los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA,

La parte demandada guardó silencio.

## **8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público solicitó que se le corriera el traslado especial de que trata el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo, oportunidad en la que instó a que se revocara<sup>8</sup> la sentencia de 11 de octubre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, de acuerdo con los argumentos que a continuación se resumen:

Indicó que a pesar de que se podría pensar que hay lugar a declarar en forma parcial la excepción de prescripción, el Consejo de Estado ha considerado que no se le puede imponer al servidor la obligación de reclamar el derecho desde el momento en que se empieza a contar el término previsto para que se configure la sanción moratoria por la no consignación de manera oportuna de las cesantías, pues el monto sólo se determina cuando se verifica que el dinero efectivamente se acreditó en el Fondo de Cesantías o cuando el trabajador se percató de que el valor correspondiente no se encuentra en su cuenta individual.

De acuerdo con lo anterior, si el trabajador intenta retirarlas y no puede acceder a ellas por la no consignación oportuna, es a partir de ese momento en que el derecho comienza a ser exigible y no desde la fecha en que se hace efectiva la consignación, es decir que la posibilidad de demandar nace desde el momento en que el trabajador se entera de que no cuenta con sus cesantías.

Por último, se refirió a la jurisprudencia que indica que de una lectura sistemática de la Ley 50 de 1990, la prescripción surge a partir de la finalización del vínculo laboral.

En consecuencia, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia apelada en el sentido de no declarar la prescripción parcial de la sanción moratoria.

## **II. CONSIDERACIONES**

---

<sup>8</sup> Folios 275 a 284 del expediente.

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

### **1. Problema jurídico.**

Bajo el marco de lo establecido en la sentencia de primera instancia y lo decidido en el recurso de apelación, esta Sala de Subsección deberá determinar si en el caso concreto corresponde aplicar la prescripción trienal respecto de la sanción moratoria. Además deberá determinar la forma en que se debe realizar el pago y decidir si hay lugar a la actualización de la condena.

### **2. Marco Jurídico**

#### **a. La prestación social de auxilio de cesantías.**

El auxilio de cesantías es una prestación social que se consagró a favor de los empleados y obreros nacionales en el artículo 17 de la Ley 6ª de 19 de febrero de 1945, el cual estableció la obligación de pagar un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, teniendo en cuenta el tiempo prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

En el artículo 1º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946, se hizo extensiva a los trabajadores del orden territorial y a los particulares en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares”.

La anterior disposición fue reiterada por el artículo 1º del Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947.

Las disposiciones anteriores rigieron para el sector público (en los órdenes nacional, seccional y local) y el privado; contemplaron un régimen de liquidación con retroactividad, por todo el tiempo de servicios, con base en el último sueldo

devengado o el promedio de los últimos doce meses en caso de modificaciones al salario durante los tres últimos meses, lo que implicaba la actualización permanente del referido auxilio.

Posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968 preceptuó que cada año calendario, contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado deben liquidar la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados. De igual manera, advirtió que la liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador con lo cual se empezó a establecer el régimen anualizado. Adicionalmente, en el artículo 33 de dicho Decreto, se establecieron 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 ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 11 de diciembre de 1975.

En el orden territorial, contrario a lo establecido en el orden nacional, el auxilio de cesantías continuó bajo los parámetros consagrados en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que consagraron su pago en forma retroactiva.

Con la expedición de Ley 344 de 27 de diciembre de 1996 se estableció la liquidación anual de las cesantías de los servidores públicos vinculados o que se vincularan con posterioridad a la publicación de la misma a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que fuera su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital).

En el ámbito territorial ese nuevo régimen de liquidación anualizada de cesantías fue reglamentado por medio del Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, en cuyo artículo 1° se estableció:

“Artículo 1°.- 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.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.

Como se puede observar, en la reglamentación de la Ley 344 de 1996 para efectos del régimen de liquidación y pago de las cesantías, se hace una remisión a dos disposiciones distintas: Por una parte, para los servidores del nivel territorial y aquellos que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996, se les aplica lo dispuesto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, y por otra parte, para los servidores que se afilien al Fondo Nacional del Ahorro, a quienes se les aplica lo dispuesto en la Ley 432 de 1998.

De lo expuesto hasta el momento se colige que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1582 de 1998, quedaron vigentes tres regímenes de liquidación de cesantías para el sector público, a saber: (i) el de liquidación retroactiva; (ii) el de liquidación anualizada y (iii) el de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

Finalmente el artículo 1º del Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, dispuso que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de su vigencia, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso.

A su vez, el artículo 2 de la misma disposición señaló que los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas, continuarían en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

#### **b. La sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías.**

Al tratarse de una prestación social, el incumplimiento en el pago oportuno de las cesantías se considera una omisión relevante, por lo que se pretendió castigar a quienes incurran en dicha práctica.

Dependiendo del régimen en que se encuentre el trabajador, el incumplimiento generará diversas consecuencias:

Para aquellos trabajadores cuyo régimen es el de la Ley 344 de 1996, se presenta propiamente el fenómeno de la sanción moratoria por el no pago oportuno, y en el cual corresponde aplicar el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la remisión que a dicha disposición hace el artículo primero del Decreto 1582 de 1998, es decir:

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

(...)

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”.

Como se desprende de lo anterior, en el nuevo régimen de cesantías anualizadas previsto en la Ley 50 de 1990 se estimó que el incumplimiento de parte del empleador da lugar a pagarle al empleado una sanción consistente en el pago de un día de salario por cada día de mora.

Por su parte, para los servidores públicos afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, en razón a la naturaleza del mismo, el legislador consideró que hay lugar al cobro de intereses de mora, conforme se estableció en el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 432 de 29 de enero de 1998, es decir:

“ARTÍCULO 6. TRANSFERENCIA DE CESANTIAS DE SERVIDORES PUBLICOS.  
(...)

El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas por todo el tiempo de la mora”.

Respecto de la diferencia entre los regímenes de cesantía, esto es, el que se rige por la Ley 50 de 1990 por la remisión hecha en virtud de lo dispuesto del Decreto 1582 de 1998 (reglamentario de la Ley 344 de 1998) y el contenido en la Ley 342 de 1998, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

“El demandante considera que estos artículos consagran una situación que desfavorece a los afiliados del Fondo Nacional de Ahorro frente a las sociedades administradoras de fondos de cesantía, pues, mientras, en este último caso, la sanción por mora en que incurre el empleador al consignar tardíamente las cesantías de su empleado, corresponde a un día de salario a

favor del trabajador, en el caso de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la sanción es el doble del interés bancario corriente, y se causa a favor del Fondo y no del trabajador.

La Corte considera que el presente examen de constitucionalidad, debe avocarse no sobre las circunstancias secundarias del asunto, sino sobre lo que constituye su núcleo esencial, es decir, determinar si las consecuencias del mismo hecho generador, presenta diferencias sustanciales o no.

Para tal efecto, se tiene que el hecho generador consiste en el incumplimiento del empleador de consignar oportunamente las cesantías de sus trabajadores.

En la ley 432 y en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se establecen sanciones drásticas para dicho incumplimiento, con el propósito de desestimular tal omisión.

La diferencia se encuentra en el monto de la sanción, es decir, en el aspecto pecuniario del tema. Este aspecto, no sólo corresponde a un asunto adjetivo, sobre el que no existen elementos que le permita a la Corte determinar cuál monto es mayor o menor, sino que la explicación de la diferencia radica en que se está en presencia de dos regímenes legales diferentes. En el caso de las administradoras de cesantías, la sanción se rige por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y para el Fondo, en la legislación que le es propia, la Ley 432 de 1998.

En consecuencia, por este aspecto, no existe la vulneración del principio de igualdad que manifiesta el demandante, pues ante el mismo hecho generador de la sanción, es decir, el incumplimiento en la consignación oportuna del valor de las cesantías liquidadas al afiliado, se impone sanción de carácter pecuniario, si bien es verdad que a favor del Fondo en el caso de sus afiliados, o del trabajador, en el de las administradoras, distinción que se justifica, en virtud de los distintos objetivos sociales y de régimen legal que tienen cada uno<sup>9º</sup>.

Tal como se desprende de lo anterior, para la Corte Constitucional, además del monto de la sanción, existe una diferencia sustancial entre los regímenes, motivo por el cual, en el caso de los trabajadores que se rigen por la Ley 50 de 1990 por la remisión hecha en virtud de lo dispuesto del Decreto 1582 de 1998 (reglamentario de la Ley 344 de 1998) el pago de la sanción es a favor de éstos, mientras que en el caso de la Ley 432 de 1998, se hace a favor del fondo.

Bajo este marco normativo abordará la Sala el estudio y solución del problema jurídico planteado.

### **3. Análisis probatorio.**

Con las pruebas aportadas al expediente se probaron los siguientes hechos:

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 625 de 1998, Magistrado Ponente: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

- El actor ingresó a laborar como Técnico operativo – código 314, grado 03 adscrito a la Planta Global de la Administración Central de Soledad, desde el 1 de agosto de 2003<sup>10</sup>.
- El 28 de octubre de 2010 el actor formuló un derecho de petición ante el Alcalde de Soledad solicitando el pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías correspondientes a los años 2003 a 2008<sup>11</sup>. Dicha petición fue resuelta negativamente por la el Municipio de Soledad, mediante oficio S.T.H. 990.10 de 24 de noviembre de 2010<sup>12</sup>.
- Finalmente, durante el trámite del proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, le fueron consignadas las cesantías el 21 de diciembre de 2012<sup>13</sup>.

#### **4. El régimen de cesantías aplicable al actor.**

De acuerdo con lo probado en el proceso al señor FABIO JOSÉ GARCÍA CAICEDO se le debe aplicar el régimen de liquidación anualizada de cesantías contenido en la Ley 50 de 1990, toda vez que su vinculación laboral con el MUNICIPIO DE SOLEDAD, ATLÁNTICO comenzó el 1 de agosto de 2003, esto es, en vigencia de la Ley 344 de 1996, cuya reglamentación (artículo 1 del Decreto 1582 de 1998), remite a la citada Ley 50 de 1990 para los servidores del Estado del nivel municipal.

Conforme al marco normativo expuesto en el acápite anterior, resulta claro que la tardanza del MUNICIPIO DE SOLEDAD ATLÁNTICO en la consignación del auxilio de cesantías correspondiente a los años 2003 – 2008 (que tan solo se realizó hasta el 21 de diciembre de 2012<sup>14</sup>), genera para la entidad demandada la obligación de pago a la que hace referencia el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

#### **5. De la prescripción.**

---

<sup>10</sup> Folio 15 del expediente.

<sup>11</sup> Folio 16 del expediente.

<sup>12</sup> Folios 18 a 24 del expediente.

<sup>13</sup> Folio 159 del expediente.

<sup>14</sup> Folio 149 del expediente.

Ahora bien, teniendo claro que al actor le asiste el derecho al pago de la sanción moratoria por el incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías a tiempo, corresponde analizar si en el presente caso, tal como se decidió en la sentencia de 11 de octubre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, es preciso aplicar la prescripción extintiva parcial del derecho.

En virtud de dicho fenómeno, el ejercicio de un derecho se extingue con el transcurso del tiempo, de acuerdo con las disposiciones pertinentes, pues se presume que su titular lo ha abandonado o renunciado. En otras palabras, la prescripción extintiva es la figura que castiga la desidia o negligencia de quien detenta un derecho y no lo ejerce oportunamente.

En el caso del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que estableció lo siguiente:

“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”.

Por su parte, en el artículo 102 del Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, se dispuso:

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, **contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.**

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Es decir, una vez la obligación es exigible, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo y en esos eventos se produce la interrupción de la prescripción por una sola vez.

**a. De la prescripción en el caso de la mora en el pago del auxilio de cesantías, conforme al régimen de la Ley 50 de 1990.**

En relación con la prescripción de la sanción moratoria, esta Sección ha manifestado en anteriores pronunciamientos que si bien es cierto que la 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 de retiro del servidor de la entidad<sup>15</sup>, motivo por el cual no hay lugar a aplicar la prescripción trienal cuando éste continúa vinculado laboralmente a la entidad demandada.

En consonancia con dicha posición, en el salvamento de voto propuesto por el magistrado LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ a la sentencia de 12 de octubre de 2004<sup>16</sup> de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que posteriormente se convirtió en la posición que actualmente sigue dicha Corporación<sup>17</sup>, se manifestó lo siguiente:

“El artículo 99 de la citada Ley 50 de 1990, contiene seis numerales, de los cuales importan al presente asunto los cuatro primeros, que analizados integralmente y aún uno por uno, llevan a la indiscutible conclusión de que la prescripción del auxilio de cesantía de la forma regulada por el citado precepto, empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo.

En efecto:

El numeral 1 determina que el 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer la liquidación del auxilio de cesantía correspondiente al año calendario respectivo o por la fracción de este, sin perjuicio de la que debe efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo. Es decir que cuando el trabajador labora todo el año calendario completo, a 31 de diciembre de ese año se le debe liquidar el auxilio, liquidación que tendrá el carácter definitivo, lo que igual ocurre cuando trabaja una fracción del año. No obstante, cuando el contrato de trabajo se termine en fecha diferente, la liquidación deberá abarcar el período comprendido entre el 1º de enero del año respectivo y el día en que el contrato de trabajo finalice.

El numeral 2 dispone que el empleador de acuerdo con la ley debe cancelar al trabajador los intereses sobre el auxilio a la tasa del 12% anual o proporcional por fracción sobre el monto liquidado por la anualidad o por la fracción de año.

---

<sup>15</sup> Al respecto véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 22 de enero de 2015, Expediente No. 4346-2013, Magistrado Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 5 de septiembre de 2014, Expediente No. 2709-2013, Magistrado Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 21 de noviembre de 2013, Expediente No. 0800-2013, Magistrado Ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ (E)

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 12 de octubre de 2004, Magistrado Ponente: EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS, Salvamento de Voto de LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Expediente No. 34.393, Magistrado Ponente: LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ.

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.

Así las cosas, se reitera nuevamente que el nuevo sistema legal de liquidación del auxilio de cesantía no modificó la fecha de causación o de exigibilidad de la referida prestación social. Simplemente y desde luego de manera radical, cambió la forma de su liquidación. Pero en lo demás, mantuvo la misma orientación tradicional en cuanto solo a la finalización del vínculo contractual laboral, el ex-trabajador debía recibirlo y usarlo 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 el 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 (sic) que tenía para consignar, pues no es eso lo que regula el artículo 99 de la ley 50 de 1990, sino otra cosa bien diferente y que ya atrás quedó manifestado, pues de otro lado tampoco debe olvidarse que dicha sanción solo va hasta la finalización del contrato de trabajo, ya 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, inclusive los no consignados en el fondo, 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.

Por tanto, 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, pues la exigibilidad de esa prestación social, en estricto sentido lógico jurídico - y en ello debo ser reiterativo -, se inicia desde la terminación del contrato de trabajo, 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.

Por lo anterior, conforme a la norma en comento, la obligación de consignar para el empleador, es como se acaba de anotar, debiendo de buena fe consignarle en el respectivo fondo lo que le corresponda en forma completa al trabajador. De modo que si no lo hace, deberá someterse a la condigna sanción por la mora, sin que jamás ese incumplimiento se traduzca en un perjuicio y sanción para el trabajador, castigándolo con la prescripción extintiva cuando el operario no requiere al patrono para que consigne al fondo de cesantía, figura aquella que resultaría siendo una condena para quien por inercia en el ejercicio de las acciones para reclamar sus derechos, no las instaura en el término de los artículos 488 del C.S.del T.-y 151 del C. de P.L., y de la SS, lo que no puede ocurrir en este evento, porque se insiste, el trabajador sólo puede reclamar la totalidad de su cesantía cuando termina la relación laboral, pudiendo acudir para su entrega, bien al fondo de cesantía o al empleador si no las ha consignado en todo el tiempo, lo que quiere decir

que mientras esté vigente la relación laboral, no se puede hablar de prescripción de la cesantía como derecho social, lo cual se deduce de la interpretación sistemática de los artículos 25, 53 y 58 de la Carta Política; 254, 255 y 256 del C. S. del T., 1º del Decreto 2076 de 1967, 1 a 7 del Decreto 22 de 1978; 83 de la Ley 79 de 1988; 46 de Ley 9ª de 1989; 166 del D.L.663 de 1993 y 1º, 2º y 3º del D.R. 2795 de 1991.

Lamentablemente otra fue la conclusión mayoritaria de la Sala, en la que se confundió la obligación de consignar y la sanción moratoria con la exigibilidad del monto liquidado, lo que no corresponde con la correcta hermenéutica no sólo de las citadas disposiciones, sino del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Como se desprende de lo anterior, para la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la prescripción de la sanción moratoria sólo ocurre una vez se termina la relación laboral.

Esta Sala considera que la posición expuesta amerita unas precisiones: si se tiene en cuenta la finalidad del auxilio de cesantías, es decir, que el trabajador cuente con una suma de dinero que le permita afrontar una situación de desempleo, mal haría el juez al sancionar al particular por el no ejercicio de su derecho cuando continúa prestando sus servicios, pues a través de la mencionada prestación social se busca precisamente su protección con posterioridad a la terminación del vínculo laboral.

Además de lo anterior, las prestaciones sociales son derechos que en materia laboral se consideran mínimos e irrenunciables.

No obstante lo anterior, esta Sala de Subsección se permite aclarar que no ocurre lo mismo con la sanción moratoria puesto que la misma no constituye un mínimo en materia laboral y aunque está relacionada con la consignación de las cesantías, es una sanción independiente, por lo que se puede reclamar de manera directa.

En consecuencia, la prescripción de la sanción no está atada a la del derecho principal, sino que opera de manera autónoma. Es por lo anterior que dado que la prestación social se debe pagar el 14 de febrero de cada año, a partir del día siguiente a que se cause el derecho, se empieza a causar la sanción moratoria y el trabajador debe solicitarle el pago a la administración de manera oportuna so pena de prescripción trienal de las sumas que no haya reclamado en el momento preciso.

## **b. La prescripción en el caso concreto**

En el caso concreto, en la providencia apelada se decidió declarar prescritas las sumas comprendidas entre el 14 de febrero de 2004 y el 27 de octubre de 2007, por cuanto la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria le fue presentada al Municipio de Soledad Atlántico el día 28 de octubre de 2010.

Con fundamento en los argumentos expuestos en el literal anterior, esta Sala de Subsección habrá de confirmar la sentencia de 11 de octubre de 2013 respecto de la prescripción parcial de las sumas correspondientes a la sanción moratoria entre el 15 de febrero de 2004 y el 27 de octubre de 2007, puesto que tal como se señaló, no se puede asimilar la prestación social de las cesantías con el derecho al pago de la sanción moratoria.

## **6. De la solicitud de aclaración de sentencia**

En el recurso de apelación presentado por la parte actora en contra de la sentencia de 11 de octubre de 2013, se solicitó que se aclarara el punto tercero de la misma, en el cual se ordenó lo siguiente:

“TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, ordénase (sic) el reconocimiento y pago de sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio de cesantía del señor FABIO JOSÉ GARCÍA CAICEDO, a partir del 28 de octubre de 2007 hasta el 14 de febrero de 2008, con el salario básico de 2006, del 15 de febrero de 2008 al 14 de febrero de 2009, con el salario básico del 2007, del 15 de febrero de 2009 hasta el 14 de febrero de 2010, con el salario básico de 2008, del 15 de febrero de 2010 hasta el 14 de febrero de 2011, con el salario básico del 2009, del 15 de febrero de 2011 hasta el 14 de febrero de 2012, con el salario básico de 2010 y del 15 de febrero de 2012 hasta el 21 de diciembre de 2012, (fecha de consignación efectiva de las cesantías al fondo administrador) con el salario básico de 2011; sin que en ningún caso haya lugar a tantas sanciones como anualidades en mora”.

Al respecto, se reitera que la sanción moratoria, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 50 de 1990, corresponde a un día de salario por cada día de retardo, motivo por el cual, en el caso concreto el MUNICIPIO DE SOLEDAD ATLÁNTICO deberá pagar un día de salario desde el 27 de octubre de 2007, hasta el 21 de diciembre de 2012, fecha en la que se pagaron las cesantías adeudadas, tal como se realizó en la sentencia apelada y por lo tanto se declara que no es necesario aclarar la sentencia, como lo solicitó la parte actora.

## **7. De la actualización de la condena.**

En los alegatos de conclusión en segunda instancia, el señor apoderado de la parte actora solicitó la indexación de la condena.

Al respecto, esta Sala de Subsección se permite indicar que las etapas del proceso son preclusivas, motivo por el cual resulta contrario al principio de lealtad y contradicción entre las partes admitir argumentos que no fueron esgrimidos en el recurso de apelación.

En ese sentido, esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“En la segunda instancia los alegatos de conclusión deben estar referidos estrictamente a los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de apelación, por cuanto esta instancia procesal constituye una etapa conclusiva y no una adición o extensión del término del recurso de apelación, término que de suyo es preclusivo e improrrogable, razón por la cual no puede ser empleada para subsanar las omisiones del recurso, ni para proponer nuevos motivos de rechazo de las partidas glosadas o plantear motivos de inconformidad que no han sido oportunamente sometidos a consideración de las partes, vale decir, propuestos mediante la interposición del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Bajo estos parámetros, los argumentos esgrimidos por el apoderado de la demandada con ocasión de los alegatos de conclusión, referidos a los aspectos de fondo de la controversia, resultan inoportunos, teniendo en cuenta que no fueron planteados con el recurso de apelación, razón por la cual los mismos no serán tenidos en cuenta en el presente fallo. Igualmente, y por las mismas razones, no son admisibles las pretensiones de la actora formuladas con ocasión de los alegatos de conclusión, según las cuales solicita al Consejo de Estado el estudio de cargos que no fueron analizados por parte del Tribunal, toda vez que si tenía motivos de inconformidad contra la sentencia de primera instancia, debió hacer uso oportuno del recurso de apelación, recurso que solamente fué (sic) utilizado por la demandada<sup>18</sup>”.

Tal como se desprende de lo anterior, no resulta procedente proponer argumentos nuevos en los alegatos de conclusión.

En la misma medida en que no es posible incluir nuevos argumentos en los alegatos presentados en segunda instancia, tampoco le es posible al juez analizar los que no hayan sido utilizados por las partes y agravar la situación del apelante único ya que el análisis de la controversia jurídica se debe limitar a los argumentos presentados por las partes en el trámite del proceso.

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 30 de enero de 1998, Expediente No. 8509, Magistrado Ponente: GERMÁN AYALA MANTILLA.

En mérito de lo expuesto, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de 11 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO.** En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ      LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**