

CESANTIAS – Regulación legal / REGIMEN ANUALIZADO DE CESANTIAS – Servidores públicos a quienes se aplica. Sentencia de unificación que sienta jurisprudencial

Se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 – ARTICULO 12 / DECRETO 3118 DE 1968 – ARTICULO 22 / LEY 50 DE 1990 – ARTICULO 99 / LEY 344 DE 1996

CESANTIAS RETROACTIVAS – No opera la prescripción

Las cesantías constituyen un “ahorro” del trabajador, a ser reclamado al terminar su relación laboral, con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante. Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento -prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurriría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad

CESANTIAS ANUALIZADAS – No prescriben. / CESANTIAS DEFINITIVAS – Si la mora se origina en negligencia del empleado si opera la prescripción. Sentencia de unificación que sienta jurisprudencial

Respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado. No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor. En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.

SANCION MORATORIA - No es accesoria a la prestación cesantía / SANCION MORATORIA EN CESANTIAS ANUALIZADAS – Por su carácter sancionatorio opera la prescripción trienal. Norma aplicable. Sentencia de unificación que sienta jurisprudencial

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 accesorios a la prestación “cesantías”. Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del

deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación. Como hacen parte del derecho sancionador 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. La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, 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 1990.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO LABORAL – ARTICULO 151

SANCION MORATORIA DE CESANTIAS ANUALIZADAS – Su reclamación procede a partir del momento mismo en que se cause la mora, 15 de febrero de cada año. Sentencia de unificación que sienta jurisprudencial

La prescripción trienal de la sanción moratoria, incluso durante la vigencia del vínculo laboral, está más acorde, no solo con la realidad fáctica de la controversia, sino con la disposición legal que la consagra, como pasa a explicarse: De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”. Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento. Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial. La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1 del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual. La Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.

SANCION MORATORIA EN EL PAGO DE CESANTIAS ANUALIZADAS – Límite. Hasta el retiro del servicio pues a partir de allí surge la obligación de pagar las cesantías definitivas. No concurrencia de indemnizaciones moratorias. Sentencia de unificación que sienta jurisprudencial

Al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagar las cesantías definitivas, por ende, hasta esa fecha podría correr la sanción producto de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, pues a partir de ese momento empiezan a correr nuevos términos, del lado del trabajador, para reclamar sus prestaciones definitivas, y del lado del empleador, para cumplir los plazos y términos concedidos por la ley para pagar la integridad de las prestaciones definitivas debidas, dentro de las cuales se encuentran las cesantías. Y como no puede haber simultaneidad o concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias, es decir, las que se producen a causa de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas y las que surgen de la mora en el pago de las definitivas, deberá tomarse como límite final la fecha de la desvinculación del servicio, para efecto de la causación de la mora en el pago de las cesantías definitivas, acogiendo la primera postura planteada.

SANCION MORATORIA EN CESANTIAS ANUALIZADAS – Liquidación con base en el salario devengado en el momento en que se produce la mora y cuando comprenda más de un período se liquidará con el salario que corresponda al último y no corre independiente por cada periodo de cesantía. Sentencia de unificación que sienta jurisprudencial.

Si bien es cierto las cesantías anualizadas se causan con corte a 31 de diciembre de cada año y se liquidan con base en el salario devengado en ese año, también lo es que la obligación de consignación en el fondo administrador de cesantías está dispuesta por el legislador, para antes del 15 de febrero del año siguiente, y la mora como tal, se produce ante el desconocimiento de esa fecha, por ende, si a partir de allí surge la obligación denominada “indemnización por mora”, es el salario que el empleado devenga al momento en que surge la mora, el que ha de tenerse como base para la liquidación de la indemnización. Precisado lo anterior, y como quiera que hay eventos en que la mora se extiende por más de un año y se produce por periodos sucesivos, es imperioso hacer una excepción a la regla planteada, no sin antes advertir que en el evento en que el empleador se retrase en la consignación de diferentes periodos de cesantías anualizadas, en forma sucesiva e incluso concurrente, **no corre en forma independiente un día de salario por cada día de mora por cada uno de los periodos de cesantías debidos**, sino que en el supuesto en que se produzca tal acumulación de periodos anuales de cesantías debidas, corre una única sanción que va desde el primer día de mora que se causó respecto del primer periodo, hasta aquél en que se produzca el pago de la prestación, o el retiro del servicio, atendiendo los parámetros dados en los acápite previos. El salario para liquidar la indemnización moratoria será el que devengue el empleado en el año en que se produzca la mora, pero si esa mora se extiende en el tiempo, a tal punto que surja el derecho a la consignación de un nuevo periodo anualizado de cesantías, a partir de que se desconozca el término para la consignación de ese último periodo, la indemnización moratoria deberá liquidarse con el salario que corresponda al último. Para entender mejor la situación planteada, habrá de acudir al siguiente ejemplo: Un empleado a quien se le liquidan las cesantías por el año 2004, su empleador tiene la obligación de consignarlas antes del 15 de febrero del año 2005; sin embargo, transcurre todo el año 2005 y no realiza la consignación debida. Con corte a 31 de diciembre de 2005 realiza la liquidación de las cesantías

por este último año, las cuales debe consignar antes del 15 de febrero del año 2006, sin embargo, tampoco realiza la consignación y de igual manera omite tal obligación en los años sucesivos. En el ejemplo planteado, la indemnización moratoria por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2005 y el 14 de febrero de 2006, se liquida con el salario recibido por el empleado en el año 2005 - que percibía al momento en que se causó la mora-; la sanción moratoria concurrente, que surge desde el 15 de febrero de 2006 y hasta el 14 de febrero de 2007 se liquida con el salario que recibía el empleado en 2006 y así sucesivamente.

REESTRUCTURACION DE PASIVOS – No exime del pago de las acreencias laborales

Con base en las anteriores consideraciones y en la jurisprudencia trascrita se puede decir que si bien en el proceso de reestructuración se deben supeditar derechos individuales del acreedor, al colectivo de satisfacer todos los créditos en igualdad de condiciones, también lo es que dicho sacrificio no puede ser de tal magnitud que conlleve el **desconocimiento** de derechos fundamentales que puedan ser trasgredidos por un Acuerdo que **cercene créditos laborales** legalmente adquiridos. En otras palabras, no puede el deudor aprovecharse de su insolvencia y someter al acreedor a que opte sí o sí por la renuncia de unos derechos que causó.

FUENTE FORMAL: LEY 550 DE 1999 – ARTICULO 58

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2No.004 de 2016

Actor: YESENIA ESTHER HEREIRA CASTILLO

Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD

**Apelación sentencia - autoridades municipales
Sentencia de unificación jurisprudencial CE- SUJ004 de 2016**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 26 de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Subsección de descongestión.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, YESENIA ESTHER HEREIRA CASTILLO solicita al Tribunal declarar nulo el oficio S.T.H. 990.10 de 24 de noviembre de 2010 emanado de la Oficina de Talento Humano del municipio de Soledad, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, derivado del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo.

Como consecuencia de tal declaración pide que se condene al municipio de Soledad a pagar la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996 reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 que a su vez remite a los artículos 99 a 104 de la Ley 50 de 1990, que surge desde la omisión de la consignación de las cesantías causadas en el año 2003 y las siguientes que se causaron hasta el año 2008, con permanencia en el tiempo hasta cuando se produzca la consignación correspondiente, sanción que debe correr en forma particular para cada una de las anualidades de cesantías que se adeudan, y que se actualicen los valores debidos, con base en el índice de precios al consumidor y con los intereses respectivos.

Como hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, relata los que se resumen a continuación:

Labora en el municipio de Soledad Atlántico en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 02 adscrito a la planta global de la administración central del municipio, desde el 12 de noviembre de 2003 y a la fecha aún presta sus servicios en la entidad territorial.

El municipio de Soledad no consignó dentro del plazo fijado en las normas previamente mencionadas, las cesantías correspondientes a los años 2003 a 2008, es decir, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, término consagrado para los trabajadores que se hubieran vinculado a la administración a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se hayan acogido al régimen previsto en las aludidas normas.

Debido a ese incumplimiento, la administración municipal está llamada a reconocer y pagar a su favor el equivalente a un día de salario por cada día de mora; sin embargo, no ha reconocido tal sanción ocasionada por su retardo.

El 28 de octubre de 2010 presentó reclamación tendiente al reconocimiento y pago de la sanción mencionada, la que fue resulta a través del oficio S.T.H. 990.10 en el que se despachó desfavorablemente su pretensión.

El oficio en cita fue dirigido a un sinnúmero de empleados públicos que, al parecer, habían realizado similar reclamación, a pesar de que su petición fue de carácter individual y concreto y por ende, debe ser tenido como el acto administrativo particular que modificó su situación jurídica individual, subjetiva y concreta.

La decisión contenida en el acto presenta vicios de ilegalidad en cuanto desconoce completamente el contenido de las normas que regulan el régimen legal de cesantías de los servidores públicos.

El acto administrativo quedó en firme, porque no se interpusieron los

recursos en vía gubernativa.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró no probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, declaró probada la de prescripción de la sanción causada durante los años 2003 a 2006 y accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Sostuvo que como la demandante se vinculó a la administración municipal de Soledad en el año 2003, es aplicable el régimen anualizado de cesantías, que se hizo extensivo a las autoridades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996.

Adujo que por el hecho de haberse reclamado tardíamente el pago de la sanción moratoria de cesantías, es decir, hasta el 28 de octubre de 2010, se encuentran prescritas las causadas con 3 años de anterioridad a tal solicitud, es decir, las originadas antes del 28 de octubre de 2007.

No obstante, como la liquidación de cesantías anualizada se realiza con corte a 31 de diciembre del año anterior y su pago procede a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su causación, el derecho a la sanción moratoria que se podría reclamar surge de la prestación causada a partir del año 2007, por encontrarse prescrito el derecho.

Siendo así, la mora empezaría a correr desde el 16 de febrero de 2008 y hasta el día en que se realice efectivamente la consignación respectiva.

LA APELACIÓN

Inconforme con la sentencia del Tribunal, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación parcial, dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

Señaló que lo que se persigue en el proceso de la referencia no es el pago de las cesantías causadas sino el de la sanción moratoria producto del incumplimiento de la administración en realizar la consignación oportuna de las mismas.

Señaló no estar de acuerdo con la decisión de no reconocer la sanción moratoria por las anualidades del 2003 a 2006 y sugirió que la prescripción trienal a que alude el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia, aún no ha empezado a correr pues este término solo comienza a partir de la terminación de la relación laboral, por ende, solicita ordenar el reconocimiento y pago de la sanción por todas las anualidades reclamadas.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se trata de establecer la legalidad del oficio S.T.H. 990.10 de 24 de noviembre de 2010 mediante el cual se resolvió en forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria elevada por la señora Yesenia Esther Hereira Castillo.

A efecto de resolver la controversia y en aras de sentar jurisprudencia¹ sobre aspectos relacionados con el reconocimiento de las cesantías, la sanción moratoria y aspectos puntuales de su reconocimiento, la Sala de la Sección, de oficio, procede a unificar jurisprudencia, así:

i. Sobre las cesantías

Las cesantías fueron consagradas en el literal f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 como un derecho de carácter prestacional a favor de los trabajadores oficiales, que debía ser reconocido por el patrono a razón de un mes de salario por cada año de trabajo y proporcionalmente por las fracciones de año.

Dicho derecho prestacional fue extendido a todos los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, departamentos, intendencias, comisarias, municipios y particulares, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 65 de 1946 y se constituyó en una obligación a cargo del Estado en beneficio de sus empleados.

El Decreto 3118 de 1968 “por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones”, consagró como uno de los principales objetivos del Fondo Nacional de Ahorro, el pago oportuno de las cesantías² a los empleados públicos y trabajadores oficiales y, en su artículo 22 consagró:

“Artículo 22º.- Liquidación en 31 de diciembre de 1968. La Caja Nacional de Previsión Social liquidará el auxilio de cesantía causado hasta el 31 de diciembre de 1968 en favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella. Los demás organismos nacionales de previsión social, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado cuyos empleados o trabajadores no estén afiliados a la Caja Nacional de Previsión social harán para éstos la liquidación prevista en el inciso anterior, siempre que el pago de los respectivos auxilios de cesantía corresponda a dichas entidades.

Las liquidaciones practicadas en desarrollo del presente artículo tendrán carácter definitivo y no podrán revisarse aunque el salario del funcionario y trabajador varíe posteriormente.”

Es decir, a partir de la vigencia del precitado Decreto, la administración de las cesantías dejó de ser obligación de la Caja Nacional de Previsión Social y se trasladó al Fondo Nacional de Ahorro; no obstante, la administración de ellas surgía una vez se efectuara la liquidación respectiva, en virtud del reconocimiento, al tenor de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 ídem, que establecen las liquidaciones anuales y definitivas por retiro; respecto de éstas últimas se consagró:

¹ De conformidad con la competencia derivada del artículo 13A, del Reglamento del Consejo de Estado, que fue adicionado por el Acuerdo 148 de 2014.

² Ver artículo 2º.

“Artículo 28°.- Liquidación año de retiro. En caso de retiro del empleado o trabajador, el respectivo Ministerio, departamento administrativo, superintendencia, establecimientos públicos o empresa industrial y comercial del Estado, liquidará la cesantía que corresponda al empleado o trabajador por el tiempo servido en el año de retiro.”

Las cesantías así concebidas, se liquidaban con base en el régimen de retroactividad; no obstante, en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se estableció una forma diferente de liquidación de esa prestación, en los siguientes términos:

“Artículo 99°.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

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

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

4ª. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5ª. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6ª. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los decretos que dicta el Gobierno Nacional, en orden a:

Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

Garantizar que la mayor parte de los recursos captados para orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7ª. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

Parágrafo.- En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantías autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía.”

Sin embargo, tal consagración estaba destinada únicamente a empleados o trabajadores cuyas relaciones laborales estuvieran regidas por el Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto la ley citada se expidió con la finalidad de introducir reformas a ese estatuto y dictar otras disposiciones, que se entienden relativas a la misma materia³.

No obstante, con la expedición de la Ley 344 de 1996 y lo previsto en su artículo 13, se estableció el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia, y se hizo extensiva la normatividad que estuviera rigiendo en materia de cesantías, siempre que fuera compatible con la liquidación allí ordenada, así:

“Artículo 13^o.- 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;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo;

El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo.

Parágrafo.- El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”

El aparte en negrilla fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C- 428 de 1997 con el siguiente fundamento:

“El inciso final de la norma examinada autoriza al Gobierno para establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la ley tenían régimen de cesantías con retroactividad se acojan al nuevo sistema.

Esta parte del precepto es abiertamente inconstitucional, toda vez que representa una autorización indeterminada, tanto desde el punto de vista material como desde el temporal, para que el Ejecutivo cumpla una función indudablemente legislativa.”

Con fundamento en lo previsto en el literal b) del artículo 13 previamente transcrito, y el artículo 1^{o4} del Decreto 1582 de 1998 se hizo extensiva

³ En virtud del principio de unidad de materia.

⁴ “Artículo 1^o.- 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.”

la normatividad relativa a cesantías, que fuera compatible con la liquidación anualizada allí ordenada y particularmente se remitió a lo previsto en los artículos 99, 102 104 de la Ley 50 de 1990, el primero de los cuales establece:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

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

3ª. **El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente,** en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.”** (Resalta la Sala).

En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998.

Ahora bien, diferentes tesis se han planteado en relación con la extinción del derecho a las cesantías, así: i) según la cual, mientras la relación laboral se encuentre vigente, no se produce la extinción de las mismas, sino que el término prescriptivo empieza a correr a partir de la ruptura del vínculo laboral; ii) la que predica que se aplica la prescripción extintiva del derecho al transcurrir 3 años sin hacer la reclamación, sin consideración a la terminación de la relación laboral, y iii) la que sostiene que se trata de un derecho imprescriptible.

A continuación se transcriben apartes de providencias en las que se han sostenido las diferentes posiciones, así:

Tesis 1:

“(…)

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 4º 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 término establecido para el efecto genera la mora, sin que jamás ese incumplimiento se traduzca en un perjuicio y sanción para el servidor público, 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, la Sala insiste en que mientras esté vigente el vínculo 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.”⁵ (Negrilla fuera de texto).

Tesis 2:

“Como el pago de las cesantías obedece al régimen anualizado que determina la obligación de consignar oportunamente antes del 15 de febrero siguiente al año causado, se tiene que las cesantías de la demandante causadas en el 2001, debieron ser canceladas a más tardar el 14 de febrero de 2002, por lo tanto el 15 de febrero de 2005 prescribió el derecho a reclamarlas.

Igualmente respecto de las cesantías causadas en el 2002, debieron ser consignadas antes del 15 de febrero de 2003, prescribiendo el derecho el 15 de febrero de 2006; las causadas en el 2003, debieron ser pagadas hasta el 14 de febrero, por lo tanto prescribieron el 15 de febrero de 2007; y las causadas en 2004, que debieron consignarse antes del 15 de febrero de 2005, prescribieron el 15 de febrero de 2008.”⁶ (Resalta la Sala).

Tesis 3:

“Además, la Sala debe decir que las cesantías son un derecho de orden público, irrenunciable e imprescriptible y deben ser reconocidas y pagadas por el empleador en las oportunidades consagradas en la ley, pues se constituyen como un ahorro a favor del empleado cuyo pago definitivo⁷ se produce al terminar la relación laboral, con miras a que pueda subvencionar las contingencias que puedan surgir por haber quedado cesante.

Además, las normas que consagran el derecho al reconocimiento de las cesantías no establecen un término en que se extinga la obligación para hacerlo efectivo y, al ser la prescripción un fenómeno de orden público que extingue derechos, su consagración debe ser

⁵ Sentencia de 9 de mayo de 2013, Expediente 1219-12, actor: Bertilda Vanesa Bernal Higueta, M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Tesis que igualmente fue planteada, entre otras, en sentencia proferida el 29 de julio de 2010, por la Subsección A, Rad.: 681-23-15-000-2000-03326-01, número interno: 1065-07, Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón y tenida en cuenta recientemente por la Subsección B, en sentencia del 22 de enero de 2015, Radicación: 080012331000201200388 01, número interno: 4346-13, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁶ Sentencia de 6 de diciembre 6 de 2012, Sección Segunda - Subsección B, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, EXP. 080012331000201000802 01(1093-2012).

⁷ Salvo los reconocimientos parciales, que se hagan en los casos permitidos por la ley.

taxativa.”⁸

Los distintos enfoques sobre la materia, hacen necesaria la definición de una postura unificada, previo el siguiente análisis:

Las dos primeras tesis, aludidas previamente, suponen la aplicación del término de prescripción de 3 años, previsto en diferentes disposiciones legales de carácter laboral, no obstante, ninguna de esas normas consagra el derecho a las cesantías como prestación a favor del trabajador.

El derecho a las cesantías fue creado por el legislador del 46, como un beneficio sujeto al despido o desvinculación laboral del trabajador y aunque su causación en principio se condicionó a periodos de 3 años⁹, los parámetros para su reconocimiento siempre estuvieron directamente relacionados con el retiro del servicio.

La justificación de esa sujeción, está orientada por dos razones fundamentales, la primera de ellas, porque como su nombre lo indica, tiene relación con el estado “cesante” del empleado, pues su reconocimiento y pago tiene como finalidad subvencionarlo en el momento en que se extinga su relación laboral y la segunda de ellas, porque su reconocimiento se consagró con el régimen de retroactividad, dentro del cual la liquidación se realizaba con base en el último salario recibido por el trabajador al momento de finiquitar su vínculo laboral.

Y aunque procedían los pagos parciales¹⁰, la liquidación que se realizaba para ese efecto no era definitiva, pues solo adquiriría este carácter cuando terminaba la relación laboral, es decir, cuando el empleado quedaba cesante, momento en el cual se efectuaba la liquidación definitiva y el pago de la totalidad de la prestación.

Una vez reconocido y pagado ese derecho, ingresaba al patrimonio del empleado y por ende, se trataba de un derecho “imprescriptible”, pues seguía reputándose como titular del mismo indefinidamente, sin que se pudiera alegar su extinción.

Al respecto, valga precisar que las cesantías constituyen un “ahorro” del trabajador, a ser reclamado al terminar su relación laboral, con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante. Al tener esa naturaleza de ahorro, producto de un emolumento -prestación- causado a su favor durante ese vínculo, no se puede predicar la prescripción respecto de las sumas que la componen, así ocurría respecto de las cesantías bajo la modalidad de liquidación con retroactividad y así ha de predicarse respecto de las mismas, bajo el régimen de liquidación anualizado.

Para dar un mejor entendimiento al anterior planteamiento, se ha de recurrir al siguiente análisis:

⁸ Sentencia de 13 de junio de 2013, Sección Segunda – Subsección A, Radicación 13001 23 31 000 2002 01405-02, número interno: 0132-10, Consejero Ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

⁹ Lo que fue modificado posteriormente y sujeto a periodos de 1 año.

¹⁰ En los casos consagrados en la ley.

Bajo el régimen retroactivo, la liquidación se realizaba en forma definitiva solo hasta la terminación del vínculo laboral, por ende, durante esa relación, no había lugar a declarar la extinción del derecho y era liquidado y pagado en forma definitiva al momento de finiquitar la relación laboral.

Ahora bien, con la modificación que surgió con el cambio de liquidación de esa prestación, a ser realizada en forma anual, al empleador le corresponde liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre, y efectuar la consignación de las sumas producto de esa liquidación en el fondo que el empleado elija, a más tardar, el 15 de febrero del año siguiente¹¹. A partir de ese momento, las sumas liquidadas y consignadas por concepto de cesantías, ingresan al patrimonio del empleado, pues son destinadas a la cuenta individual que a nombre del empleado se ha creado en el fondo administrador de cesantías que este haya elegido.

Tales sumas se van incrementando año a año producto de la liquidación y consignación que al empleador le corresponde en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, generando un “ahorro” en su cuenta individual que, salvo las excepciones de ley¹², será retirado al momento en que quede cesante.

El ahorro así constituido, puede ser reclamado por el empleado en el mismo instante de quedar cesante, pues precisamente esa es la causal principal para el retiro de las cesantías o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral. Siendo así, en modo alguno se puede afirmar que pierde, en virtud del término extintivo, el ahorro que durante su trayectoria laboral se haya consignado en el fondo respectivo.

Ahora bien, en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por parte del empleador redundaría en su propio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene porqué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador.

Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone.

Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

¹¹ Artículo 99, numeral 3 de la Ley 50 de 1990.

¹² Según las cuales se pueden hacer retiros parciales, con destino a compra o remodelación de vivienda, educación, entre otros.

No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor.

En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.

2. Sobre la indemnización moratoria

La indemnización moratoria que se analiza, surge de lo dispuesto en la Ley 344 de 1996 “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, cuyo artículo 13 es del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 13. 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;

b) **Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo”.** (Negrilla de la Sala).

Y en torno a la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anualizadas, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 prescribe:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de 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 retardo.”** (Resalta la Sala).

La norma en cita es clara en señalar que la sanción moratoria por la consignación extemporánea de cesantías se causa a razón de un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías anualizadas.

En torno a la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación de las cesantías, es necesario precisar diferentes aspectos, a saber: i) prescripción del derecho a la sanción moratoria ii) fecha a partir de la cual procede la reclamación de la sanción ante la administración; iii) límite final de reconocimiento de la sanción moratoria producto de incumplimiento en el pago de

las cesantías anualizadas; iv) salario que ha de tenerse en cuenta para el reconocimiento de la sanción.

i) Prescripción de los salarios moratorios

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 accesorios¹³ a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador¹⁴ 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 1969¹⁵, 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 1990.

ii) Reclamación de la sanción moratoria

¹³ Tal indemnización no tiene el carácter de accesoria 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).

¹⁴ En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción “busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora...”

¹⁵ 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: 08001-23-31-000-2011-00254-01(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).

En lo que atañe al momento en que surge el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el incumplimiento de consignar las cesantías anualizadas en la fecha que dispone la ley, existen dos tesis definidas, así:

La primera de ellas sostiene que aunque la mora se causa desde el día siguiente a aquél determinado por el legislador para realizar la consignación de las cesantías anualizadas, la reclamación de la sanción sólo procede, una vez ha terminado la relación laboral, como se expuso en la sentencia cuyo aparte se transcribe a continuación, entre otras:

“De otra parte, en cuanto al análisis del término prescriptivo para reclamar el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sección ha dicho que si bien 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 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 obligación¹⁶.”¹⁷

La otra tesis sostiene que la reclamación de la sanción moratoria surge desde el momento en que la obligación se hace exigible, entendiéndose como obligación la que el legislador impone al empleador de pagar la sanción cuando omite el deber de consignar las cesantías anualizadas en una fecha determinada, siendo así, la reclamación válidamente se puede realizar desde el momento mismo en que empieza a correr la mora. Posición que se plasmó, entre otras, en las siguientes providencias:

“De acuerdo con lo anterior, se tiene que la señora Rosiris Díaz Valencia, se encuentra vinculada a la Contraloría Distrital de Barranquilla, y que al momento de la reclamación se encontraba vigente la relación laboral entre ella y dicha Entidad de conformidad con las certificaciones de 25 de mayo de 2010 y 13 de octubre de 2011, expedidas por el Secretario General de la Contraloría Distrital de Barranquilla (fls. 15 y 88).

(...)

Por lo tanto, le asiste razón a la demandante al reconocimiento de la sanción moratoria dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como quiera que la relación laboral con la Contraloría Distrital de Barranquilla se encuentra vigente, tal como lo señala el Secretario General de la Entidad en las Certificaciones de 25 de mayo de 2010 y 13 de octubre de 2011¹⁸; así mismo de las pruebas allegadas al proceso se pudo establecer que la consignación del valor de las cesantías de los períodos correspondientes a los años 2004, 2005 y 2006 no se efectuó antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, pues las mismas sólo se consignaron el 12 de mayo de

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de septiembre de 2011 radicado interno (2005-2009).

¹⁷ Sentencia de 29 de febrero de 2016, Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, radicación número: 08001-23-31-000-2010-00941-01(1366-12).

¹⁸ Folios 15 y 88 del expediente.

2010, tal como lo certificó la Entidad el 10 de agosto de 2010 y el comprobante de Egreso de 12 de mayo de la misma anualidad.^{19»20}

“Del recuento probatorio se tiene que la actora viene laborando en la Universidad del Atlántico y que se acogió al régimen anualizado de Ley 50 de 1990, como se desprende de los hechos de la demanda, de la constancia de Colfondos y de la Certificación de acreencias expedida por el Vicerector Administrativo de la Universidad del Atlántico donde claramente se observa que las cesantías fueron incorporadas a Ley 550 de 1990 y canceladas mediante cartas de instrucción a la docente Mariela Pertuz Parra con solicitud de Ley 50 de 1990, el 6 de junio de 2000.

(...)

En ese sentido le asiste el derecho al demandante al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al no haberse efectuado las consignaciones por concepto de cesantía por los años 2004, 2005 y 2006, pese a que la Universidad del Atlántico se encontrara en proceso de reestructuración de pasivos.”²¹

Si bien las anteriores citas no señalan en forma expresa y concreta que el reclamo de la sanción moratoria por la consignación inoportuna de la cesantía pueda realizarse desde el momento mismo en que la sanción se hace exigible –cuando se produjo el incumplimiento- sí se estudió en ellas la legalidad de actos administrativos producto de reclamaciones realizadas antes de la terminación de la relación laboral. La tesis se abordó en forma precisa, en la siguiente providencia, entre otras, en la que se indicó que la reclamación procede desde cuando la obligación se hace exigible, así:

“Aunque la mora en la cual incurrió el Departamento del Atlántico empezó a correr desde el día 16 de febrero de 2001 y la misma cesó el 17 de mayo de 2004, la solicitud de pago de la referida sanción tan solo se cursó el 9 de agosto de 2006, configurándose de forma parcial el fenómeno de prescripción del derecho.

El numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que contiene la sanción moratoria solicitada, no condiciona la causación de tal derecho al pago efectivo de la prestación. Vale decir, **la obligación de pago de la sanción moratoria no surge a partir de la cancelación efectiva de la cesantía, como parece entenderlo el apelante, sino que ella se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple con el deber de consignar el valor que corresponda en la cuenta individual del trabajador**, a razón de un día de salario por cada día de retardo.

Un entendimiento contrario conllevaría al absurdo de afirmar que el reclamo de la sanción moratoria dependería de la

¹⁹ Folios 91 y 92 del Expediente.

²⁰ Sentencia de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13).

²¹ Sentencia de 7 de noviembre de 2013, Consejero ponente ALFONSO VARGAS RINCON, radicación número: 08001-23-31-000-2008-00616-01(1647-12).

voluntad del empleador incumplido, pues solo sería viable formularlo una vez se ha pagado la cesantía. Por el contrario, la intención del Legislador al establecer dicha sanción fue justamente castigar la omisión o el retardo en el pago de la prestación.

El apoderado del actor considera que el término de prescripción de tres años debe contabilizarse a partir del 17 de mayo de 2004, fecha en la que se emitió y cumplió la orden de pago de las cesantías correspondientes al año 2000, lo cual no es de recibo, dado que como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, **dicho término se contabiliza, hacia atrás, desde el momento en que el interesado solicitó a la administración el pago de la sanción moratoria, pues con ello se interrumpe la prescripción.** El razonamiento del recurrente equivale a ampliar el término de prescripción de los derechos laborales a más de tres años, sin ningún fundamento jurídico.”²² (Resalta la Sala).

Para efecto de acoger una de las tesis antes expuestas, se ha de decir que como se indicó previamente, la sanción moratoria está sujeta al término prescriptivo señalado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, lo cual quiere decir que al transcurrir 3 años sin realizar la reclamación respectiva, el trabajador pierde el derecho a la sanción, por lo menos, en forma parcial.

Si se acogiera la primera argumentación, y bajo el entendido de que en algunas ocasiones la administración incurre en mora en la consignación de cesantías no solo por unos días o meses, sino por varios años -más de 3- llegaríamos a la conclusión de que al momento en que termina la relación laboral, el empleado podría cobrar la sanción moratoria por un término superior al de la prescripción de la misma, pues la fecha que se tendría como habilitante para reclamar o interrumpir la prescripción sería la del retiro del servicio.

La situación anterior haría incurrir a la administración o al empleador, en una carga adicional a la que ya ha impuesto a su costa el legislador -la sanción-, consistente en que esa sanción se deba pagar por un término superior al de la prescripción.

O, en una interpretación favorable al empleador, haría que el empleado perdiera, por virtud del fenómeno prescriptivo, porciones de sanción que no reclamó en forma antecedente, porque la interpretación sugiere que la petición sólo puede formularse hasta el momento del retiro y si el fenómeno prescriptivo empieza a correr desde el momento de la petición hacia atrás, las sumas anteriores a 3 años, que no se reclamaron, no por negligencia del empleado, sino porque la interpretación así lo dispuso, se perderían por efecto del fenómeno extintivo.

Para entender lo anterior, podríamos citar el ejemplo de un trabajador que estuvo vinculado a la administración desde el 2000 hasta el 2016 y durante toda la relación laboral, su empleador no realizó la consignación de cesantías anualizadas antes del 15 de febrero siguiente al año en que se causaron.

²² Sentencia de 17 de abril de 2013, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).

Según la tesis expuesta y con fundamento en el ejemplo dado, la reclamación de la sanción moratoria solamente podría realizarse hasta el año 2016, momento en el cual se dio por terminado el vínculo y así lo hace el empleador; caso en el cual para efectos prescriptivos, en esa misma tesis estaríamos ante dos supuestos, el primero de ellos, implicaría el absurdo de que la sanción moratoria no prescribió durante los 16 años, pues la fecha habilitante para la reclamación es la de la terminación de la relación laboral, y por ende, tendría que reconocerse la sanción desde el 15 de febrero de 2001 hasta el momento del retiro, interpretación sustancialmente lesiva del patrimonio de la administración.

En el segundo supuesto, dentro de la misma tesis, se tendría que considerar que como la prescripción se contabiliza desde la petición hacia atrás, al haber efectuado esta última en el año 2016, la sanción sólo se reconocería desde el año 2013, a pesar de que la administración incurrió en mora recurrente desde el año 2001, lo que lesiona los intereses del empleado.

El anterior análisis nos lleva a considerar que la segunda tesis planteada, es decir, la que sugiere la prescripción trienal de la sanción moratoria, incluso durante la vigencia del vínculo laboral, está más acorde, no solo con la realidad fáctica de la controversia, sino con la disposición legal que la consagra, como pasa a explicarse:

De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1²³ del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su

²³ “**Artículo 104º.**- De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía...”

empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.

Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.

iii) Límite final de la sanción moratoria producto de incumplimiento en el pago de las cesantías anualizadas

La indemnización moratoria está prevista a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago, pero no impone un límite temporal para su reconocimiento, por lo que, en principio, se entendería que corre desde el momento mismo en que se produce la mora hasta cuando se hace efectivo el pago.

No obstante, puede ocurrir que el pago de las cesantías anualizadas se extienda en el tiempo, y transcurran no solo días y meses, sino muchos años, e incluso puede permanecer la mora hasta cuando se produzca el retiro del servicio, en tales circunstancias, se han planteado dos teorías en relación con ese límite, una de las cuales determina que se suspende al momento del retiro del servicio, tiempo en el cual cesa la obligación de pagar las cesantías anualizadas, y la otra, que cesa en el instante a partir del cual empieza a correr la mora de las cesantías definitivas.

Respecto de la primera posición, se transcribe el siguiente aparte:

“Así las cosas, a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones **será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio**, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.”²⁴

Y, en torno a la segunda tesis, se cita el siguiente antecedente:

“Importante resulta aquí aclarar que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador

²⁴ Sentencia de 5 de agosto de 2010, Consejero ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación número: 08001-23-31-000-2008-00394-01(1521-09). Esta posición también fue sostenida recientemente, en sentencia de abril 7 de 2016, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación número: 47001-23-33-000-2012-00017-01(2932-13)

por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995²⁵.

Lo anterior indica que a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la primera de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

Cada una de estas sanciones tienen una finalidad y origen distinto, por lo cual, reitera la Sala que **la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía causada a 31 de diciembre, en los términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada de la ley 244 de 1995** pues aquella rige mientras está vigente la relación legal y está a partir de cuando fenece. Esta última finalidad es la que impide su reconocimiento de manera concurrente."²⁶ (Se resalta).

Si bien es cierto en la segunda de las sentencias citadas, en principio se indica como fecha final de reconocimiento de la indemnización moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías anualizadas aquella en que se produce el retiro del servicio, también lo es que en párrafo posterior se sostiene que tal sanción por mora cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada de la Ley 244 de 1995, es decir, la sanción por la inoportuna consignación de las cesantías definitivas.

Y evidentemente, entre la fecha del retiro del servicio y la fecha en que empieza a correr la indemnización moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías definitivas, existe un lapso de por lo menos 65 días, durante los cuales se hace la reclamación de las prestaciones definitivas, se expide la resolución para su liquidación, se notifica y queda en firme ese acto administrativo y, finalmente, se realiza el pago dentro del término que prevé la Ley 244 de 1995, por lo que es necesario hacer precisión al respecto.

Como se señaló en la primera de las providencias citadas dentro de este aparte, al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagar las cesantías definitivas, por ende, hasta esa fecha podría

²⁵ Ver cita No. 3.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de septiembre de 2011 radicado interno (2005-2009).

correr la sanción producto de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, pues a partir de ese momento empiezan a correr nuevos términos, del lado del trabajador, para reclamar sus prestaciones definitivas, y del lado del empleador, para cumplir los plazos y términos concedidos por la ley para pagar la integridad de las prestaciones definitivas debidas, dentro de las cuales se encuentran las cesantías.

Y como no puede haber simultaneidad o concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias²⁷, es decir, las que se producen a causa de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas y las que surgen de la mora en el pago de las definitivas, deberá tomarse como límite final la fecha de la desvinculación del servicio, para efecto de la causación de la mora en el pago de las cesantías definitivas, acogiendo la primera postura planteada.

Tesis que además ha sido sostenida y es la que se aplica en la jurisdicción ordinaria, tal como se desprende de la sentencia cuyo aparte de trascribe a continuación:

“...cuando finaliza el contrato de trabajo y no ha habido consignación oportuna de saldos de cesantía por uno o varios años anteriores, la indemnización moratoria ocasionada por ello, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, **será pagadera sólo hasta el momento en que se termina la relación laboral**, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios, porque en caso de incumplimiento en este último evento la que opera es la moratoria contenida en el artículo 65 ya citado.”²⁸ (Se resalta)

iv) Salario que ha de tenerse en cuenta para el reconocimiento de la sanción

Un asunto de vital importancia y que puede dar lugar a diversas interpretaciones al momento de liquidar la indemnización moratoria que consagra la Ley 50 de 1990, es el salario que ha de tenerse en cuenta para ese efecto.

Según una tendencia, derivada de providencias proferidas por diferentes tribunales del país, el salario a tener en cuenta para la liquidación de la indemnización moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías anualizadas, podría ser aquel con base en el cual se liquidaron las cesantías; sin embargo, otra tendencia sugiere que es el salario que el empleado devenga cuando se causa la obligación, es decir, cuando surge la indemnización moratoria, el que ha de tenerse en cuenta para esos efectos, o sea aquel que el empleado devenga en el año siguiente, toda vez que la obligación de consignar las cesantías debe cumplirse antes del 15 de febrero del año siguiente al de la causación de la prestación.

El segundo supuesto planteado, tiene mayor acogida en la Sala, considerando que si bien es cierto las cesantías anualizadas se causan con corte a 31 de diciembre de cada año y se liquidan con base en el salario devengado en

²⁷ Más adelante se abordará el tema de la no concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias en mención.

²⁸ Sentencia 14379 de marzo 27 de 2001, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

ese año, también lo es que la obligación de consignación en el fondo administrador de cesantías está dispuesta por el legislador, para antes del 15 de febrero del año siguiente, y la mora como tal, se produce ante el desconocimiento de esa fecha, por ende, si a partir de allí surge la obligación denominada “indemnización por mora”, es el salario que el empleado devenga al momento en que surge la mora, el que ha de tenerse como base para la liquidación de la indemnización.

Precisado lo anterior, y como quiera que hay eventos en que la mora se extiende por más de un año y se produce por periodos sucesivos, es imperioso hacer una excepción a la regla planteada, no sin antes advertir que en el evento en que el empleador se retrase en la consignación de diferentes periodos de cesantías anualizadas, en forma sucesiva e incluso concurrente, **no corre en forma independiente un día de salario por cada día de mora por cada uno de los periodos de cesantías debidos**, sino que en el supuesto en que se produzca tal acumulación de periodos anuales de cesantías debidas, corre una única sanción que va desde el primer día de mora que se causó respecto del primer periodo, hasta aquél en que se produzca el pago de la prestación, o el retiro del servicio, atendiendo los parámetros dados en los acápite previos. El aspecto relativo a la no concurrencia de sanciones ya ha sido planteado reiteradamente en la Sala, así:

“Finalmente, la Sala debe precisar que dicha sanción no se debe aplicar separadamente respecto de cada una de las anualidades atrasadas, pues la norma no prevé que, en casos de mora por varios periodos, dicha sanción se genere separadamente para cada anualidad, pues reconocerlo en esos términos daría lugar a que se pagara no solo un día, sino dos, tres, cuatro o más días de salario por cada día de mora, de acuerdo a la cantidad de años que se adeuden; de modo que se entiende que la misma debe correr en forma unificada desde el momento mismo en que se causa la primera mora, hasta cuando se haga efectivo el pago, independientemente de que durante ese lapso de incumplimiento de la obligación en cabeza de la administración, se constituya el derecho a nuevos pagos por periodos siguientes de tal prestación.”²⁹
(Se resalta).

En las anteriores condiciones, cuando se produzca mora en la consignación de anualidades sucesivas de cesantías, ante la imposibilidad de aplicarse una mora individual para cada una de ellas, surge la necesidad de hacer precisión en el salario que se ha de tener en cuenta a partir de que concurren dos años en mora.

Como se precisó anteriormente, el salario para liquidar la indemnización moratoria será el que devengue el empleado en el año en que se produzca la mora, pero si esa mora se extiende en el tiempo, a tal punto que surja el derecho a la consignación de un nuevo periodo anualizado de cesantías, a partir de que se desconozca el término para la consignación de ese último periodo, la

²⁹ Sentencia del 13 de febrero de 2014, Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicación número 08001 23 31 000 2009 01126-01 (1669-12). Tal posición también se ha aplicado entre otras, en Sentencia de 19 de febrero de 2015, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, radicación número: 08001-23-31-000-2011-00937-01(2828-13).

indemnización moratoria deberá liquidarse con el salario que corresponda al último. Para entender mejor la situación planteada, habrá de acudirse al siguiente ejemplo:

Un empleado a quien se le liquidan las cesantías por el año 2004, su empleador tiene la obligación de consignarlas antes del 15 de febrero del año 2005; sin embargo, transcurre todo el año 2005 y no realiza la consignación debida. Con corte a 31 de diciembre de 2005 realiza la liquidación de las cesantías por este último año, las cuales debe consignar antes del 15 de febrero del año 2006, sin embargo, tampoco realiza la consignación y de igual manera omite tal obligación en los años sucesivos.

En el ejemplo planteado, la indemnización moratoria por el periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2005 y el 14 de febrero de 2006, se liquida con el salario recibido por el empleado en el año 2005 -que percibía al momento en que se causó la mora-; la sanción moratoria concurrente, que surge desde el 15 de febrero de 2006 y hasta el 14 de febrero de 2007 se liquida con el salario que recibía el empleado en 2006 y así sucesivamente.

Conclusiones

1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción.

2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

Caso Concreto

En el caso de la demandante, con el material probatorio arrimado al expediente, se pudo establecer lo siguiente:

Laboró al servicio del municipio de Soledad desde el 12 de noviembre de 2003³⁰.

³⁰ Según certificaciones que obra a folios 18 y 66, ambas expedidas por el Secretario de Talento Humano del ente territorial.

Por medio de escrito de fecha 28 de octubre de 2010³¹, solicitó al Alcalde municipal de Soledad, el reconocimiento de la sanción moratoria por el no giro oportuno de sus cesantías durante los años 2003 a 2008.

El municipio de Soledad dio respuesta negativa a tal petición, a través del oficio S.T.H. 990.10 de 24 de noviembre de 2010³² en el que se indicó que los derechos reclamados se encuentran parcialmente prescritos, particularmente los que corresponden a periodos anteriores al año 2007; además, se agregó que dada la situación económica que atraviesa la entidad territorial y el proceso de reestructuración de pasivos en que se encuentra inmersa, todos los créditos laborales debieron ser presentados dentro de ese marco a fin de incluirse en el acuerdo correspondiente.

De acuerdo con la certificación expedida por la Directora de Cuentas del Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos³³ la demandante se encuentra afiliada desde el 27 de marzo de 2002 al fondo de cesantías.

Según lo expresado por la Tesorera del municipio de Soledad³⁴, en el sistema correspondiente no se observa pago alguno con destino al fondo administrador de cesantías aludido, a favor de la demandante.

Ahora bien, en certificación expedida por el Jefe de la Oficina de Contabilidad del ente territorial demandado³⁵, dentro del marco del proceso de reestructuración de pasivos, aparece registrada una acreencia a favor de la señora Hereira Castillo por concepto de liquidación de cesantías, a razón de \$5.388.909.

De acuerdo con lo señalado en el acto acusado, el municipio de Soledad se encuentra dentro del proceso de reestructuración de pasivos y por ende, los créditos laborales debieron ser presentados en la reunión preliminar celebrada el 22 de abril de 2010.

En el artículo 58 de la Ley 550 de 1999 “Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley”, respecto a dichos acuerdos se estableció:

“ARTICULO 58. ACUERDOS DE REESTRUCTURACION APLICABLES A LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las disposiciones sobre acuerdos de reestructuración e instrumentos de intervención a que hace referencia esta ley serán igualmente aplicables a las entidades territoriales, tanto en su sector central como descentralizado, con el fin de asegurar la prestación de los servicios a cargo de las mismas y el desarrollo de las regiones, teniendo en cuenta la naturaleza y

³¹ Folio 18.

³² Folios 20 a 26.

³³ Folio 67.

³⁴ Según documental visible de folios 64 a 66.

³⁵ Folio 79.

las características de tales entidades, de conformidad con las siguientes reglas:

(...)

7. Con **sujeción estricta a la disponibilidad de recursos** de la entidad territorial y con el fin de disponer reglas que aseguren la financiación de su funcionamiento, en el acuerdo de reestructuración y en el convenio de desempeño que suscriba la entidad territorial, se establecerá el siguiente orden de prioridad para los gastos corrientes de la entidad territorial, conforme con los montos que para el efecto se prevean en el mismo acuerdo:

a) Mesadas pensionales;

b) Servicios personales;

c) Transferencias de nómina;

d) Gastos generales;

e) Otras transferencias;

f) Intereses de deuda;

g) Amortizaciones de deuda;

h) Financiación del déficit de vigencias anteriores;

i) Inversión.

Para garantizar la prioridad y pago de estos gastos, el acuerdo puede prever que la entidad territorial constituya para el efecto una fiducia de recaudo, administración, pagos y garantía con los recursos que perciba. La determinación de los montos de gasto para cumplir con la prelación de pagos establecida, puede ser determinada para períodos anuales o semestrales en el acuerdo de reestructuración a fin de que pueda ser revisada en dichos períodos con el objeto de evaluar el grado de cumplimiento del acuerdo.

13. Durante la negociación y ejecución del acuerdo de reestructuración, se suspende el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos a cargo de la entidad territorial, y no habrá lugar a la iniciación de procesos de ejecución ni embargos de los activos y recursos de la entidad. De hallarse en curso tales procesos o embargos, se suspenderán de pleno derecho...³⁶

Respecto de la Ley 550 de 1999, conocida como la Ley de reactivación empresarial y reestructuración de los entes territoriales, se dirá que su expedición, de conformidad con los mandatos contenidos en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política, tuvo como fin la reactivación de la economía con la clara finalidad de que el Estado pudiera intervenir para lograr la reactivación de la economía y del empleo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 334 de la Carta Política, al Estado le corresponde la dirección general de la economía y al legislador dictar las normas de intervención que puedan garantizar que la actividad económica se desarrolle sin quebranto de los principios y valores consagrados en la Constitución Política.

La labor conjunta de los actores que intervienen en todo el proceso de reestructuración financiera bajo los lineamientos de la Ley 550, debe ir

³⁶ Texto citado de la contestación de la demanda (fls. 32 y 35).

encaminada a que la Empresa cumpla con la función social para la cual fue creada, a que se fomente el empleo, a que se respeten los derechos fundamentales, se mejore la calidad de vida de los habitantes, a la igualdad de oportunidades y al estímulo a las actividades empresariales, dentro del marco de un Estado Social de Derecho.

Bajo ese entendido los procesos de reestructuración no sólo buscan proteger las obligaciones que tiene el deudor en estado de insolvencia, sino que van más allá, en cuanto propician que la “empresa” no termine liquidada.

Para que ello se pueda dar es necesario un Acuerdo entre el empresario deudor insolvente y sus acreedores, en donde se pueda sustituir el interés particular de obtener el pago de las obligaciones insolutas, por el interés general, de contenido social, a fin de que la empresa o entidad deudora continúe con sus actividades, ya saneada económicamente, y pueda prestar un servicio del cual se beneficie también la sociedad.

Sin embargo, el Estado no puede dejar que el Acuerdo quede bajo la autonomía absoluta de la voluntad de los particulares, por eso lo somete a pautas contenidas en disposiciones legales, **con el fin de evitar que los acreedores queden sometidos a la voluntad unilateral e indiscriminada del empresario deudor.**

En efecto, al ocuparse del estudio de constitucionalidad del artículo 29 de la Ley 550 de 1999, la Corte Constitucional dijo, en lo pertinente:

“Dada la trascendencia económica y social que conlleva la celebración de ese acuerdo, el Estado no lo deja librado a la autonomía absoluta de la voluntad de los particulares, sino que lo somete a pautas contenidas en disposiciones legales. Así se explica la existencia de las normas originales del Código de Comercio de 1971 (Decreto 410 de ese año), que regularon la institución del concordato de los comerciantes, y, posteriormente, de lo dispuesto en las leyes 222 de 1995 y 550 de 1999.

El acuerdo económico y jurídico a que se refieren tales normas, implica necesariamente que el legislador en su regulación adopte mecanismos que impidan **que los acreedores queden sometidos a la voluntad unilateral del empresario deudor**, y, al propio tiempo, que una mayoría ocasional de los acreedores someta a la minoría de éstos o al mismo deudor a condiciones lesivas de sus intereses. **Es decir, la ley ha de propiciar y garantizar la equidad en el acuerdo y debe servir como muro de contención al abuso del deudor en desmedro de los acreedores**, o, de la mayoría de éstos en perjuicio de los demás o de aquel.”³⁷ (Destaca la Sala).

Con base en las anteriores consideraciones y en la jurisprudencia trascrita se puede decir que si bien en el proceso de reestructuración se deben supeditar derechos individuales del acreedor, al colectivo de satisfacer todos los créditos en igualdad de condiciones, también lo es que dicho sacrificio no puede

³⁷ Sentencia C-854-05 MP. Alfredo Beltrán Sierra.

ser de tal magnitud que conlleve el **desconocimiento** de derechos fundamentales que puedan ser trasgredidos por un Acuerdo que **cercene créditos laborales** legalmente adquiridos.

En otras palabras, no puede el deudor aprovecharse de su insolvencia y someter al acreedor a que opte sí o sí por la renuncia de unos derechos que causó.

Es cierto que los acuerdos de reestructuración celebrados en los términos previstos en la Ley 550 son de obligatorio cumplimiento para el empresario y para todos los acreedores, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en ella (Artículo 34 Ley 550 de 1999).

También lo es que a pesar de que en el expediente existe prueba de que la demandante en calidad de acreedora del municipio, hizo parte de ese proceso y se consolidó a su favor un valor por concepto de las cesantías debidas³⁸, no hay prueba de que hubiera consentido en la condonación del pago de la indemnización por mora en el pago de tal prestación.

Con todo, la Sala considera que la Administración no debió desconocer la obligación **preexistente**³⁹ que tenía con la actora en cuanto a la sanción por mora en el pago de las cesantías, por la potísima razón de que en los Acuerdos de reestructuración “**Todas las obligaciones se atenderán** con sujeción a lo dispuesto en el acuerdo, y quedarán sujetas a lo que se establezca en él en cuanto a **rebajas, disminución de intereses y concesión de plazos o prórrogas**, aun sin el voto favorable del respectivo acreedor...” (Artículo 34 Numeral 8 Ley 550 de 1999).

Así pues, las obligaciones preexistentes a la celebración del acuerdo no se desconocen, sino que se **ATIENDEN** y se sujetan a rebajas, a disminución de intereses, a plazos o a prórrogas, pero en ningún momento se permite que el deudor insolvente las desatienda, las desconozca o peor aún, se auto absuelva de ellas.

Si lo hace con la excusa de ser la única forma de poder reconocer todas sus acreencias, se estaría aprovechando, irónicamente, de su situación crítica financiera y llevaría a que frente a su acreedor obtenga una posición dominante que no se compadece con el espíritu de la figura de saneamiento económico que contiene la Ley 550, en tanto no garantiza la equidad en el acuerdo.

En la exposición de motivos de la citada Ley de 1999, se dijo:

“En cuanto a las acreencias pensionales y laborales, se exige que en aquellos eventos en los cuales el deudor tenga pensionados a su cargo, debe incluir en el acuerdo cláusulas relativas a la normalización de sus pasivos pensionales. **Por otra parte, se admite la celebración de convenios que tengan por objeto la suspensión total o parcial de cualquier**

³⁸ Como consta en la documental que obra a folio 79.

³⁹ Valga aclarar que el Acuerdo de Reestructuración de Pasivos se suscribió el 28 de agosto de 2009 (fol. 168), es decir, cuando la administración ya le adeudaba al demandante las cesantías correspondientes al periodo laborado en el año 2008, lo que nos lleva a asegurar que se trataba de una obligación preexistente.

prerrogativa laboral de naturaleza económica que exceda el mínimo legal correspondiente a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales deber ser concertados directamente entre el deudor y el sindicato que legalmente pueda representar a sus trabajadores, y entre el deudor y los trabajadores no sindicalizados que individualmente consienten en ello. (Resalta la Sala).

Así pues, la intención del Legislador siempre ha sido la de proteger las obligaciones adquiridas con justo título antes de llevar a cabo el respectivo Acuerdo, llegando inclusive hasta permitir la celebración de Acuerdos que tengan como objeto **suspender**, que no desconocer, ciertas prerrogativas laborales que tuviera el trabajador. Cuánto menos no sería su intención de salvaguardar aquellas obligaciones que adquirió el deudor, no como consecuencia de una prerrogativa adquirida por el empleado, sino de una gracia que la ley le dio al cesante por el incumplimiento de su ex empleador en el pago de una prestación que por ley tiene derecho.

La Organización Internacional del Trabajo – OIT- a través del Convenio C-173 de 1972, también se ha referido a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. Ahí, la Conferencia General de la OIT subrayó **la importancia de la protección de los créditos laborales en estos casos**, y consagró en la Parte II, DE LA PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES POR MEDIO DE UN PRIVILEGIO, los créditos que deben protegerse en casos de insolvencia del empleador.

Por ejemplo, el artículo 5 manifestó que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda.

De igual manera el artículo 6 consagró que el privilegio deberá cubrir al menos los créditos laborales correspondientes a:

“...d) a las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo.”

Siguiendo en el ámbito de la normas internacionales del trabajo, se tiene que después de haberse adoptado el citado Convenio, la misma Conferencia expidió una Recomendación que denominó **“La Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992.”**

Este instrumento de la OIT fue más allá en cuanto a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, pues en la parte II, letra E, se dice que la protección conferida por un privilegio debería cubrir, entre otros, las indemnizaciones por fin de servicios, las indemnizaciones por despido injustificado y otras sumas adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo.

Dispuso también que cuando, en virtud de la legislación nacional, se autorice la continuación de las actividades de una empresa que sea objeto de un

procedimiento de insolvencia, los créditos laborales correspondientes al trabajo efectuado a partir de la fecha en que se decidió esa continuación **deberían quedar excluidos del procedimiento y SALDARSE a sus vencimientos respectivos con los fondos disponibles.**

El anterior recorrido por las normas internacionales del Trabajo se hace con el fin de demostrar que los créditos laborales en caso de insolvencia por parte del empleador, no pueden ser **desconocidos ni cercenados** por este debido a la crisis económica que afronta. Tanto es así, que se recomienda que las obligaciones surgidas por el trabajo realizado con posterioridad a la negociación entre empleador y empleado, no se incluyan en la negociación, sino que deben ser saldadas⁴⁰ una vez se causen.

Así las cosas y como quiera que con las pruebas que obran en el expediente, referidas previamente, se puede establecer que la administración municipal de Soledad ha incumplido la obligación de consignar anualmente las cesantías causadas a favor de la demandante por los años 2003 en adelante, forzoso es concluir que a partir del 15 de febrero de 2004 se generó a favor de ésta, la indemnización por la mora reclamada.

No obstante, como la reclamación de la sanción sólo se efectuó hasta el 28 de octubre de 2010, se entiende que la reclamación no fue oportuna, por ende, deben declararse prescritas las porciones de sanción reclamadas extemporáneamente.

El apoderado de la demandante afirma que el reconocimiento de la sanción que se pretende no está sometido al fenómeno prescriptivo, toda vez que aún no ha culminado la relación laboral.

El argumento de la demandante quedó ampliamente explicado en la parte inicial de esta providencia, en la cual se determinó que la indemnización moratoria sí se encuentra sometida al fenómeno prescriptivo, razón por la cual se aplicará en su caso particular.

Siendo así, como la administración tenía plazo para consignar las cesantías causadas por el periodo laborado por la demandante en el año 2003, hasta el 14 de febrero de 2004, la obligación de reconocer la mora surgió a partir del 15 de febrero de 2004 y a partir de esa misma fecha esta podía reclamar a la administración el pago de esa obligación, la cual se siguió causando por todos los años siguientes, en cuanto no se ha reportado la consignación de las mismas, pero como la reclamación se hizo cuando habían transcurrido más de los 3 años de los que tratan las normas citadas, permitió que se extinguiera el derecho a reclamar las causadas con 3 años de anterioridad a esa reclamación.

Ahora bien, como ya se señaló, la administración se encuentra en mora desde el 15 de febrero de 2004; por lo tanto, es a partir de allí que surge la indemnización moratoria a su cargo, la cual se extendió en el tiempo y permanece hasta cuando se realice en forma efectiva la consignación de las cesantías debidas.

⁴⁰ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua el término saldar significa "Liquidar enteramente una cuenta satisfaciendo el alcance o recibiendo el sobrante que resulta de ella."

Así, como la reclamación de la sanción se radicó el 28 de octubre de 2010, se deben declarar prescritas las porciones de sanción causadas con 3 años de anterioridad, es decir, las generadas antes del 28 de octubre de 2007.

La Sala difiere de la fecha determinada por el a quo, a partir de la cual corrió la prescripción, toda vez que tal como se señaló en el recurso, la controversia no está encaminada al reconocimiento y pago de la prestación en sí - las cesantías-, sino de la sanción por mora que surge con ocasión de la falta de oportunidad en la consignación de esa prestación.

De modo que mal podría decirse, como lo hizo el a quo, que al estar prescritos los periodos de 2003 a 2006, sólo surge la obligación de pagar la sanción por las cesantías generadas en el año 2007 y desde que se venció el plazo de pagar oportunamente las correspondientes a ese periodo, cuando lo que está probado en el expediente es que la administración ha omitido el pago de tal prestación desde el 15 de febrero de 2004 y por tal razón, lo que se debe declarar prescrito son las porciones de sanción que dejaron de reclamarse en su oportunidad, pues el asunto que ocupa esta controversia es la sanción surgida de la mora en el pago de la obligación prestacional.

La razón anterior, da lugar a modificar los numerales segundo y cuarto de la parte resolutive de la sentencia recurrida, en cuanto es necesario precisar que las porciones de sanción prescritas son las causadas con anterioridad al 28 de octubre de 2007, y no las comprendidas por los años 2003 a 2006, como allí se señaló.

Además, y teniendo en cuenta que la condena anterior podría generar un detrimento patrimonial para el Estado, se ordenará compulsar copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

Obra a folio 286 poder conferido al abogado Jaime Alberto Lechuga Rodríguez, para representar en estas diligencias al ente territorial, por lo que se le reconocerá personería para actuar en tal calidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

Primero.- MODIFÍCANSE los numerales segundo y cuarto de la sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil doce (2012) proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Subsección de Descongestión, dentro del proceso promovido por Yesenia Esther Hereira Castillo en contra del municipio de Soledad, los cuales quedarán en los siguientes términos:

“Segundo.- Declarar probada la excepción denominada “prescripción” respecto de las porciones de sanción moratoria causadas con anterioridad al 28 de octubre de 2007.

(...)

Cuarto.- Ordenar a título de restablecimiento del derecho, al municipio de Soledad, reconocer y pagar a la señora Yesenia Esther

Hereira Castillo, la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, a partir del 28 de octubre de 2007 y hasta cuando se haga efectiva la consignación de las cesantías debidas.”

Segundo.- Teniendo en cuenta que la condena anterior podría generar un detrimento patrimonial para el Estado, por Secretaría compúlsense copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su cargo.

Tercero.- Confírmase en lo demás la providencia recurrida.

Cuarto.- Reconócese al abogado Jaime Alberto Lechuga Rodríguez como apoderado judicial del municipio de Soledad, en la forma y términos del poder visible a folio 286 del expediente.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO