



Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: 20181030036431-OAJ

Fecha de Radicado: 08-06-2018

Bogotá D.C.,

Doctora

CLAUDIA LILIANA PERDOMO ESTRADA

Jefe de Oficina Asesora Jurídica Interna

CANCILLERÍA

Carrera 5 N° 9-03, Edificio Marco Fidel Suárez

Bogotá D.C.

Asunto: Solicitud de concepto previo de extensión de jurisprudencia.

Respetada doctora Claudia Liliana:

De conformidad con los artículos 614 del Código General del Proceso y 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 26 mayo de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho", procede la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (en adelante, Agencia) a emitir concepto previo a solicitud suya, con ocasión de las solicitudes de extensión de jurisprudencia formulada ante su Despacho por [REDACTED] y [REDACTED] en las que se invocó la sentencia del 25 de agosto de 2016 expediente 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

Con fundamento en dicha decisión, [REDACTED] solicita (i) Que se reconozca, re-liquiden y paguen las acreencias laborales por concepto de aportes a pensión, cesantías y demás prestaciones sociales, en el periodo comprendido entre el 15 de junio de 1.967 y el 30 de septiembre de 1.999. Por su parte [REDACTED] (i) Que se reconozca, re-liquiden y paguen las acreencias laborales por concepto de aportes a pensión, cesantías y demás prestaciones sociales, en el periodo comprendido entre el año de 1.993 y el año 2.007. Los dos peticionarios solicitan (ii) Que dicha reliquidación se haga con base en el salario efectivamente devengado, es decir, con el salario de planta externa (superior) y no con el ficticio de planta interna

Recepción correspondencia y Oficina de Atención al Ciudadano Carrera 13 N° 24 A - 40 Bogotá, Colombia
Sede Administrativa Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Carrera 7 # 75- 66 Bogotá, Colombia
Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co

Página 1 de 10



(inferior), por ser este último lesivo de los derechos del empleado. (iii) Que se reconozca la indemnización moratoria de que trata el art. 99 de la Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1.995 y Ley 1071 de 2.006. (iv) Que se paguen las sumas liquidadas debidamente indexadas conforme con la normatividad vigente y además, que se reconozca y pague la sanción del dos por ciento (2%) de interés moratorio mensual como está estipulado en el Decreto 162 de 1.969 Artículo 14.

En línea con lo anterior y dada la similitud de las peticiones en cuanto a las sentencias objeto de solicitud de extensión, las pretensiones y la normatividad aplicable, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 614 del Código General del Proceso, 19 -inciso segundo- del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante, CPACA) y 2.2.3.2.1.6 del Decreto 1069 de 2015, la Agencia emite el presente concepto previo y lo hace extensivo a los casos que se relacionan a continuación:

Nº	Peticionario	Radicado Cancillería	Radicado Agencia	Fecha radicado Agencia
1	[REDACTED]	S-OAJI-18-014112	20188000810602	08-05-2018
2	[REDACTED]	S-OAJI-18-016676	20188000858302	16-05-2018

Precisado el propósito de los peticionarios con su solicitud de extensión de jurisprudencia, para emitir el concepto previo requerido, corresponde a la Agencia verificar si las citadas providencias responden al concepto de sentencia de unificación, como lo exige el artículo 102 del CPACA y conforme a las modalidades de sentencias de unificación jurisprudencial que contempla el artículo 270 del mismo Código, previa una breve exposición de sus argumentos esenciales.

Cabe advertir que de acuerdo con el párrafo del artículo 2.2.3.2.1.5 del Decreto 1069 de 2015: "[l]a valoración de las pruebas y la verificación de los supuestos de hecho de cada caso concreto corresponderá a la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, en los términos del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".



1) Principales consideraciones de la sentencia objeto de solicitud de extensión

En la sentencia bajo análisis, la Sección Segunda del Consejo de Estado decidió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la señora YESENIA ESTHER HEREIRA en contra de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Subsección de descongestión, en la cual este Tribunal accedió parcialmente a las suplicas de la demandante, quien había solicitado 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 le 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.

A efectos de resolver la controversia relativa a la legalidad del oficio S.T.H. 990.10 de 24 de noviembre de 2010 mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor de la accionante, la Sección Segunda señaló la necesidad de sentar jurisprudencia sobre aspectos relacionados con el reconocimiento de las cesantías, la sanción moratoria y aspectos puntuales para su reconocimiento, argumentos que expuso en los siguientes términos:

i) Sobre el régimen de cesantías aplicable a los servidores públicos.

Para el efecto, destacó la Sala, en primer lugar, que el régimen de cesantías consagrado en el literal f) del artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 se constituye como un derecho de carácter prestacional a favor de los trabajadores oficiales, que debía ser reconocido por el empleador a razón de un mes de salario por cada año de trabajo y proporcionalmente por las fracciones de año, derecho que 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 que se constituyó en una obligación a cargo del Estado en beneficio de sus empleados.

Destacó la Sala que la administración de las cesantías así concebidas recae en el Fondo Nacional del Ahorro a partir de la vigencia Decreto 3118 de 1968 y que su liquidación se realiza con base en el régimen de retroactividad de conformidad con el artículo 28 del citado decreto, esto es, la liquidación se realizaba en forma definitiva solo hasta la terminación del vínculo laboral. En lo relativo a este punto, la Sala precisó que, si bien la Ley 50 de 1990 estableció un régimen diferente de liquidación de las cesantías, esta normatividad estaba destinada



únicamente a empleados o trabajadores cuyas relaciones laborales estuvieran regidas por el Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, con la expedición de la Ley 334 de 1996 y lo previsto en su artículo 13 se estableció un régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia.

Ahora bien, a partir de lo establecido en el literal b) del artículo 13 de esta Ley, que permite la aplicación de las demás normas legales vigentes sobre cesantías que le sean aplicables a la respectiva entidad y del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, se hizo extensiva la normatividad relativa a cesantías que fuera compatible con la liquidación anualizada, en particular, se hizo remisión a la ley 50 de 1990 en sus artículos 99, 102 y 104.

Así las cosas, los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 333 de 1996, están cobijados por el régimen anual de liquidación de cesantías. También lo estarán aquellos que se hubieren vinculado con anterioridad, pero que se hayan acogido al régimen anualizado, quienes para el efecto de liquidación y pago de cesantías se rigen por lo consagrado en la Ley 50 de 1990.

ii) Sobre la extinción del derecho de las cesantías.

La Sala precisó que son diferentes las tesis que se han planteado en la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la extinción del derecho a las cesantías. En particular destacó tres tesis a saber: i) la primera tesis sostiene que no se produce extinción del derecho a las cesantías mientras la relación laboral se encuentre vigente, por tanto, el termino prescriptivo empezará a correr a partir de la ruptura del vínculo laboral, momento en el cual surge para el empleador, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, 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; ii) la segunda tesis sostiene que el derecho prescribe al haber transcurrido tres años sin hacer su reclamación sin consideración a la terminación de la relación laboral y iii) La tercera tesis, por su parte, sostiene que este es un derecho imprescriptible, habida cuenta de que las normas que consagran el derecho a las cesantías no establecen un término en que se extinga su derecho a hacerlo efectivo y, al ser la prescripción un fenómeno de orden público, su consagración debe ser taxativa.

Tras señalar las tres tesis mencionadas relativas a la extinción del derecho a las cesantías, la Sala precisó que se hace necesaria la definición de una postura unificada. Para ello, destacó que, si bien las dos primeras tesis suponen la aplicación del termino de 3 años previsto en diferentes disposiciones legales de



carácter laboral, ninguna de ellas consagra el derecho a las cesantías como prestación a favor del trabajador. Por tanto, al precisar que las cesantías constituyen un “ahorro” a favor del trabajador” causado durante su relación laboral y a ser reclamado al finalizar la misma con el objeto de cubrir la contingencia de quedar cesante, la Sala concluyó que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de la prescripción pues la obligación del empleador de realizar el depósito de las cesantías en el fondo administrador al que este afiliado el empleado en la fecha prevista por la ley surge de pleno derecho y su desconocimiento no puede redundar en la afectación de los derechos del trabajador. No obstante, señaló la sala que las cesantías definitivas si estas sometidas al fenómeno prescriptivo.

iii) Sobre la indemnización moratoria

Respecto a la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anualizadas, y que consiste en un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las mismas, la Sala precisó los siguientes puntos:

- a) Los salarios moratorios que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término establecido en la ley, operan a título de sanción, por tanto, no dependen del reconocimiento del derecho a las cesantías ni hacen parte de él. Por tanto, atendiendo a dicha naturaleza sancionatoria, no puede considerarse un derecho imprescriptible. Por tal razón, en esta materia se ha entendido que aplica la prescripción trienal invocando para el efecto el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, por lo que ha de entenderse que, al transcurrir los tres años sin realizar la reclamación respectiva, el trabajador pierde el derecho a la sanción, por lo menos, en forma parcial.
- b) 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 en que dispone la ley, la Sala destacó las dos tesis existentes a saber: i) la primera de ellas sostiene que aunque la mora se causa desde el día siguiente a aquel en que existía la obligación legal de realizar la consignación de las cesantías anualizadas, la reclamación solo procede una vez ha terminado la relación laboral y ii) la segunda tesis sostiene que la reclamación de la sanción moratoria surge desde el momento en que la obligación se hace exigible, esto es, en la fecha determinada en que la ley impone al empleador la obligación de consignar las cesantías sin que se haya cumplido tal obligación.

2



Tras exponer las dos tesis señaladas, la sala señaló que acoger la primera de ellas 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 tiempo superior al de la prescripción. Por tanto, concluyó que la segunda tesis planteada, esto es, la que sugiere la prescripción trienal de la sanción moratoria, incluso durante la vigencia del vínculo laboral, es la que resulta más acorde no solo con la realidad fáctica de la controversia sino con la disposición legal que la consagra. Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible y por tanto nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento, pero si la reclamación de hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento se configura el fenómeno de la prescripción así sea en forma parcial. Con base en lo expuesto, la sala, con el ánimo de unificar el criterio en la materia, concluyó que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías debe realizarse a partir del momento en que se cause la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.

- c) En cuanto al límite temporal para el reconocimiento de la sanción moratoria, la sala señaló que al no imponer la ley un límite temporal para su reconocimiento se entendería que corre desde el momento mismo en que se produce la mora hasta cuando se hace efectivo el pago. No obstante, 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 plantea que esta obligación cesa en el instante a partir del cual empieza a correr la mora de las cesantías definitivas.

Al respecto, la Sala señaló que, tal como lo expone la primera de las tesis planteadas, 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 cumplir los plazos establecidos en 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 de una y otra de las indemnizaciones moratorias, es decir, las que se producen a casusa de la mora en la consignación de las cesantías 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 así la primera de las tesis planteadas.

- d) Por último, la Sala se ocupó de lo relativo al salario que debe tenerse en cuenta para el reconocimiento de la sanción moratoria. En este sentido, la Sala destacó que según una primera tendencia 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. Al respecto, la sala concluyó que 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 en derecho a la consignación de un nuevo periodo anualizado de cesantías, a partir de que se desconozca el termino para la consignación de este último periodo, la indemnización moratoria deberá liquidarse con el salario que corresponda al último.

Tras estar consideraciones, en relación con el caso concreto la Sala concluyó que, como quiera que de las pruebas que obran en el expediente 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 esta la indemnización por la mora reclamada. No obstante, como la reclamación de la sanción solo 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 moratoria reclamadas extemporáneamente, esto es, las generadas antes del 28 de octubre de 2010.

Así las cosas, habida cuenta de que la controversia no está encaminada al reconocimiento y pago de la prestación en si – las cesantías- sino de la sanción por mora que surge por la no consignación de estas en la oportunidad señalada en la Ley, la Sala resolvió que se debían 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.



2) Valoración del carácter de unificación de la sentencia invocada

El artículo 102 del CPACA establece el deber de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho y se acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Para tal efecto el artículo 270 *ibídem*, establece como sentencias de unificación jurisprudencial:

"(...) las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009". (Destacado fuera de texto)

En desarrollo de lo expuesto, es preciso recordar que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 270 y 271 del CPACA, las sentencias de unificación jurisprudencial cuyos efectos pueden ser extendidos a terceros por las autoridades, son las que pertenecen a las siguientes categorías:

- a) Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
- b) Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios.
- c) Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996.

En relación con las sentencias por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de sentar o unificar la jurisprudencia, debe precisarse que el artículo 271 del CPACA prevé las autoridades que las pueden proferir:

- a) La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las Secciones o Subsecciones o de los Tribunales, o a petición del Ministerio Público.
- b) Las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones de la Corporación o de los Tribunales, según el caso.



Teniendo en cuenta lo anterior, la Agencia encuentra que la sentencia invocada en las solicitudes bajo examen, que fue emitida el 25 de agosto de 2016 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, radicación número 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14), consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, si bien fue proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado y en la misma se unificó jurisprudencia respecto de la prescripción de la sanción moratoria por el no pago de la cesantías, esta no es una sentencia capaz de activar el mecanismo de extensión de jurisprudencia, en razón a que en la misma no hubo reconocimiento del derecho reclamado, siendo este uno de los requisitos que exige el artículo 102 del CPACA, para que se considere extender los efectos de una jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros que acrediten tener los mismo supuestos facticos y jurídicos del demandante.

De otra parte, es del caso precisar que esta Agencia emite el concepto previo según las competencias fijadas en el artículo 614 del Código General del Proceso y los artículos 2.2.3.2.1.5 y siguientes del Decreto Único 1069 de 2015, con el objeto de verificar si la citada providencia responde o no al concepto de sentencia de unificación jurisprudencial, conforme al artículo 102 del CPACA y a las modalidades de sentencias de unificación que contempla el artículo 270 del mismo Código, pero no tiene competencia para indicarle a las entidades si se deben o no extender los efectos de la sentencia invocada.

En línea con lo anterior se reitera que de acuerdo con el parágrafo del artículo 2.2.3.2.1.5 *ibídem*, corresponde únicamente a las entidades ante las cuales se solicitó la extensión de jurisprudencia, evaluar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 102 del CPACA, entre ellos, verificar que el solicitante acredite los mismos supuestos fácticos y jurídicos del demandante en la sentencia de unificación invocada (si en efecto se trata de una sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado) y efectuar la valoración de las pruebas, y de acuerdo con ello, deberá establecer si hay lugar a extender los efectos de la jurisprudencia; decisión sobre la cual, la Agencia no tiene competencia alguna, porque ello implicaría el ejercicio de una función de coadministración que no está autorizada por la ley.

3) Conclusión y concepto previo de la Agencia

Conforme con lo expuesto, la Agencia concluye que la sentencia del 25 de agosto de 2016 expediente 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, unificó jurisprudencia respecto de la prescripción de la sanción moratoria por el no pago de la cesantías, pero no es una sentencia capaz de activar el mecanismo de extensión de jurisprudencia, en

7



razón a que en la misma no hubo reconocimiento del derecho reclamado, siendo este uno de los requisitos que exige el artículo 102 del CPACA.

Finalmente, se invita a esa entidad a consultar los siguientes documentos elaborados por la Agencia en relación con el mecanismo de extensión de jurisprudencia, como herramientas que contribuirán al entendimiento y aplicación del mismo: *Documento de Análisis Jurídico del mecanismo de extensión de jurisprudencia*¹, *Documento Especializado No. 18: El mecanismo de extensión de jurisprudencia: Análisis de su naturaleza, trámite y aplicación*², *Circular externa No. 2 de 2017 sobre Lineamientos para la intervención de las entidades públicas en el trámite de extensión de jurisprudencia previsto en la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*³ y *Circular Conjunta No. CIR18-0000006-DJU-1500 de 2018 acerca de Lineamientos sobre el mecanismo de extensión de jurisprudencia regulado en la en la Ley 1437 de 2011 -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*⁴.

Este concepto se emite en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el parágrafo del artículo 2.2.3.2.1.7. del Decreto 1069 del 2015, es decir, no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

FRIDCY ALEXANDRA FAURA PÉREZ

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: JURUEÑA

¹ Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/extension_jurisprudencia/Documents/documento_analisis_juridico_08_05_solicitud_CJC_100817.pdf

² Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/documentos_especializados/Documents/documento_especializado_ext_jurisprudencia_final_elaborado_2017_RPE20_06_revisado_JJG_ACGP_23_06_17.pdf

³ Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares%202017/DispForm.aspx?ID=2&Source=https%3A%2F%2Fwww%2Edefensajuridica%2Egov%2Fco%2Fnormatividad%2Fcirculares%2FPaginas%2Fcirculares_2017%2Easpx&ContentTypeId=0x0100E16A994CE26A544EB98E442DB8FE647D

⁴ Disponible en: https://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares_conjuntas/Documents/circular_CIR18_0000006_ANDJE_070218.pdf