TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**
M. CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
RADICACIÓN:	**70-001-33-33-009-2014-00283-01**
DEMANDANTE:	**HECTOR VITOLA GONZÁLEZ**
DEMANDADO:	**NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTROS**
Tema:	*Prescripción sanción moratoria.*

ASUNTO A DECIDIR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2016[1], por el Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo Sucre, dentro de la demanda que, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió el señor **HECTOR VITOLA GONZÁLEZ** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, la **FIDUPREVISORA S.A.**, y el **MUNICIPIO DE SINCELEJO - SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL.**

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA[2].

El señor HECTOR VITOLA GONZÁLEZ, por conducto de apoderado formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ***SOLICITANDO***: **(i)** Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, contentivo de decisión negativa, ante la no respuesta de la entidad competente al derecho de petición que presentó el actor el 19 de marzo de 2014; **(ii)** Que como consecuencia de la declaración anterior, y a

[1] Fol. 125-132 C.Ppal.
[2] Fol. 1-12 C. Ppal.

título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, y MUNICIPIO DE SINCELEJO –SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE SINCELEJO, a cancelarle al accionante, la sanción moratoria derivada del pago tardío de sus cesantías parciales, reconocidas mediante Resolución No. 0047 de 28 de febrero de 2011, efectiva desde el 11 de noviembre de 2010 hasta el 19 de septiembre de 2011, fecha en que le hicieron efectivo el pago de las cesantías parciales; **(iii)** que la condena al pago de una cantidad líquida de dinero, se ajuste tomando como base el IPC; **(iv)** que se condene en costas a las entidades demandadas, en los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011; y **(v)** que se ordene a las entidades demandadas, darle cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011.

Como ***FUNDAMENTOS FÁCTICOS*** se expuso que:

El señor Héctor Vitola González, quien actualmente labora como docente en la Institución Educativa San Isidro de Chochó, del Municipio de Sincelejo, mediante solicitud radicada 2010-CES-026314, de 8 de agosto de 2010, solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía parcial, con destino a Reparaciones Locativas, que le corresponde por sus servicios prestados como docente.

Manifiesta que el derecho de petición debía responderse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de su recibo, es decir, debió ser a más tardar el 30 de agosto de 2010, se le dio respuesta solo hasta el 28 de febrero de 2011 por la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, en nombre y representación de La Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la Resolución No 0047, *"Por la cual se reconoce y ordena el pago de cesantía parcial para Reparaciones Locativas"*, dicha resolución fue notificada personalmente al demandante el 7 de marzo de 2011, el cual no interpuso recurso alguno, quedando en firme el 14 de marzo de 2011.

Expone el demandante que teniendo en cuenta la Ley 244 de 1995 el plazo para el pago de las cesantías parciales del señor Héctor vitola González, es de 45 días, que se contabiliza a partir del día siguiente al de la firmeza del acto administrativo que las reconoce, es decir, 15 de marzo de 2011, cuyo plazo venció el 19 de mayo de 2011, sin haberle pagado las cesantías al

demandante, haciendo esta obligación efectiva el 19 de septiembre de 2011, mediante consignación bancaria

Posteriormente el accionante, presentó ante la Secretaria de Educación Municipal, derecho de petición dirigido al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduciaria La Previsora S.A. – Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, solicitando la expedición de acto administrativo de reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del pago tardío de las cesantías parciales del señor Héctor Vitola González, reconocidas mediante Resolución No 0047 de 28 de febrero de 2011, efectiva desde el 11 de noviembre de 2010 hasta el 19 de septiembre de 2011, fecha en que le hicieron efectivo el pago de las cesantías parciales. De conformidad con la Ley 244 de 1995 y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Finalmente la Directora de Prestaciones Económicas de la Fiduprevisora S.A. como respuesta al derecho de petición presentado suscribió un oficio de fecha 16 septiembre de 2014, con Rad. 2014ER38805, en donde, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y sostuvo que dicha respuesta no se consideraba acto administrativo, por cuanto la entidad no tenía competencia legal alguna para emitirlos y teniendo en cuenta esto, señala el accionante que el acto administrativo acusado es el acto ficto o presunto, contentivo de decisión negativa ante la no respuesta de la entidad competente al derecho de petición de fecha 19 de marzo de 2014 presentado por el demandante, el cual pasados tres meses no ha sido contestado.

Como **fundamento de derecho** señaló los artículos 1, 13, 25, 29, 53 y 209 de la Constitución Política y artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Dentro de las **normas violadas y concepto de violación**, la parte demandante afirma que es la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo la entidad competente para emitir una respuesta frente a la petición realizada por la accionante, ya que para el caso en concreto la FIDUPREVISORA S.A., no cumple con las características propias de una autoridad pública como tampoco ejerce funciones administrativas y teniendo en cuenta lo anterior es la secretaria de educación municipal de Sincelejo quien teniendo competencia para resolver dicha petición, hasta la fecha no la realizó, transcurriendo más de tres meses contados a partir de la presentación de la misma.

Señaló además que, para el caso concreto se encuentra establecido que el señor HECTOR VITOLA GONZÁLEZ presentó solicitud de cesantías parciales el 8 de agosto de 2010, y que la expedición de la resolución que las reconoce y ordena su pago es de fecha 28 de febrero de 2011, es decir, después de los quince (15) días que ordena la Ley 244 de 1995, se tiene que la mora se contabiliza 65 días después de la presentación de la solicitud, fecha esta que corresponde a 11 de noviembre de 2010, y haciendo los correspondientes cálculos las entidades convocadas le adeudan al señor Héctor Vitola González, por concepto de pago tardío de sus cesantías parciales, reconocidas mediante Resolución No 0047 de 28 de febrero de 2011 la cantidad de VEINTICUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA SEIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS ($24.446.542), teniendo en cuenta que su salario a la fecha en que debieron expedir la Resolución, es decir 30 de agosto de 2010, correspondía a dos millones sesenta y cuatro mil trescientos treinta y dos pesos ($2.064.332)**.**

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 19 de diciembre de 2014 (Folio 30 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 22 de enero 2015 (Folio 32 C. Principal).
- Notificación a las partes: 23 de enero de 2015 (Folio 34 a 43 C. Principal).
- Contestación a la demanda por parte del Municipio de Sincelejo: 29 de abril de 2015 (Folio 53 a 66 C. Principal).
- Contestación a la demanda por parte del Ministerio de educación nacional y fiduprevisora S.A.: 01 de junio de 2015 (Folio 70 a 80 C. Principal).
- Audiencia inicial: 09 de febrero de 2016 (Folio 114 a 115 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 22 de febrero de 2016 (Folio 125 a 132 C. Principal).
- Recurso de apelación: 07 de marzo de 2016 (Folio 137 a 143 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 06 de abril de 2016 (Folio 160 C. Principal).
- Auto que admite el recurso de apelación: 21 de abril de 2016 (Folio

4 C. Segunda instancia).

- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 01 de junio de 2016 (Folio 17 Cuaderno Segunda instancia).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad accionada **MUNICIPIO DE SINCELEJO**[3], se opuso a las pretensiones de la demanda y como argumentos de defensa expuso lo siguiente:

Indicó que no se configuró acto ficto o presunto por parte de la Secretaria de Educación Municipal, toda vez que en virtud a lo previsto en la Ley 962 de 2005 y en el decreto 2831 de 2005, la Secretaria está facultada para expedir el proyecto de acto administrativo, que reconoce o niega las cesantías y posteriormente es la Fiduprevisora S.A. quien realiza la revisión que culmina en aprobación o negación de la prestación al actor.

Menciona también que la Secretaria de Educación Municipal no es la entidad pagadora de las prestaciones sociales de los maestros, las cuales se cargan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual es administrado por Fiduprevisora S.A. y no es deber constitucional de la Secretaria de Educación Municipal el pago legal de las cesantías.

Respecto a los hechos señaló como cierto la mayoría de los mismos a excepción del hecho cuarto, ya que la Secretaria de Educación Municipal no ha expedido acto administrativo alguno a cargo de la misma entidad, ya que no es de su competencia reconocer prestaciones sociales al magisterio, sin la aprobación de la Fiduprevisora S.A. y al hecho décimo, en donde dice que la petición iba claramente dirigida a la Fiduprevisora S.A., y debido a esto la misma procedió a dar respuesta del caso.

Finalmente en cuanto al hecho noveno, décimo primero y décimo segundo, la parte demandada menciona que son parcialmente ciertos, teniendo en cuenta las facultades de la Fiduprevisora S.A., de la Secretaria de Educación Municipal conforme a lo previsto en la Ley 962 de 2005 y artículos 2, 3, y 4 del decreto 2831 de 2005 y la posición del Tribunal Administrativo de Sucre.

Propuso como excepciones: (i) falta de legitimación en la causa por pasiva, alegando que el municipio de Sincelejo no debió ser vinculado a este proceso,

[3] Fol. 53 a 66 C. Ppal

ya que este no responde por los actos administrativos proferidos por la Secretaria de Educación Municipal, por lo que el Ente Territorial no está llamado a responder por los efectos jurídicos que producen los actos donde interviene el Fondo. También menciona que las Entidades territoriales debidamente certificadas por el Ministerio de Educación, no tienen competencia para expedir actos administrativos que reconozcan prestaciones sociales del magisterio, si previamente no se ha cumplido el estudio y posterior aprobación por parte de la fiduprevisora S.A., la cual es la entidad pagadora y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como bien lo establece el Decreto 2831 de 2005 y la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2005, las cuales consagran que la sanción moratoria está en cabeza de la entidad pagadora de las cesantías; la (ii) inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, en cuanto la Secretaria de Educación Municipal tiene sus funciones debidamente asignadas por la ley, donde se excluye el pago de sumas de dinero por concepto de prestaciones económicas; (iii) excepción genérica.

La entidad accionada, **MINISTERIO DE EDUACION NACIONAL Y FIDUPREVISORA S.A.**[4], se opuso a las pretensiones de la demanda y como argumentos de defensa expuso lo siguiente:

Respecto a los hechos señaló como cierto los hechos 1, 2, 3, 4 y 5; mientras que los hechos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 no son hechos, sino consecuencia de la interpretación jurídica del apoderado de la parte demandante, ya que, pese al trámite legal, los pagos están sujetos a la disponibilidad presupuestal de la entidad pagadora, es entonces que no es posible configurar mora y sanción.

La entidad demandada sustentándose en el artículo 2 del decreto 2831 del 2005, artículo 15 de la ley 31 de 1989, indica que el acto administrativo atacado se encuentra amparado por la presunción de legalidad y la parte accionante no acredita de ninguna forma que el mismo haya sido expedido con infracción a la ley; además de esto las prestaciones sociales de los docentes, están a cargo del Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio y los pagos prestacionales se realizan cuando existe disponibilidad presupuestal y en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones.
Finalmente manifiesta que no pueden generarse intereses moratorios ni indexación, pues lo reconocido y pagado es producto del turno de atención y la

[4] Fol. 70 a 80 C. Ppal.

asignación presupuestal, atendiendo al principio de igualdad, como se sustenta en las sentencias C-314 de 1998 y C-552 de 1998.

Propuso como excepciones: (i) inexistencia del derecho por errónea interpretación a la norma, por cuanto la pretensión se basa en una norma, desconociendo el ordenamiento jurídico de manera integral; (ii) buena fe, teniendo en cuenta que la entidad accionada ha actuado con buena fe tanto durante la recepción de los aportes de la afiliada y hasta la fecha, por cuanto ha procedido teniendo como fundamento las normas pertinentes; (iii) pago, manifestando que dicha entidad ha cancelado a la demandante todas las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor; (iv) inepta demanda, por cuanto no hay un acto administrativo definitivo, teniendo en cuenta que no hay un pronunciamiento de fondo por parte de la administración, que niegue la prevención del actor; (v) no agotamiento vía gubernativa, el cual es un requisito indispensable para la presentación de la demanda, y el incumplimiento de la misma genera ineptitud sustantiva de la demanda; teniendo en cuenta que en los hechos de la demanda, se puede establecer que no se realizó ninguna petición, ni se han presentado recursos; (vi) prescripción, manifestando que los derechos laborales prescriben, sin que ello signifique vulneración a los derechos, pues la prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto Superior, ya que la finalidad que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad; y (vii) excepción genérica**.**

1.4 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA[5].

El Juzgado Noveno Administrativo Oral de Sincelejo, declaró no probada las excepciones de inexistencia del derecho por errónea Interpretación de la norma, Buena Fe y pago, propuestas por la entidad demandada NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FOMAG, en consecuencia, declaró la nulidad del acto administrativo ficto o presunto originado de la petición elevada por el accionante, ante la SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SINCELEJO, el cual negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, al tiempo que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto a la sanción moratoria causada con anterioridad al 19 de marzo de 2011, según lo expuesto; en consecuencia condenó a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-

[5] Fols. 125-132 C. Ppal.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a reconocer y pagar a favor del señor HECTOR VITOLA GONZÁLEZ, la cantidad de doce millones seiscientos sesenta y un mil doscientos veinticuatro pesos ($12.661.224), por concepto de sanción moratoria, generada desde el 19 de marzo de 2011 hasta el 18 de septiembre de 2011, por el no pago oportuno de las cesantías parciales reconocidas a través de la Resolución No. 0047 de 2011, expedida por la entidad demandada, en virtud de lo establecido en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006; finalmente niega las restantes suplicas de la demanda y condena en costas a la parte demandada.

Afirmó el *A* quo que el accionante solicitó el 8 de agosto de 2010 el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales ante la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE SINCELEJO, la cual le dio respuesta afirmativa mediante Resolución No. 0047 del 28 de febrero de 2001, reconociendo y ordenando el pago de las cesantías por valor de $43.445.807, el cual se materializó el 19 de septiembre de 2011. Posterior a lo anterior el día 19 de marzo de 2014 el demandante solicitó a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE SINCELEJO, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no pago oportuno de sus cesantías, dicha solicitud no fue respondida.

En este sentido, se puede decir que la administración incurrió en retraso en el reconocimiento y pago de las cesantías del accionante, ya que la petición ante la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo fue radicada el 8 de agosto de 2010 y los 15 días hábiles vencieron el 31 de agosto de 2010 y fue solo hasta el 28 de febrero de 2011 que se profirió la Resolución No. 0047, la cual reconoció y ordenó el pago de las cesantías.

Así, precisó que según el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, subrogada en algunos artículos por la Ley 1071 de 2006, establece que la entidad que incurra en mora en el pago de las cesantías deberá reconocer y cancelar de sus propios recursos al beneficiario, a título de sanción, un día de salario por cada día de retardo, hasta que se haga efectivo el pago de la misma.

De acuerdo a lo anterior se declararon como no probadas las excepciones de Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, buena fe y pago, propuestas por la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fomag. En cuanto a la excepción de prescripción expuso que teniendo en cuenta que mediante la Resolución No. 0047 del 28 de febrero de 2011 se reconoció al actor el pago de las cesantías parciales solicitadas, efectuándose dicho pago el

19 de septiembre de 2011, el 19 de marzo de 2014 se solicitó el pago de la sanción moratoria derivada del pago tardío de las cesantías parciales del actor, cuya solicitud no fue resuelta, se tiene que dentro del presente asunto se encuentra prescrito el derecho a la sanción moratoria causado con anterioridad al 19 de marzo de 2011, por lo tanto dicha excepción se declara como probada parcialmente y como consecuencia a lo anterior se ordenara el reconocimiento y pago de la sanción generada a partir de la fecha en mención y hasta el 18 de septiembre de 2011, lo cual equivale a 184 días, siendo de la siguiente forma: 184 x 68.811= $12.661.224

Finalmente con base en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el artículo 365 del C.G.P., condenó en costas a la entidad demandada.

1.5 LA APELACIÓN[6].

La parte accionante presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente y como argumentos principales del mismo expresó que, se encuentra en desacuerdo con el numeral tercero, el cual declaró probada la excepción de la prescripción, respecto a la sanción moratoria causada con anterioridad al 19 de marzo de 2011, así como con el numeral cuarto, el cual negó la indexación de la suma de doce millones seiscientos sesenta y un mil doscientos cuarenta y cuatro pesos ($12.661.224), por la que fue condenada la entidad accionada, por concepto de sanción moratoria, por el pago tardío de las cesantías parciales.

Lo primero teniendo en cuenta los antecedentes del H. Tribunal Administrativo de Sucre, sostenidos por posturas del H. Consejo de estado, el cual ha sostenido por Sala mayoritaria, que la exigibilidad de reclamar la sanción moratoria se construye a partir de la finalización del vínculo laboral, y en el presente caso el actor laboraba al momento de la petición, por lo que el fenómeno de la prescripción no operó para el accionante,

Y en cuanto a la negatoria de la indexación de la suma de dinero por la que fue condenada la entidad demandada, sostiene que si bien el *A quo* acoge una posición del H. Consejo de Estado, en sentencia de 17 de abril de 2013, debe tener también claro, que la misma ha sufrido ciertas variaciones, de acuerdo a la reciente sentencia de 14 de diciembre de 2015, en donde deja claro que la sanción moratoria es incompatible con la indexación, toda vez que está no solo

[6] Fls. 134-137 C. Ppal.

cubre la actualización monetaria sino que es superior, lo que determina la improcedencia de reconocer los ajustes de valor de la sanción moratoria mientras esta opere.

1.6 ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA. Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

1.7 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. El delegado del Ministerio Público no emitió concepto.

2 CONSIDERACIONES

2.1 LA COMPETENCIA. EL Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO. Teniendo en cuenta los antecedentes reconstruidos y los reparos concretos del apelante en contra de la sentencia de primera instancia[7], debe el Tribunal establecer si en el presente asunto: i) *¿se configuró el fenómeno de la prescripción a pesar que el demandante se encontraba con vínculo laboral vigente al momento de presentarse la petición de reconocimiento de la sanción moratoria?*; ii) *¿es procedente ordenar la indexación de la sanción moratoria?*

Para dar respuesta, la Sala abordará los siguientes temas: 1. Régimen legal de las cesantías para los servidores públicos y sanción moratoria; 2. De la prescripción de los derechos; 3. Indexación de la sanción moratoria; 4. El caso concreto.

2.2.1 RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Teniendo en cuenta el tema en debate, se hace necesario realizar un recuento normativo de los sistemas vigentes para la reliquidación y manejo de las cesantías para los servidores públicos del orden territorial.

Para dilucidar lo anterior la Sala, relacionará la normativa que regula el tema, empezando por la Ley 6 de 1945, que señaló que los empleados y obreros

[7] ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión".

nacionales de carácter permanente gozarían de las siguientes prestaciones: *"a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestado con posterioridad al primero de enero de 1942"*.

Seguidamente, el Decreto 1160 de 1947 reiteró en los mismos términos lo fijado anteriormente sobre el auxilio de cesantías para los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállense o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquier que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942, para lo cual en su artículo 6 de conformidad con el Decreto 2567 de 1946, estableció la forma de liquidación de la mencionada prestación de la siguiente forma:

> "ARTÍCULO 6o. De conformidad con lo dispuesto por el Decreto número 2567, de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce (12) meses."

Con lo anterior, el régimen de cesantías señalado con esa regulación tenía carácter de retroactivo.

Posteriormente, el gobierno nacional expide 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*" reorganizado por la Ley 432 de 1998, con el objetivo de administrar de manera eficiente las cesantías y contribuirá a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social, consagró en el artículo 27 y 49 la liquidación anual de las cesantías que se causen por los empleados públicos afiliados a este fondo, en los siguientes términos:

> "Artículo 27º.- Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

Artículo 49º.- Consignaciones anuales. La Nación, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado deberán consignar en el Fondo Nacional de Ahorro las cesantías que a partir del 1 de enero de 1969 se causen en favor de sus empleados y trabajadores.

Lo dispuesto en el inciso anterior se cumplirá de la siguiente manera:

a. Mensualmente, las entidades en referencia deberán depositar en el Fondo una doceava parte del valor de los pagos en favor de su empleados y trabajadores por salarios y demás conceptos que se incluyan dentro de la base para liquidar al auxilio de cesantía, y

b. Dentro de los primeros tres (3) meses de cada año, las referidas entidades depositarán en el Fondo la diferencia que resulte entre la liquidación de que trata el artículo 27 y las sumas depositadas en desarrollo del literal anterior; o tendrán derecho a que el Fondo les abone en cuenta el exceso de lo depositado sobre la liquidación."

Así pues, con la vigencia de la normativa descrita empieza en el sector público el desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías, para dar paso a un sistema de liquidación anual, que implementó como novedad un auxilio contra la depreciación monetaria y en cierta manera para compensar la desventaja por la supresión de la retroactividad, el pago de intereses sobre las cesantías por el Fondo a sus afiliados.

Por último, tenemos que la Ley 50 de 1990 implementó reformas al Código Sustantivo del Trabajo, y estableció un nuevo sistema para liquidar, reconocer y pagar las cesantías en el sector privado, la cuales se efectuaran a través de los llamados fondos de cesantías, como lo establece el artículo 99 *ibídem*:

"Artículo 99º.- 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."

Bajo este régimen normativo, la Ley 344 de 1996 hizo extensiva la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, pero a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos señalados en el artículo 13, que textualmente dice:

> "Artículo 13º.- 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;"

Norma que fue reglamentada posteriormente, mediante Decreto 1582 de 1998 en los siguientes términos:

> "**Artículo 1º.-** El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.
>
> Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998."

Así las cosas, la entrada en vigencia del sistema de liquidación anual de cesantías para el sector público conforme las disposiciones de la Ley 50 de 1990, que consiste en liquidar a 31 de diciembre de cada año el valor de las cesantías causadas y consignarlas en un fondo administrador de cesantías a más tardar el 14 de febrero de la anualidad siguiente a la que se causen.

Del recuento normativo anteriormente referido, se concluye que existen tres sistemas diferentes de liquidación y manejo de cesantías para servidores públicos del orden territorial, a saber:

1. Sistema de Cesantías con Retroactividad, se rige por la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

2. Sistema del Fondo Nacional de Ahorro, desarrollado en el artículo 5° y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998; rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de

cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.

3. Sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998.

En el ámbito territorial la nueva regulación de liquidación anualizada de cesantías fue reglamentada por medio del Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998[8], vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, en cuyo artículo 1º se estipuló:

> "Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.
>
> Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998".

Posteriormente, con la Ley 1071 de 2006, vigente para la época de los hechos, se reglamentó el pago de las cesantías definitivas y parciales a los servidores públicos, se establecieron sanciones y se fijó un término para su cancelación.

De lo expuesto, se concluye que el sector público territorial coexisten varios sistemas de cesantías, que gozan de vigencia en el ordenamiento jurídico, los cuales se aplican de manera integral, la más favorable al empleado, de acuerdo a su opción y fecha de vinculación.

Ahora bien, la ley ha propendido porque las cesantías sean pagadas a buen término, dado que, como ya se indicó, las mismas buscan proteger al trabajador cesante (pago de cesantías definitivas) o financiar una serie de bienes y servicios de finalidad prioritaria para el trabajador (vivienda y estudio, pago de cesantías parciales), por lo que ha consagrado una sanción por su no pago oportuno, la

[8] "Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia".

que para el caso presente está consagrada en la Ley 1071 de 2006, que dispone:

"Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales **a los trabajadores y servidores del Estado**, así como su oportuna cancelación.

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, **empleados y trabajadores del Estado** y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías **parciales** en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías **definitivas o parciales** del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de **los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará** de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.
Artículo 6°. Inspección, vigilancia y control. Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los Servidores Públicos, cumplan con los términos señalados en la presente ley.

Igualmente, vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución.

Artículo 7°. La presente ley rige a partir de su promulgación."

En cuanto a la forma como se causa la sanción en análisis, basta con traer las palabras del máximo tribunal de lo contencioso administrativo sobre el punto:

"De conformidad con la normatividad transcrita, se concluye[9]:

1. *Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas;*

2. *La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de esta ley es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, aquella donde laboró el ex empleado, y por lo tanto, según la norma, es aquella a quien se le concede un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, para hacer efectiva la prestación liquidada;*

3. *La liquidación de la cesantía definitiva debe estar contenida en una resolución correspondiente a la petición de la persona interesada, entiéndase retirada, para lo cual la entidad donde prestó sus servicios -liquidadora- tiene un término de quince (15) días hábiles para emitirla. Por lo anterior debe entenderse que las entidades diseñan o señalan mecanismos para que los interesados hagan la solicitud pertinente en relación con la prestación que corresponde a su retiro de la entidad empleadora;*

4. *La entidad pagadora debe realizar la cancelación de los valores liquidados por este concepto dentro del término de los 45 días hábiles de que trata el artículo 2º precedente so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas."[10]*

Sobre el mismo tópico, esa Corporación en otro pronunciamiento, manifestó:

"Sobre el cómputo de la sanción moratoria, la Sala Plena del Consejo de Estado, dejó en claro a partir de qué fecha se debe contabilizar, con el siguiente tenor literal:

"Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad

[9] CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. No. 4597-01, M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, precisa la forma de contabilizar los términos señalados en la anterior norma, ante la ausencia de pronunciamiento de la administración en relación con el pago de las cesantías definitivas. La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 27 de marzo de 2007, Expediente No. 2777-04. M.P. Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, al respecto ha hecho igual precisión.

[10] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B" Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 08001-23-31-000-2005-01994-01(2624-07). Actor: NIDIA DIAZGRANADOS MARTÍNEZ. Demandado: HOSPITAL GENERAL DE BARRANQUILLA.

conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante.".[11]

Como quedó establecido, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995, previendo que luego de presentada la solicitud la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, 5 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago."[12]

Así las cosas, queda claro de conformidad con la exposición contenida en los apartes jurisprudenciales antecedentes, que la sanción moratoria por el no pago de las cesantías parciales o definitivas regulada en la Ley 1071 de 2006, inicia su conteo a partir del día 65 al cual se presentó la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación, finalizando el día que se cancele al trabajador o ex trabajador, dicho monto.

Se aclara que el anterior resulta ser el plazo aplicable a los empleados públicos en general, dado que en tratándose de afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, las normas especiales que regulan la materia, los artículos 56 de la Ley 962 de 2005[13] y 4 del Decreto 2831 de 2005[14], al establecer en dichos trámites la intervención de las Secretarías de Educación de los Entes Territoriales descentralizados en educación y la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo del fondo, adicionan a dicho plazo quince (15) días, para la revisión del proyecto de acto administrativo por parte de la fiduciaria que administre dichos recursos, por lo que para este caso el plazo total será de ochenta (80) días desde la presentación de la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación[15].

---

[11] Sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, Exp. No. 760012331000200002513 01. (2777-2004), ACTOR: JOSÉ BOLÍVAR CAICEDO RUIZ.

[12] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 21 de mayo de 2009. Radicación número: 23001-23-31-000-2004-00069-02 (0859-08). Actor: HUGO CARLOS PRETELT NARANJO Demandado: DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA.

[13] "Artículo 56. Racionalización. de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."

[14] "Artículo 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación."

[15] En este sentido la CORTE CONSTITUCIONAL nos ilustra: "Tanto la Ley 962 de 2005, como el Decreto 2831 del mismo año son claros en asignar las consecuencias que siguen al incumplimiento del requisito de aprobación de los proyectos de resoluciones por parte de la sociedad fiduciaria y de sus textos se desprende, con total nitidez, que, sin esa aprobación, las referidas resoluciones no podían prestar mérito ejecutivo y que, por lo tanto, el juez no estaba habilitado para proferir

2.5 LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES. SANCIÓN MORATORIA.

Las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, bien sean de carácter salarial o pensional, deben ser reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su causación, sino prescriben tales derechos.

La institución es definida como una acción o efecto de "adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley"[16] o en otra acepción como "concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo".

En pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia se ha señalado que la prescripción *"es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado (…) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva de no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular"*.

Al respecto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968[17], en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969[18], prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

> "Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
>
> El simple escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual"

Y ante la ausencia de norma que regule la figura de la prescripción frente a otros derechos laborales, bien sea salariales o de carácter pensional, se aplica por analogía el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establece:

> "Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contaran **desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible**. El

---

mandamiento de pago ni para disponer que prosiguiera la ejecución." Sentencia T-042 de 2012, Magistrado Ponente GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

[16] Citado por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B"- sentencia del 9 de mayo de 2013. Expediente No. 08001233100020110017601- Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

[17] Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

[18] Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o una prestación debidamente determinado, interrumpirá la Prescripción pero solo por un lapso igual". (Texto original sin negrillas).

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-745 de 1999, al respecto expresó:

> *"En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades[19], ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues "la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales".*

En lo referente el momento en el cual se debe comenzar a contar el término de prescripción, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de Nov. 19 de 1999, expediente 15096, consejero ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, ratifica lo anterior cuando señala:

> *"… Hallándose definido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa que la dotación de vestido y calzado a los servidores estatales, ostenta el carácter de prestación social, en orden a definir la validez de la reclamación de esta prestación por parte del actor, se requiere precisar que salvo la consagración del fenómeno prescriptivo de la acción de reclamación de los derechos sociales, que se da cuando su satisfacción se requiere después de transcurrido tres años,* ***contados a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible,*** *en el ordenamiento jurídico …"(Texto original sin negrillas) .*

Sobre la prescripción de la sanción moratoria, preciso es citar lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 13 de febrero de 2014, donde se señaló:

> *"Como quiera que se demostró que la Universidad demandada pagó a favor del demandante las cesantías correspondientes a los años 2002 a 2006 solo hasta el 26 de abril de 2007, es evidente que se generó mora por su pago inoportuno, lo que causa sanción en su contra.*
> *De conformidad con la norma en cita, las cesantías causadas de la fecha del traslado al régimen anualizado en el año 2002 al 31 de diciembre de ese mismo año, debían ser consignadas, a más tardar el 15 de febrero de 2003; las causadas desde el 1º de enero al 31 de diciembre de 2003, se debían consignar a más tardar el 15 de febrero de 2004; las causadas desde el 1º de enero al 31 de diciembre de 2004, debían consignarse a más tardar el 15 de febrero de 2005, y así sucesivamente.*
>
> *Lo anterior implica que a partir del 15 de febrero de 2003 y hasta el 26 de abril de 2007 cuando se realizó la consignación respectiva, se causó la sanción moratoria reclamada. No obstante lo anterior, como la reclamación de la sanción moratoria solo se efectuó hasta el 13 de septiembre de 2007, se deben declarar prescritos los valores causados por ese concepto desde 3 años atrás de dicha solicitud; por lo*

[19] Pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la sección segunda del Consejo de Estado del 28 de marzo de 1960, del 24 de febrero y julio 1 de 1961, del 21 de septiembre de 1982, del 2 de diciembre de 1982. Igualmente, la sentencia del 19 de noviembre de 1982 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

tanto, el reconocimiento de la sanción se hará desde el 13 de septiembre de 2004 y hasta el 26 de abril de 2007, cuando se hizo efectivo el pago"[20].

De la misma forma, en sentencia del 20 de octubre de 2014, se expuso:

"SANCION MORATORIA – Prescripción / PRESCRIPCION SANCION MORATORIA – Se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple el deber de consignar en la cuenta individual del trabajador / TERMINACION RELACION LABORAL – No incide para el pago el termino de prescripción del auxilio de cesantía / SANCION MORATORIA No condiciona la causación al pago efectivo de la prestación. Aunque la mora en la cual incurrió la Contraloría Distrital de Barranquilla empezó a correr desde los días 16 de febrero de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 y la misma cesó el 12 de mayo de 2010, la solicitud de pago de la referida sanción tan solo se cursó ante el mencionado órgano de control el 5 de noviembre de 2009, configurándose de forma parcial el fenómeno de prescripción del derecho. E 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, ni mucho menos al retiro del empleado. Se insiste, la obligación de pago de la sanción moratoria no surge a partir de la cancelación efectiva de la cesantía ni de la terminación de la relación legal y reglamentaria, 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 voluntad del empleador incumplido, pues solo sería viable formularlo una vez se ha pagado la cesantía o ha ocurrido el retiro del servicio del empleado. 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"

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, **en Sentencia de Unificación** del 25 de agosto de 2016, acogió el criterio anterior, señalando que efectivamente el término de la prescripción de las cesantías y de la sanción moratoria corren por separado, no dependiendo este último de la vigencia o no de la relación laboral pública, sino de la fecha en que se configura el incumplimiento de la obligación que genera la sanción[21].

En punto de lo anterior, la sentencia de unificación, señaló:

"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

[20] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Expediente No. 08001-23-31-000-2008-00167-01(1689-12). C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

[21] En esta providencia de unificación se arrojan las siguientes conclusiones por la Sala Plena de la Sección Segunda: 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.

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[22] 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 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"[23]

Así las cosas, el estado actual de la línea decisional de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado y por ende la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable[24], indica que la fecha de exigibilidad de la sanción moratoria inicia a partir del vencimiento del término que tenía la entidad para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales (80 días), y en tal sentido, no es posible considerar que la prescripción de la sanción, solo se contabiliza a partir de la terminación del vínculo laboral; argumento con el cual comulga esta Sala, amén del obedecimiento a dicha decisión de unificación como precedente judicial.

2.4. INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN MORTATORIA:

La CORTE CONSTITUCIONAL, en sentencia C-448 de 1996 se pronunció respecto de la demanda de inconstitucionalidad contra apartes normativos de la Ley 244 de 1995 "*por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan*

[22] "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…"
[23] CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SALA PLENA, Sentencia del 15 de agosto de 2016, Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C. P. Luis R. Vergara Q.
[24]. Sentencia T- 292 de 2006. Citada por Manuel Fernando Quinche Toro, en su texto, "el precedente judicial y sus reglas". Página 38.Ediciones doctrina y ley.

otras disposiciones", relacionado con la sanción moratoria prevista en dicha norma; sobre el particular consideró el Alto Tribunal Constitucional:

> *"(…)*
> *En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación."*

Por otro lado, el CONSEJO DE ESTADO, al tener la oportunidad de pronunciarse sobre el tema referente a la indexación de la sanción moratoria, ha distinguido entre la contemplada en la Ley 50 de 1990 y la Ley 244 de 1995, haciendo hincapié en que el pronunciamiento de la CORTE CONSTITUCIONAL únicamente estuvo referido a la sanción moratoria contemplada en esta última norma, es decir, la relacionada con el pago de la cesantía definitiva a la culminación del servicio. Respecto de la indexación de la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, consideró el Tribunal de cierre que *"la misma tiene un límite temporal que resulta muy distante de la fecha de ejecutoria de la sentencia"*[25], razón por lo que resulta viable la actualización de la condena, en la medida en que se trata de una obligación dineraria afectada por los fenómenos inflacionarios.

Más recientemente, el CONSEJO DE ESTADO reiteró con precisión la interpretación que ha de darse al respecto, en los siguientes términos:

> *"Atendiendo las precisiones realizadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-488[26] de 1996[27], la jurisprudencia de esta Sección[28], ha indicado que la indexación no procede sobre el valor de la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, por cuanto se entiende que esa sanción "no solo cubre la actualización monetaria sino que es incluso superior a ella", pero en tratándose de la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías, prevista en la Ley 50 de 1990, ha considerado que la indexación si procede en razón a que "la misma tiene un límite temporal que resulta muy distante al de la fecha de ejecutoria de la sentencia"[29], siendo un valor histórico que debe actualizarse en la condena.*

[25] CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 17 de abril de 2013, Exp. No. 08001 23 31 000 2007 00210 01 (2664-11), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[26] Entiéndase C-448 de 1996.
[27] Mediante la cual se declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3º de la Ley 244 de 1995.
[28] Ver, entre otras, la sentencia de 5 de agosto de 2010, Radicación No. 08001-23-31-000-2008-00394-01 (1521-09), Sección Segunda, Subsección B, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila y sentencia de 17 de abril de 2013. Sección Segunda, Subsección A, Radicación No. 08001-23-31-000-2007-00210-01 (2664-11). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.
[29] Sentencia de 17 de abril de 2013. Sección Segunda, Subsección A, Radicación No. 08001-23-31-000-2007-00210-01 (2664-11). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

En ese orden de ideas, la Sala ordenará reconocer y pagar la indexación del valor de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, desde el día en que cesó la omisión de consignar las cesantías, hasta el día de ejecutoria de la presente sentencia, y de ahí en adelante, los intereses moratorios, de conformidad con lo establecido en los artículos 177 y 178 del C.C.A."[30]

2.5 CASO EN CONCRETO.

En el presente asunto la parte actora solicitó la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, contentivo de decisión negativa, ante la no respuesta de la entidad competente al derecho de petición que presentó el actor el 19 de marzo de 2014, y en consecuencia se reconozca y pague al demandante la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas mediante Resolución No. 0047 de 28 de febrero de 2011, desde el 11 de noviembre de 2010 hasta el 19 de septiembre de 2011.

En primera instancia, el *A quo* dispuso la nulidad del acto demandado al considerar que la administración incurrió en retraso en el reconocimiento y pago de las cesantías del accionante, ya que la petición ante la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo fue radicada el 8 de agosto de 2010 y los 15 días hábiles vencieron el 31 de agosto de 2010 y fue solo hasta el 28 de febrero de 2011 que se profirió la Resolución No. 0047, la cual reconoció y ordenó el pago de las cesantías, el cual se hizo efectivo el 19 de septiembre de 2011.

En la misma oportunidad dispuso el *A quo* tener por probada, de forma parcial, la excepción de prescripción, en atención a que solo el 19 de marzo de 2014 se solicitó el pago de la sanción moratoria, por lo que se encuentra prescrito el derecho a la sanción moratoria causado con anterioridad al 19 de marzo de 2011.

Inconforme con lo anterior, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, en el que solicita la revocatoria parcial de la sentencia de primera instancia, en lo relacionado con la prescripción parcial del derecho al pago de la sanción moratoria, así como también, para que se ordene la indexación de la suma reconocida.

Sobre el particular, se reitera lo expuesto en líneas anteriores, esto es, que si bien un sector de esta jurisdicción consideraba que en asuntos como el presente no opera la prescripción del derecho a la sanción moratoria mientras

[30] CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 29 de febrero de 2016, Exp. No. 08001 23 31 000 2010 00941 01 (1366-2012), M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

el trabajador siga laborando, lo cierto es que en vista de la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, citada ut supra, esta Sala se inclina y acoge la postura de considerar aplicable al asunto las previsiones del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969 y el artículo 151 del C. P del T y de la S. S., de modo que la prescripción se contabiliza desde la exigibilidad de la sanción moratoria, pudiendo interrumpirse dicho término por una sola vez.

En el sub examine, se tiene que el demandante presentó la solicitud de cesantías parciales el día 8 de agosto de 2010, la que fue reconocida mediante Resolución No. 0047 del 28 de febrero de 2011, mientras que el pago se efectuó el día 19 de septiembre de 2011.

Conforme con ello, la entidad demandada incurrió en mora desde el 4 de diciembre de 2010 y hasta el 18 de septiembre de 2011, lo que equivale a 289 días de mora.

Ahora, como quiera que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria el día 19 de marzo de 2014, encuentra la Sala que el derecho al pago de sanción moratoria anterior al 19 de marzo de 2011 se encuentra prescrito, tal como acertadamente lo determinó el *A quo*, por lo que se confirmará dicha decisión.

Por otro lado, en lo que respecta a la indexación de la sanción moratoria, recuerda la Sala que en Sentencia C-448 de 1996, al estudiarse la demanda de inconstitucionalidad contra apartes normativos de la Ley 244 de 1995, se señaló la improcedencia de la indexación en comunión con la sanción moratoria, con sustento en que esta última no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. Además, tal como se señaló en apartes anteriores, el H. Consejo de Estado[31] ha reiterado que la indexación no es procedente cuando se trata del reconocimiento de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995, norma que, como se sabe, fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, esta última aplicable al caso presente.

De acuerdo con lo anterior, se confirmará igualmente la negativa respecto del reconocimiento de la indexación de la sanción moratoria.

[31] Ver cita No. 21

Como conclusión, la Sala considera que en el presente asunto sí se configura de manera parcial la prescripción de derechos, al tiempo que se considera improcedente la indexación de la sanción moratoria, y por tanto ha de **CONFIRMARSE** la decisión apelada.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia al demandante apelante, a favor de la parte demandada. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

ACEPTACION DE IMPEDIMENTO.

La H. Magistrada SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA señala que la providencia apelada fue proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito, donde fungió como Juez, y como consecuencia de ello conoció y profirió la decisión de primera instancia, por lo que a su criterio, se encuentra incursa en la causal de impedimento detallada en el numeral 2º del artículo 141 del C.G.P., poniendo en consideración de la Sala el impedimento (folio 27).

En tratándose de procesos tramitados ante la jurisdicción contenciosa administrativa se tiene que, las causales de impedimento de los jueces son las contenidas en el artículo 130 de la Ley 1437 de 2011. Del mismo modo, consagra la norma en cita que los magistrados deberán declararse impedidos en los casos señalados en el artículo 150 del C.P.C. hoy artículo 141 del C.G.P., por encontrarse vigente para esta jurisdicción. Así entonces, indica el artículo 141 de la Ley 1564 de 2012, las causales de impedimento que han de tenerse en cuenta en este tipo de procesos, en ese sentido, consagra en el numeral 2º del referido artículo:

> **"Artículo 141.** Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:
> …
> 2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, **el juez**, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente. (Negrillas y subrayado de la Sala)

Sobre los impedimentos en general, es importante resaltar que ellos son una serie de hechos que impiden al Juez ejercer su función, la que se caracteriza

por ser autónoma[32], independiente[33], imparcial[34] e *impartial*[35]. Así las cosas, las causales de impedimento tienen como fin último el conservar la ecuanimidad de la labor del Juez, es decir, que cuando se presentan hechos en donde algún interés de este se encuentra en juego, es su deber separarse del conocimiento del asunto, a fin de que una de sus características esenciales no se vea disminuida, la imparcialidad.

Así las cosas, respecto a la causal de impedimento transcrita *ut supra*, debe decirse que debido a que la situación aludida por la Magistrada impedida Dra Silvia Rosa Escudero Barboza se encuadra en lo previsto por el numeral 2º del artículo 141 del C.G.P., y en aras de salvaguardar el integralmente el principio de doble instancia, se aceptará el impedimento manifestado, separando a la Magistrada del conocimiento del presente asunto.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, según lo expuesto en los considerandos de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante y a favor de la parte demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: DECLÁRESE FUNDADO el impedimento manifestado por la Magistrada SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA para deliberar dentro del presente proceso, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia.

---

[32] Entendemos por *autonomía* aquella característica esencial del juez de no estar sujeto a jerarquía orgánica alguna, de estar libre de presiones de tipo político, administrativo, social etc.
[33] Entendemos por *independencia* el hecho de que el juez no debe estar subordinado a las partes del proceso.
[34] Entendemos por *imparcialidad* el principio que define al juez como la persona que carece totalmente de interés subjetivo respecto de las pretensiones de las partes en el proceso.
[35] Entendemos por *impartialidad* el principio que define al juez como un tercero diferente y ajeno a las partes del proceso, que se haya en un lugar equidistante entre ambas, es decir, que no está situado en posición de parte dentro de la relación jurídico-procesal.

En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala de Decisión Ordinaria Oral, conforme consta en Acta No. 179 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL AROGTY
Con aclaración de voto

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
Con impedimento