

13-001-33-33-004-2014-00238-02

Cartagena de Indias D. T. y C, diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-006-2014-00364-02
<b>Demandante</b>	JULIO ENRIQUE PUERTA FREYLE
<b>Demandado</b>	ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE MUNICIPIO DEL PEÑOL - BOLÍVAR
<b>Actuación</b>	SENTENCIA DE 2º INSTANCIA
<b>Magistrado Ponente</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
<b>Tema</b>	Prescripción sanción moratoria

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha treinta y uno (31) de enero del dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda, por haber operado la prescripción.

## II.- ANTECEDENTES.

### 2.1. La demanda.

#### 2.1.1. Pretensiones.

Se pretende en síntesis la declaratoria de nulidad del acto ficto que le negó al actor el pago de los salarios del mes de octubre, noviembre y diciembre del año 2003 y las cesantías, primas y vacaciones del periodo comprendido entre el 25 de agosto al 31 de diciembre del 2003.

A título de restablecimiento se deprecia por el pago de dichos emolumentos, con la sanción por mora en el pago de los mismos.

#### 2.1.2. Hechos.

Se cuentan en síntesis los siguientes:

- El señor JULIO ENRIQUE PUERTA FREYLE fue nombrado en la ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS del Municipio de El Peñon, en el cargo de odontólogo,

13-001-33-33-004-2014-00238-02

mediante resolución 056 del 25 de agosto del año 2003 y tomo posesión mediante acta de posesión 027 del día 29 de agosto de 2003.

- Se desempeñó desde el día 25 de agosto del 2003 hasta el 24 de mayo del 2005 y su última asignación mensual fue \$1.450.000.

- El 14 de noviembre del 2007, presentó derecho de petición a la demandada solicitando el pago de los salarios del mes de octubre, noviembre y diciembre del 2003 y de las prestaciones sociales (prima, vacaciones y cesantías) del periodo comprendido desde el 25 de agosto hasta el 31 de diciembre del año 2003. También se pidió el pago de la sanción moratoria.

### **2.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.**

El apoderado de la parte demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 53, 58, 93 y 122

- Ley 244 de 1995: artículo 2

- Ley 715 de 2001: artículo

Asegura que la ausencia de respuesta viola el núcleo esencial del derecho de petición, habida consideración que no atendió el requerimiento y de ahí parte también la violación al derecho al trabajo y las demás prerrogativas constitucionales.

## **2.2. La contestación.**

### **2.2.1. Parte demandada.**

Se opuso a las suplicas de la demanda.

Formuló excepciones, entre ellas, la de “inexistencia de la causa para pedir”, basada en que no ha operado el silencio administrativo negativo, y en tanto fue notificado pro conducta concluyente de la resolución 046 del 20 de septiembre del 2006, absteniéndose de presentar recursos.

13-001-33-33-004-2014-00238-02

También invocó la de “cosa juzgada” en tanto ya formuló el actor demanda ejecutiva laboral por los mismos conceptos y como quiera que están incorporados en la resolución 046 del 20 de septiembre del 2006 y 020 del 20 de noviembre del 2007, así como la de “prescripción de los derechos laborales invocados”

### **2.3. Sentencia de primera instancia.**

Mediante sentencia dictada en la audiencia inicial celebrada el treinta y uno (31) de enero del dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, denegó las súplicas de la demanda por haber operado la prescripción extintiva de los derecho reclamados.

Consideró el a quo lo siguiente:

*“la prescripción de derechos dentro del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, está regulada en el artículo 41 del decreto 3135 de 1968, por su parte, el decreto 1848 de 1969, artículo 102, consagro un término prescriptivo de 3 años, contados a partir de la fecha en que la obligación se hace exigible, para reclamar los derechos laborales, disponiendo así mismo que la simple reclamación escrita del empleado formulada ante la entidad, interrumpe la prescripción pero solo por un término igual, de igual manera el código sustantivo del trabajo en el artículo 488 y 489 establece la prescripción de los derechos surgidas con ocasión de una relación laboral en tres años, contados desde el momento en que se hacen exigibles, término que se interrumpe por igual lapso y por una sola vez; por su parte el Consejo de Estado en sentencia del 23 de septiembre del 2010, reiteró que el derecho a reclamar las prestaciones que con el simple reclamo escrito del empleado formulado ante la entidad o empresa obligada sobre un derecho o prestación debida interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual, es decir, una vez causado un derecho se cuenta con un lapso de tres años para inicialmente ante la administración y posteriormente en sede judicial, el solo hecho de presentar la reclamación ante la entidad interrumpe el término de prescripción pero solo por un periodo igual, lo que significa que empieza nuevamente a contarse los tres años.*

*El consejo de estado ha manifestado esto en mucha ocasiones y tratando el tema cuando se ha referido a declaración de existencia de relaciones laborales como es el presente caso, ha dicho lo siguientes, respecto a la prescripción de derechos de tres años: que si bien es cierto conforme al criterio fijado por la Sal de la Sección Segunda, solo se puede predicar la prescripción con posterioridad a la declaratoria de la existencia de la relación laboral pero también lo es que la solicitud y esto es lo que nos atañe debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, sopena de que prescriba el derechos, lo que nos atañe es esa reiteración de los 3 años siguientes a la solicitud de los derechos laborales...*

*Lo primero es señalar que en este asunto no se encuentra en discusión la existencia de la relación laboral existente entre el demandante y la entidad ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS de El Peñon Bolívar, porque así se afirma en la demanda y se acepta en la contestación, de igual forma se evidencia en la resolución 056 del 25 de agosto del 2003, que aparece en el folio 14 y 15 expedida por el gerente de la ESE donde se realiza el nombramiento del señor PUERTA FREYLE en el cargo de odontólogo con su acta de posesión, luego está probado y claro que hay una relación laboral entre las partes; se ha*

**Código: FCA - 008      Versión: 02      Fecha: 18-07-2017**



13-001-33-33-004-2014-00238-02

demostrado también que el demandante laboro para la demandada hasta el 24 de mayo del 2005, punto que tampoco se encuentra en discusión por las partes ya que lo aceptaron como cierto, luego el objeto de la litis radica en determinar si tiene derechos a los salarios de los meses de octubre noviembre y diciembre del 2004 y prestaciones soci9adels del periodo entre el 25 de agosto al 31 de diciembre del 2003 y la sanción moratoria por el no pago de cesantías establecida en el artículo 2 de la ley 244 del 95.

Atendiendo el lineamiento jurisprudencial citado y las normas sobre prescripción de derechos laborales se observa que la fecha de culminación de la prestación como odontólogo fue el 24 de mayo del 2005 y la solicitud de pago de los derechos laborales y prestaciones se radicó el 14 de noviembre del 2007 tal como se observa en el folio 10 y se manifiesta por la parte actora; así que el demandante pretende el reconocimiento de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2004, el pago de la prima y las cesantías del periodo comprendido entre el 25 de agosto al 31 de diciembre del 2003, los derechos que se causaron en el 2004 tenía hasta el 2007 para reclamarlos y en efecto así lo hizo mediante petición con radicación del 14 de noviembre del 2007, interrumpiendo por un lapso de tiempo igual al término de prescripción, es decir, 3 años para acudir a la jurisdicción sopena de prescripción, no obstante verificada la demanda se constata que la solicitud de conciliación prejudicial fue presentada el 2 de septiembre del 2013, cuando ya habían pasado más de cinco años desde loa presentación de la solicitud de reconocimiento y la demanda fue presentada el 1 de septiembre del 2014, fecha en la cual si bien no había operado caducidad por razón del acto ficto, si ha operado la prescripción de derechos consagrado en el decreto 3135 del 1968.

Por otra parte el artículo 23 de decreto 1045 de 1968 reguló la prescripción de las vacaciones de los empleados públicos y trabajadores oficiales con el siguiente tenor literal: cuando sin existir aplazamiento no se hicieron uso de vacaciones en la fecha señalada, el derecho a disfrutarlas o a recibir la respectiva compensación en dinero prescribe en 4 años que se contarán a partir de la fecha en que se haya causado el derecho; el aplazamiento de las vacaciones interrumpe el termino de prescripción siempre que medie la correspondiente providencia, solo se podrán aplazar hasta las vacaciones correspondiente a 2 años se servicio y por las causales señaladas en este decreto.

El demandante solicito las vacaciones del periodo 25 de agosto a 31 de diciembre del 2003 y atendiendo la normativa transcrita su reclamación debió hacerse hasta el año 2009, la cual fue presentada el 14 de noviembre del 2007, sin embargo la demanda fue presentada el 1 de diciembre del 2004, cuando habían transcurrido más de 6 años desde que interrumpido la prescripción por primera vez con la precisión citada, y por ello para las vacaciones también opera el fenómeno de la prescripción.

## 5. Recurso de apelación.

Resiste el actor la sentencia por las siguientes razones (se transcribe):

“Si bien es cierto la petición que se radicó el 17 de noviembre del 2007, va encaminada al reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales derivadas de la relación laboral leal y reglamentaria que tenía el actor con la ESE, también es cierto que allí se solicitó la respectiva sanción moratoria; la sanción moratoria, cuando la administración a través de la resolución 046 del 2006 y la resolución 020 del 2007, reconoció unas prestaciones sociales, sin embargo guardó silencio con respecto a la sanción moratoria que se había generado por el reconocimiento tardío de la administración, entonces en esos eventos, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha traído unas hipótesis que se dan cuando la administración con relación a la indemnización moratoria; precisamente podemos citar la sentencia del consejo de estado del 16 de julio del 2015, consejera Ponente la Doctora Sandra Lisett Ibarra Vélez; allí estableció una serie de hipótesis que se presentan, cuando a la administración se la hace un reclamo de la indemnización moratoria, precisamente



13-001-33-33-004-2014-00238-02

*en esa jurisprudencia hace relación a cuando la administración reconoce y paga las prestaciones, pero no reconoce la sanción moratoria, en esos eventos se está hablando de un reconocimiento tardío, cuando la reconoce con posterioridad como ocurrió en el presente evento que el demandante laboró durante un tiempo en la administración y posteriormente le fue reconocido su auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales pero por fuera de los parámetros que establece la norma; entonces en esos eventos estaríamos hablando de un reconocimiento de las prestaciones y auxilio de cesantía de manera tardía; significa lo anterior que al no haber estado el reconocimiento de la sanción moratoria en los actos administrativos, la administración tenía que provocar de la administración el respectivo acto administrativo y así fue que lo hizo a través de petición que presentó el 17 de noviembre del 2007, allí se interrumpió el término de prescripción de la reclamación y por lo tanto si tenemos en cuenta las resoluciones que proferió la administración, el administrado presentó la reclamación dentro del término que establece la ley que es 3 años, ahora bien, el artículo 164 del CPACA literal b), preceptúa lo siguiente, no obstante el acto administrativo es un acto administrativo ficto y que de conformidad con el artículo 164 literal d) puede ser interpuesto la demanda en cualquier tiempo, esos son básicamente los argumentos de que nos agarramos para que el honorable juez administrativo de bolívar revoque la decisión”.*

## **6. Concepto del ministerio público.**

El Ministerio Público no emitió concepto.

### **III.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

### **IV. CONSIDERACIONES**

#### **4.1. Competencia.**

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

#### **4.2. Marco jurídico del recurso de apelación.**

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la

13-001-33-33-004-2014-00238-02

apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

**“Art. 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.*”

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: “*tantum devolutum quantum appellatum*”.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

**Código: FCA - 008      Versión: 02      Fecha: 18-07-2017**

### **4.3. Problema jurídico.**

El censor resiste la sentencia solamente porque en su sentir no ha operado la prescripción respecto de la sanción moratoria, sin cuestionar la pérdida de sus derechos laborales decretada en la instancia y habida cuenta que en su entender, por tratarse de un acto ficto, la demanda puede presentarse en cualquier tiempo, según lo indica el artículo 164, numeral 1, literal d) y ello redundaría en la sanción moratoria.

Averiguará entonces la Sala si ha operado o no la prescripción de la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantía, entendiendo que ese es el marco de competencia fijado por la alzada, que el análisis sobre la existencia del derecho viene decantado desde la primera instancia, y en tanto se interpreta que el *a quo* le dio a dicho rubro el tratamiento de una pretensión consecucional desquiciada por razón de la declaratoria de prescripción de todos los derechos laborales impetrados en la demanda, entre ellos precisamente la cesantía correspondiente al periodo comprendido entre el 25 de agosto al 31 de diciembre del 2003.

Para el desarrollo del problema jurídico se analizará concepto de cesantía y su alcance y desarrollo a la luz del marco normativo que la gobierna, para después pasar al análisis de la figura de la prescripción.

### **4.4. Tesis.**

La sentencia se confirmara porque se acreditó la prescripción respecto a la sanción moratoria solicitada.

### **4.5. Marco normativo y jurisprudencial.**

#### **Cesantías.**

El auxilio de cesantías es una prestación social establecida por la Ley con el fin de amparar al empleado cuando este quede cesante o desempleado. Esta prestación está a cargo del empleador, quien tiene la obligación de reconocérselas a sus trabajadores al terminar la relación laboral, en caso que no hayan sido depositadas en un fondo privado, según lo establece la ley. Además, se constituye en un ahorro disponible para eventos en los que el trabajador necesite invertir en educación, casa o desempleo.

Como marco normativo se tiene que las disposiciones más relevantes en la materia son:

- Ley 6ª de 1945, artículo 17, literal a) que estableció por primera vez para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente del auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero teniendo en cuenta sólo los servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942.

- Ley 65 de 1946, que dispuso: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho a auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera sea la causa del retiro”*

- Los Decretos 2567 de 1946 y 1160 de 1947 que establecieron los parámetros a tener en cuenta al momento de realizar la liquidación de las cesantías.

- Posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968, preceptuó, que cada año calendario, contado a partir del 1 de enero de 1969, Los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados. De igual manera advirtió, que la liquidación anual así practicada, tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse, aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 ibídem, se establecieron intereses en favor de los trabajadores, del 9% anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año, figuraran a favor de cada empleado público o trabajador oficial; porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del **artículo 3º de la Ley 41 de 11 de diciembre de 1975**<sup>1</sup>.

Así, con la expedición del Decreto 3118 de 1968, se da comienzo, en el sector público, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, al desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. El pago de

<sup>1</sup> “Por la cual se modifica el Decreto ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones”.

13-001-33-33-004-2014-00238-02

intereses a cargo del Fondo Nacional de Ahorro, se previó para proteger dicha prestación de la depreciación monetaria.

En el orden territorial, el auxilio de cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

La Ley 50 de 1990 modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías, se estableció el régimen anualizado de liquidación de cesantías y, en el numeral 3º, **la sanción moratoria** por la no consignación oportuna de tal auxilio a los trabajadores en los fondos privados. Las características de este régimen anualizado se concretaron en el artículo 99 de la misma ley así:

*“ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*

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

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

Se expidió luego, la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, que en su artículo 242 inciso tercero, estableció la siguiente prohibición: “A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable”.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996, “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, estableció un nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vincularan a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que fuera su nivel (nacional, departamental, municipal, o distrital).

Con la Ley 432 de 29 de enero de 1998, se estableció la obligación de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro, para los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional y la posibilidad de que los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, hicieran lo propio. En lo referente a la transferencia de las cesantías de los servidores públicos, el artículo 6 ibídem, dispuso:

**“ARTÍCULO 6. - Transferencia de cesantías de servidores públicos.** En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados.

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

*Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.*

*Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.*

*En todas las entidades públicas será obligatorio incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente.<sup>2</sup>*

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

**“Artículo 1º.-** El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1.996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102 y 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1.990; y el de los servidores

<sup>2</sup> Esta norma fue modificada por el artículo 193 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012.

13-001-33-33-004-2014-00238-02

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 1.998.

**Parágrafo.-** Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional del 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”.

Por su parte, la Ley 244 de 29 de diciembre de 1995, fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del estado y estableció sanciones, por la mora en el pago de dicha prestación, así:

*“ARTÍCULO 1° Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal 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 informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar.*

*Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.”*

*“ARTÍCULO 2° La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

**PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías 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 sólo 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 éste.”**

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

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

13-001-33-33-004-2014-00238-02

Conforme a todo lo expuesto, entonces se definen tres regímenes, distintos, de liquidación de cesantías para el sector público, a saber:

- El Sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.
- De liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, que incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cubre a las personas vinculadas a éstos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998
- El Sistema del Fondo Nacional de Ahorro, el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.<sup>3</sup>

Es importante anotar que la aplicabilidad de cada régimen debe hacerse en su totalidad, sin que puedan mezclarse sus contenidos normativos, de acuerdo al principio de inescindibilidad.

Sobre el principio de inescindibilidad el Consejo de Estado, ha dicho:

*“No obstante, al principio de favorabilidad aplicado por el a quo le secunda el principio de inescindibilidad de la Ley, en virtud del cual **la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica, no puede recoger prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro**”<sup>4</sup>  
(Negrilla de la Sala)”*

## De la prescripción.

<sup>3</sup> Tomado de la sentencia fechada 19 de julio de 2007, proferida por la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, dentro del expediente N° 9228-05, en la cual fue Consejero Ponente el Dr. Jaime Moreno García.

<sup>4</sup> Consejo de Estado C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 8 de mayo de 2008. Expediente 1371-07.

Respecto a la prescripción el Honorable Consejo de Estado establece lo siguiente:

*“La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva. **La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración.**”*

(...)

*La prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el cual establece lo siguiente: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual<sup>5</sup>”*

Así mismo el alto Tribunal, ha manifestado que la prescripción trienal de los derechos laborales se interrumpe desde la fecha de presentación de la solicitud ante la entidad demandada.

Ahora bien, el Consejo de Estado, frente a la prescripción de derechos laborales, en ponencia de la Honorable Consejera SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, del veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015)<sup>6</sup>, estableció lo siguiente:

*“En pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia, han 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 del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular;...”**”*

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la norma establece para el ejercicio de los derechos un tiempo determinado, dentro del cual se debe solicitar su

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA-SUBSECCION “B”-Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ-Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).Radicación número: 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08).Actor: MARCO FIDEL RAMIREZ YEPEZ Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SITIONUEVO – MAGDALENA.

<sup>6</sup> Radicación número: 080012331000201200388 01 No. Interno: 4346-13 Actor: MARIA DEL SOCORRO CHISMAS ACEVEDO Demandado: INSTITUTO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PROTUARIO DE BARRANQUILLA – CONTRALORIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA



13-001-33-33-004-2014-00238-02

ejecución, y si transcurre dicho tiempo y no se solicitó, se traduce en la pérdida de interés para ejercerlo.

En la misma línea, la prescripción de derechos del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 (citado por el *a quo*) el cual establece lo siguiente:

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

Por su parte, el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969 (también citado por el *a quo*), reglamentario del Decreto 3135 de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, en el artículo 102, dispuso:

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

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

Es decir, una vez causado un derecho, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo inicialmente ante la Administración y posteriormente en sede judicial; el solo hecho de reclamar ante la Administración, interrumpe el lapso de tiempo por otro periodo igual, lo que significa que inician nuevamente a contarse los tres años.

En conclusión, la prescripción es el fenómeno a partir del cual, el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, conforme a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten. En el evento de la prescripción extintiva, se hace referencia al deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial fijado en la ley, es decir, si los derechos que se han adquirido no se solicitan en un determinado lapso fijado por una norma, se pierde la oportunidad para

13-001-33-33-004-2014-00238-02

ejercerlos ante la ausencia del interés que presume el legislador, por parte de quien ostenta el derecho.

En el caso concreto, de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016, estas no consagraron expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, pero ello no significa que la misma sea imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles, luego bien se puede por analogía aplicar el artículo 151 del C.P.T.<sup>7</sup>

Por su parte, y en línea con lo anterior, el Consejo de Estado, a partir de la sentencia de unificación CE-SUJ004 de 2016<sup>8</sup>, ha entendido la sanción moratoria como un derecho prescriptible que debe reclamarse dentro de los 3 años siguientes a aquel en que se hizo exigible, sopena de que se extinga por virtud del fenómeno de la prescripción.

#### **4.6. El caso concreto.**

Así pues que, de entrada erra el censor en tanto secunda su alegato de no prescriptibilidad del derecho a la sanción moratoria, con base en argumentos propios de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho del acto ficto, sin contar con que eso es una cosa y, otra por entero diferente es la prescripción del derecho en la forma en que viene de aclararse.

Siguiendo el derrotero legal y jurisprudencial plasmado arriba y siendo que el derecho al pago de las cesantías definitivas fue reconocido por medio de la resolución N° 046 del 20 de septiembre del 2006, la cual se notificó al actor el mismo día (véase folio 77 reverso), cobrando su ejecutoria el 28 de septiembre del 2006, según se advierte de la constancia de ejecutoria (fl. 78 ídem), **la obligación se hizo exigible el día 13 de noviembre de 2006**, dado que el día anterior (12 noviembre) venció el plazo de los 45 otorgados a la administración para el pago. Luego entonces, como quiera que la petición del reconocimiento se radicó el **14 de noviembre del 2007** (véase folio 10 ídem) logrando con ello el efecto interruptor del término deletéreo por una sola vez,

<sup>7</sup> «[...] Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual. [...]».

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, CE-SUJ004 de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

13-001-33-33-004-2014-00238-02

tenía el actor la obligación, a partir del día siguiente, es decir, del **15 de noviembre del 2007**, de radicar la demanda contenciosa administrativa, so pena del perder el derecho, si transcurriesen los tres años contados desde esta última calenda (inclusive), como en efecto ocurrió, pues la demanda fue radicada el **1 de septiembre del 2014**, agotado con suficiencia el termino aludido.

Por lo anterior se CONFRIMARA la sentencia apelada.

#### **4.7. Condena en costas.**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el Código General del Proceso, que en el artículo 365 dispone:

*“(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

*4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

*6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

*7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

*8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

13-001-33-33-004-2014-00238-02

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

Así las cosas, y dado que se confirma en su totalidad la sentencia apelada, se condenará en costas en la segunda instancia a la parte demandante, ordenándose al *a quo* su liquidación conforme lo ordena el artículo 366 del CGP, incluyéndose las agencia en derecho.

### **DECISIÓN.**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 001, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia apelada, por las razones expuestas previamente.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** en costas en segunda instancia a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. Líquidanse por el *a quo*, según lo ordenado.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

### **LOS MAGISTRADOS**

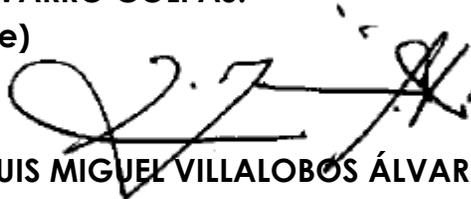


**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**

(Ponente)



**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**



**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**Firmado Por:**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE BOLIVAR**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**dc9df9cbbcaa9e1b7b9da7f0069072255b4d4da734a6a91c7d020d3e9b17fa31**

Documento generado en 10/08/2020 12:09:56 p.m.