

13001-33-33-005-2018-00236-01

Cartagena de Indias D.T. y C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO</b>
<b>RADICADO</b>	13001-33-33-005-2018-00236-01
<b>DEMANDANTE</b>	HILDA LEONOR CUENTO DÍAZ <a href="mailto:eduarjunior_7@hotmail.com">eduarjunior_7@hotmail.com</a> <a href="mailto:ogomezconsultores@gmail.com">ogomezconsultores@gmail.com</a>
<b>DEMANDADO</b>	MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
<b>TEMA</b>	SANCIÓN MORATORIA-PRESCRIPCIÓN

## II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en audiencia de fecha veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)<sup>1</sup>, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

## III. ANTECEDENTES

### 3.1. DEMANDA.<sup>2</sup>

#### 3.1.1. Hechos de la demanda planteados por la accionante.

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala resumirá de la siguiente manera la situación fáctica relatada por la actora, así:

- Que la actora presentó solicitud para el pago de las cesantías el día 11 de enero de 2013.
- Que por medio de la Resolución 1269 del 19 de julio de 2013, le fue reconocida el pago de las cesantías deprecadas y fueron efectivamente canceladas el 16 de septiembre de 2013 a través de la entidad bancaria.

<sup>1</sup>Folio 73-83 cdr.1

<sup>2</sup>Folio 1-11 cdr.1

**13001-33-33-005-2018-00236-01**

- De acuerdo con lo anterior, sostiene que han transcurrido más de los 65 días a los que se refiere el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006.
- Que la actora presentó el día 11 de agosto de 2016 solicitud ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar con el fin de que se le reconociera el pago de la sanción moratoria contemplada el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006.
- Que hasta la fecha ninguna de las entidades ha expedido algún acto administrativo en legal forma que dé respuesta de fondo, clara y precisa sobre lo solicitado, por lo anterior, se ha configurado un acto ficto o presunto desde el día 11 de diciembre de 2016.

### **3.1.2. Pretensiones de la demanda.**

La demanda se dirige concretamente a que se declare la existencia del acto ficto configurado el día 11 de diciembre de 2016, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 11 de agosto de 2016, por la mora en el pago de las cesantías solicitadas.

De igual forma, solicita que se declare la nulidad del acto ficto configurado el día 11 de diciembre de 2016, en cuanto negó el derecho a la sanción moratoria producto del pago tardío de las cesantías a la actora.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita:

- Que se declare que la señora Hilda Cueto Díaz tiene derecho a que la Nación - Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Bolívar – Secretaria de Educación Departamental de Bolívar le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
- Que se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio y el Departamento De Bolívar – Secretaria de Educación Departamental De Bolívar a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a la actora, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber

**13001-33-33-005-2018-00236-01**

radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

- Que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio y el Departamento De Bolívar – Secretaria de Educación Departamental De Bolívar a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A)
- Que se condene a la Nación - Nación - Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio y el Departamento De Bolívar – Secretaria de Educación Departamental De Bolívar al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.
- Que se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio y el Departamento De Bolívar – Secretaria de Educación Departamental De Bolívar al reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre la suma ordenada en la sentencia que ponga fin a este proceso a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria del fallo judicial hasta que se realice efectivamente el pago.
- Que se condene en costas a la parte demandada de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

### **3.1.3 Normas violadas y concepto de violación.**

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: Ley 91 de 1989; Art. 5 y 15, Ley 244 de 1995; artículos 1 y 2, Ley 1071 de 2006; artículos 4 y 5.

La parte demandante hace alusión a que la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 fueron expedidas para regular la situación particular del pago de

13001-33-33-005-2018-00236-01

las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, de los 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago año servidor, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento, muy a pesar de ello y de que la jurisprudencia ha entendido que no se debe superar los 65 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, la entidad demandada cancela por fuera de los términos establecidos en la ley, generándose la sanción moratoria.

### 3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.<sup>3</sup>

La entidad accionada contestó la demanda por dentro del término establecido en la Ley, oponiéndose a las pretensiones de la demandante al considerar que carecen de sustento factico y jurídico necesario para que prosperen y en caso de que las mismas prosperen, se declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente solicitadas dentro de los 3 años siguientes a la exigibilidad del derecho.

Propuso como excepción, las siguientes:

1. Falta de integración del litisconsorcio necesario.
2. Prescripción.
3. Cobro de lo no debido.

## IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

### 4.1. Sentencia De Primera Instancia.

Mediante sentencia dictada en audiencia de fecha veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)<sup>4</sup>, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda.

Sostuvo el A quo que los docentes, así como los demás servidores públicos tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, y así mismo señaló, que pese

<sup>3</sup> Folio 52-61 cdr.1

<sup>4</sup>**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción extintiva del derecho propuesta por la parte demandada, conforme a la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demandada.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandante, conforme a lo previsto en los artículos 365 y 366 del CGP. Se liquidarán por Secretaría en firme la sentencia. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$ 85.818, 81, según lo explicado en la parte motiva.

**CUARTO:** en firme archívese previas las anotaciones en el Sistema Justicia XXI."

13001-33-33-005-2018-00236-01

haberse evidenciado que la entidad demandada incumplió los términos fijados por la mencionada ley, la demandante dejó transcurrir los tres años antes de hacer la reclamación administrativa de la sanción moratoria.

#### **4.2. Recurso de Apelación.<sup>5</sup>**

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se modifique la sentencia de primera instancia que declaró la prescripción del derecho y en tal sentido, se conceda la sanción por mora por el no pago dentro del término de las cesantías.

Sostiene el apelante que el criterio del A quo resulta reprochable en el entendido que la fecha de prescripción no puede ser tenida en cuenta, por cuanto no se está en presencia de un verdadero derecho laboral. A su vez, hace alusión a que el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que la sanción moratoria no es un derecho laboral sino una penalidad de carácter económico y que la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 no especifica un término prescriptivo y que por esta razón se debe ir a lo que sobre el mismo trae el Código de Procedimiento Laboral. En ese sentido, sostiene que para el Consejo de Estado no es claro el tema de prescripción que debe aplicársele a la sanción moratoria.

Arguye que la pérdida de calidad de derecho laboral de la sanción moratoria, debe entenderse que la prescripción trienal no debería aplicársele y que por remisión normativa habría que ir a las normas de derecho civil, la cual establece que la prescripción ordinaria es de 5 años y no de 3.

Por último, sostiene que, el hecho que la cesantía se haya extendido tanto en el tiempo da muestra de la desidia de la administración para realizar el pago de las mismas, un tiempo que se torna excesivamente amplio si se tiene en cuenta cual es el objetivo de las cesantías según las normas laborales, que el más remoto de los casos da pie para que la prescripción sea declarada de forma parcial y no completa.

#### **4.3. Trámite procesal segunda instancia.**

Con auto de fecha diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021)<sup>6</sup>, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante

<sup>5</sup> Folio 85 cdr.1

<sup>6</sup> Folio 4 cdr.2

13001-33-33-005-2018-00236-01

auto del veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021)<sup>7</sup>, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

#### **4.4. Alegaciones.**

La parte demandante NO presentó alegatos de conclusión.

La parte demandada NACION-MIN-EDUCACION-FOMAG<sup>8</sup> presentó alegatos de conclusión.

#### **4.5. Concepto del Ministerio Público.<sup>9</sup>**

El Ministerio Público emitió concepto de fondo, solicitando que sea revocada la sentencia de primera instancia al considerar que en el presente caso se esta ante la prescripción parcial del derecho reclamado, debiéndose conceder parcialmente las pretensiones de la demanda en lo que respecta al lapso en mora que no fue cobijado por dicho fenómeno jurídico.

### **V. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el 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.

### **VI. CONSIDERACIONES**

#### **6.1. COMPETENCIA.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual “el juez de segunda

---

<sup>7</sup> Folio 8 cdr.2

<sup>8</sup> Folio 20 cdr.2

<sup>9</sup> Folio 12 cdr.2

13001-33-33-005-2018-00236-01

*instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”.*

## **6.2. Problema jurídico.**

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

*¿Operó o no el fenómeno de la prescripción respecto a la sanción moratoria a que tenía derecho la señora Hilda Cueto Díaz, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas?*

## **6.3. Tesis de la Sala.**

La Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles, por lo cual, al no presentarse la reclamación de forma oportuna, en el presente caso ha operado el fenómeno de la prescripción de las pretensiones referentes a la sanción moratoria correspondiente a la Ley 244 de 1995; conforme se expondrá en la parte considerativa de esta providencia.

## **6.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

### **6.4.1. De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes.**

La sanción moratoria se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995, la cual en su artículo 1 prescribe, que los servidores públicos de todos los órdenes, pueden solicitar las cesantías ante la entidad patronal, a quien le asiste la obligación de expedir la resolución correspondiente dentro de los 15 días hábiles siguientes a su presentación, si reúne los requisitos determinados por la ley. Cuando la solicitud está incompleta se debe informar al solicitante dentro de los 10 días hábiles siguientes a su recibo, señalándole de manera expresa los requisitos faltantes, y una vez aportados, esa solicitud se debe resolver dentro de los 15 días hábiles siguientes.

De igual forma, preceptuó en su artículo 2º que la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

13001-33-33-005-2018-00236-01

En el párrafo del citado articulado, se señaló que, en caso de mora en el pago de esas cesantías definitivas, la entidad incumplida debe reconocer y cancelar al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que su pago se haga efectivo, para lo cual solo basta la acreditación de la no cancelación dentro del término legal previsto. Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.

Ahora bien, se debe precisar que la Ley 91 de 1989, modificada por el Decreto 2831 de 2005, norma que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma especial reguló lo atinente al reconocimiento y pago de las cesantías del sector docente, en la cual no se contempló la figura de la sanción por mora, situación que ha generado controversias y posiciones encontradas al respecto.

No obstante, el H. Consejo de Estado<sup>10</sup>, en proveído cuyos fundamentos se comparten, ha reconocido la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector públicos<sup>11</sup>, siendo esta posición, a criterio de esta Sala de Decisión, la que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral y al de igualdad material de los docentes frente a los otros servidores públicos que sí se ven cobijados por dicha prerrogativa.

Así las cosas, ha de concluir la Sala que para el caso de los docentes del sector público también resulta aplicable la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Asimismo, se tiene que la entidad cuenta con 70 días para efectuar el pago, cuando la prestación haya sido solicitada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y con 65 días si la solicitud se da con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma. Ahora bien, la Sala encuentra pertinente traer a colación la reciente Sentencia de unificación de la sección segunda del Consejo del Estado que sentó jurisprudencia en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y definitivas, en los siguientes términos:<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Consejo de Estado- Sección Segunda del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B". M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación No. 23001-23-31-000-2004-00069-02(0859-08). actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo. sentencio del 21 de mayo de 2009.

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN 13- Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELE-Bogotá, D.C. veintidós (22) de enero de dos mil quince(2015)- Radicación número: 73001-2331-000-2013-00192-01(0271-14J-Actor: YANETH LUCIA GUTIERRI2 GUTIÉRREZ-Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MUNICIPIO DE IBAGUÉ (TOLIMA)-Referencia: AUTORIDADES NACIONALES - LEY 1437 DE 2011.

<sup>12</sup> Sentencia de unificación Sentencio SUJ-012-52 Bogotá D.C., 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-234• 000-2014-00580-01 No. Interno: 4961-2015 Demandante: Jorge Luis Ospino Cardona Medro de control: Nulidad y

13001-33-33-005-2018-00236-01

- (i) *En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; iii) 45 días para efectuar el pago.*
- (ii) *Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al Interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.*
- (iii) *Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*

En ese orden de ideas, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa<sup>13</sup> establece que, de conformidad con la regla jurisprudencial fijada por la Sección Segunda de dicha Corporación, la sanción moratoria es exigible de acuerdo a distintas hipótesis que se pueden apreciar en el siguiente cuadro que se transcribe:

---

Restablecimiento del Derecho Demandados: Noción, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima Artículo 69 CPACA.

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de fecha 18 de julio de 2018. Radicado No. 73001233300020140058001 (4961-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

13001-33-33-005-2018-00236-01

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTIA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal <sup>118</sup>	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

#### 6.4.1. Prescripción trienal en la sanción moratoria.<sup>14</sup>

La prescripción es el fenómeno a partir del cual, el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el sólo 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 en una norma, se pierde la oportunidad para ejercerlos ante la ausencia del interés que presume el legislador, por parte de quien ostenta el derecho.

Ahora bien, en Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016<sup>15</sup> se sostuvo que las disposiciones que introdujeron la sanción moratoria en el ordenamiento jurídico no consagraron un término de prescripción, sin embargo, ello no significaba que esta sea imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones permanentes.

En ese sentido, la Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016, fijó la regla jurisprudencial según la cual la sanción moratoria está sujeta al término prescriptivo señalado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esto es que la reclamación del empleado sobre un derecho o prestación debida, tendrá que efectuarse dentro de los

<sup>14</sup> Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016.

<sup>15</sup> C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

**13001-33-33-005-2018-00236-01**

3 años, so pena de la prescripción, término que es susceptible de interrupción a través del simple reclamo escrito del trabajador, pero solo por un lapso igual, es decir, un trienio.

En sentencia reciente, la Sección Segunda-Subsección B del H. Consejo de Estado al hacer relación a la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-022-2020 del 06 de agosto de 2020<sup>16</sup> señaló que el término prescriptivo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible, el cual, de manera concreta, en las obligaciones sometidas a plazo, surge a partir del vencimiento de éste.

Además, precisó en la misma providencia que la causación de la sanción por mora es totalmente independiente a la prestación social, y su nacimiento no está condicionado al reconocimiento de la cesantía, ocurriendo de pleno derecho por el incumplimiento del pago por parte del empleador dentro de los términos de ley. Sin embargo, ello no se confunde con la extensión de la penalidad en el tiempo, que sí está directamente asociada a que se efectúe la cancelación de la prestación social.

Ahora bien, esta misma Corporación sostuvo que si bien las reglas fijadas en la sentencia de unificación fueron establecidas respecto de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías anualizadas reguladas por la Ley 50 de 1990, estas son igualmente aplicables frente a la sanción relativa al reconocimiento y pago extemporáneo de cesantías definitivas o parciales, regidas por las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues lo que varía en estos casos es el momento en que se hace exigible la sanción moratoria y no el criterio cómo debe contarse la prescripción a partir de su exigibilidad.

En ese sentido, la sanción moratoria si está sometida al fenómeno de la prescripción trienal y la fecha desde la cual se contabiliza, es a partir del momento en que la obligación se hace exigible, a partir de allí existe la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de tres (3) años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción extintivo.

En ese orden, estudiado el anterior marco normativo y jurisprudencial, se pasa a analizar el caso concreto y los hechos probados en el caso de marras.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección B, sentencia del 16 de octubre 2020. Rad. 08001-23-33-000-2015-90128-01(1941-17) C.P. CÉSAR PALOMINO CORTÉS

13001-33-33-005-2018-00236-01

## 6.5. CASO EN CONCRETO.

### 6.5.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos:

- Volante de BBVA donde consta que las cesantías a favor de la señora Hilda Cueto Díaz estuvieron a disposición desde el 11 septiembre de 2013 y fueron efectivamente canceladas el 16 de septiembre de 2013.<sup>17</sup>
- Resolución 1269 del 19 de julio de 2013, “por la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para una compra de una vivienda a favor de CUETO DÍAZ HILDA LEONOR”.<sup>18</sup>
- Certificado de los factores salariales devengados en el año 2011 a 2013 expedido por FOMAG.<sup>19</sup>
- Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral.<sup>20</sup>
- Reclamación administrativa radicada por la señora Hilda Leonor Cueto Díaz en fecha del 11 de agosto de 2016, donde se solicita el reconocimiento y pago de sanción moratoria Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.<sup>21</sup>

### 6.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Descendiendo al *asunto objeto de estudio*, se tiene que la parte demandante sostiene en el recurso de apelación interpuesto, que no ha operado el fenómeno de prescripción tal y como sostuvo el *A quo* y manifiesta que el fenómeno de prescripción no es aplicable a la sanción moratoria por no ser este, un verdadero derecho laboral y por la supuesta falta de claridad si este debe ser aplicable o no por parte de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

En la sentencia apelada se consideró que la demandante si tiene derecho al pago de sanción moratoria por cuanto la entidad no cumplió con el pago oportuno de las cesantías, no obstante, sostuvo que el derecho de la demandante había prescrito, por cuanto el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible desde el 25 de abril de 2013 y la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria realizada por la actora tiene fecha del 11

---

<sup>17</sup> Folio 12 cdr.1

<sup>18</sup> Folio 14-17 cdr.1

<sup>19</sup> Folio 18 cdr.1

<sup>20</sup> Folio 20 cdr.1

<sup>21</sup> Folio 22 cdr.1

13001-33-33-005-2018-00236-01

de agosto de 2016<sup>22</sup>.

Antes de resolver el problema jurídico planteado, esta Sala analizará frente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías se generó sanción moratoria, de la siguiente manera:

<b>Actuación</b>	<b>Fecha máxima en que se debía efectuar</b>	<b>Fecha en que se efectuó.</b>
<b>Solicitud de las cesantías</b>	NA	11 de enero de 2013 <sup>23</sup>
<b>Fecha del acto administrativo que reconoció las cesantías</b>	01 de febrero de 2013	19 de julio de 2013
<b>Ejecutoria del acto administrativo (10 días - vigencia del CPACA)</b>	15 de febrero de 2013	02 de agosto de 2013
<b>Pago de la obligación (45 días)</b>	24 de abril de 2013	16 de septiembre de 2013 <sup>24</sup>

De conformidad con lo anterior, esta Corporación evidencia que la entidad demandada incumplió con los términos establecidos en la Ley para el pago de las cesantías reconocidas a la señora Hilda Cueto, toda vez que el plazo de 65 días que dispone la Ley vencía el 24 de abril de 2013, no obstante, el pago estaba disponible desde el 11 de septiembre de 2013<sup>25</sup>.

Así las cosas, efectivamente la accionante tiene derecho a la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, por cuanto la administración excedió el límite estipulado por la norma para reconocer y pagar sus cesantías definitivas, desde el día 25 de abril de 2013 hasta el día que realiza el pago efectivo de las mismas.

En ese orden, una vez resuelto que la demandante si tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se entrará a resolver si dentro del presente asunto se configuró el fenómeno de la prescripción trienal de la sanción moratoria pretendida, teniendo en cuenta que fue el tema objeto de la apelación por parte de la demandante.

Para la parte demandante la sanción moratoria no le es aplicable el

<sup>22</sup> Reclamación administrativa -folio 22 cdr.1

<sup>23</sup> Acto administrativo de reconocimiento 1269 de 2013

<sup>24</sup> Volante de pago BBVA-folio 12

<sup>25</sup> Volante de pago BBVA-folio 12

**13001-33-33-005-2018-00236-01**

fenómeno prescriptivo, aspecto sobre el cual, como ya se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, se pronunció la Sección Segunda en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016<sup>26</sup>, considerando que por tratarse de una sanción no puede ser imprescriptible y que está sujeta al término consagrado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, por lo tanto, pasados los 3 años sin hacer la reclamación laboral se extingue el derecho de la docente a recibir el pago de la sanción.

De igual forma, en el recurso de apelación argumentó que las normas aplicables respecto al fenómeno de prescripción en el presente caso deberían ser las del Código Civil, al respecto, es dable precisar que, si bien el punto de partida de la prescripción extintiva se consagra de manera general en el artículo 2535 del Código Civil, este no es aplicable en materia laboral por cuanto allí existe norma especial y al encontrarnos en el caso objeto de estudio frente a una discusión en torno al reconocimiento de la sanción moratoria por pago inoportuno de las cesantías, es claro que se encuentra relacionada con las normas y derechos laborales, de manera que no sería plausible aplicar las normas del C.C.

Al respecto, la Sección Segunda Subsección B del H. Consejo de Estado en sentencia del 21 de marzo de 2002<sup>27</sup>, sostuvo lo siguiente:

*“(…) No cree la Sala que el vacío normativo que presenta el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, conlleve radicalizar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho salarial o permitir subsidiariamente la vigencia del término veintenario contemplado en el artículo 2536 del C.C., puesto que, en una interpretación sistemática, es preciso reconocer que la PRESCRIPCIÓN de los derechos laborales no previstos en dicha norma se regula por otras disposiciones que establezcan la materia.”*

En este sentido, es de recibo aplicar el trienio prescriptivo que se enuncia en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y que consagra este fenómeno para “*las acciones que emanen de las leyes sociales*”, norma que por su carácter de orden público y ante la ausencia de precepto normativo de carácter especial, es viable para suplir esta falencia por aplicación analógica. La Ley 153 de 1887 artículo 8° al preceptuar los principios de interpretación jurídica, acepta como regla de hermenéutica la analogía cuyo alcance se explica en que “*Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes,*”.

<sup>26</sup> C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>27</sup> C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado. Rad Interno. 4238-2001

**13001-33-33-005-2018-00236-01**

Ahora bien, teniendo en cuenta que la sanción moratoria si se encuentra sujeta al fenómeno de prescripción dispuesto en el artículo 151 del C.P.L., es dable precisar que ésta equivale a un día de salario por cada día de retardo en el pago, contados desde el día siguiente al que se hizo exigible la obligación respecto de las cesantías, teniendo en cuenta además que, es una sanción que corre independiente a la cesantía como tal, al causarse de forma autónoma por el simple incumplimiento del plazo legal para el pago de las cesantías.

Por lo anterior, esta Corporación evidencia que el **24 de abril de 2013** se venció el plazo previsto por el legislador para el pago de las cesantías definitivas, es decir, que a partir del **25 de abril de 2013** empezó el período de mora por el cual se pretende sancionar a la entidad. Luego entonces, comoquiera que la petición del reconocimiento se radicó el **11 de agosto de 2016**<sup>28</sup>, quiere decir que transcurrieron los tres años de que trata la norma y la jurisprudencia para que operara el fenómeno prescriptivo, dado que la actora contaba hasta el **25 de abril de 2016**, para presentar la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Así las cosas, tal y como consideró el A quo, no hay lugar a pago alguno por concepto de prestaciones sociales y sanción moratoria por haber operado el fenómeno prescriptivo extintivo de los derechos reclamados, por el no pago de las cesantías definitivas.

En ese orden de ideas, estima la Sala que se debe confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena que consideró que no habría lugar a pago alguno por concepto de sanción moratoria al haber operado el fenómeno prescriptivo extintivo de los derechos reclamados.

#### **6.6. CONDENA EN COSTAS.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

<sup>28</sup> Ver folios 22 cdr.1

13001-33-33-005-2018-00236-01

## VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida en audiencia de fecha veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO:** Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

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

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

### LOS MAGISTRADOS

  
JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

**MOISÉS DE JESÚS RODRIGUEZ PÉREZ**

**Con incapacidad**

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Las anteriores firmas corresponden a la sentencia de segunda instancia proferida dentro del Proceso Radicado con el No. 13001-33-33-005-2018-00236-01.