

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

SALA SEXTA DE DECISIÓN

M. P.: Dr. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Neiva, veintiséis (26) de marzo de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	ALICIA ORTIZ AVILES
DEMANDADO	NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO NACIONES DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
PROVIDENCIA	SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 39
RADICACIÓN	41-001-23-33-000-2019-00016-00
APROBADO EN SALA VIRTUAL	ACTA No. 15 DE LA FECHA

ASUNTO

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la primera instancia, siendo competente en razón a la naturaleza del asunto, cuantía y el lugar de ocurrencia de los hechos y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponde.

1. LA DEMANDA. (fls. 4-27 C. Ppal. 1)

ALICIA ORTIZ AVILÉS, por medio de apoderado especial, en ejercicio del medio control de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda a la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y solicita que se declare la nulidad del oficio No. SGG-293 del 29 de julio de 2018, proferido por el municipio de Baraya, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las *cesantías anualizadas* causadas en el año 1996 y la sanción moratoria derivada de ello.

También solicita que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 6 de octubre de 2018, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de

las cesantías anualizadas causadas en el año 1996 elevado ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, reclama que se condene al Municipio de Baraya y a la Nación Ministerio de Educación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al pago de las cesantías anualizadas que le adeudan, en el año 1996 y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación de las cesantías.

De manera adicional, peticona que se condene a la parte demandada, a pagar la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, desde la omisión de la consignación de las cesantías causadas en el año 1996, con permanencia en el tiempo hasta cuando se efectúe el pago correspondiente, sanción que debe correr en forma particular para cada una de las anualidades de cesantías que se adeudan y que se actualicen los valores debidos, con base en el índice de precios al consumidor y con los intereses respectivos.

Finalmente peticona que se ordene el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente a la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia, se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 del CPACA y se condene en costas al demandado.

1.1. Con tal propósito refiere los siguientes HECHOS:

- ✓ Que laboró como docente en el municipio de Baraya, según Decreto de nombramiento No. 0011 de 1996 de la Alcaldía Municipal de Baraya y a la fecha presta sus servicios al departamento del Huila, con vinculación coofinanciada.
- ✓ El municipio de Baraya no consignó dentro del plazo fijado las cesantías correspondientes al año 1996, es decir, el 14 de febrero del año siguiente.
- ✓ El 6 de julio de 2018, presentó reclamación administrativa ante la entidad territorial, tendiente al reconocimiento y pago de las cesantías dejadas de consignar y fue negado mediante oficio No. SGG-293 del 29 de julio de 2018.
- ✓ El 4 de julio de 2018 presentó reclamación administrativa en el mismo sentido ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de tal solicitud se configuró el acto ficto negativo el 6 de octubre de 2018.

1.2. Normas violadas y concepto de violación.

Invocó como normas violadas los artículos 13, 25, 83 y 58 de la Constitución Política, 13 y 15 de la Ley 344 de 1946; 1 y 2 del Decreto Nacional 1582 de 1998; 1 y 2 del Decreto Nacional 1252 del 2000, la Ley 91 de 1989 y el Decreto Nacional 3118 de 1968.

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

Afirma que de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, la Fiduciaria La Previsora ha sido la entidad encargada del manejo de los recursos económicos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y que los docentes municipales son servidores públicos, con régimen especial de empleados públicos, pertenecientes al orden municipal, siendo el régimen jurídico vigente y obligatorio de prestaciones sociales para los docentes estatales el establecido en la Ley 91 de 1989.

Hace la distinción entre el personal vinculado hasta el 31 de diciembre de 1989, que mantiene el régimen prestacional del que ha venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes y el personal legalmente vinculado a partir del 1° de enero de 1990, que se regirá por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, contenidas en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, en concordancia con la Ley 60 de 1993.

Señala que existe una diferencia fundamental entre el régimen prestacional de los servidores públicos vinculados antes de la expedición de la Ley 91 de 1989 y los vinculados con posterioridad, conservando los primeros el régimen de liquidación retroactiva, mientras los segundos se rigen por las disposiciones del orden nacional, es decir, tendrán sus cesantías en el régimen de liquidación anualizada.

Se refiere al proceso de afiliación de los docentes al FOMAG, al marco jurídico de la sanción por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos, al principio de igualdad, a la vulneración de los derechos laborales y concluye que las cesantías deben pagarse completa y oportunamente a los trabajadores, so pena de violar sus derechos

fundamentales y que al respecto la doctrina constitucional señala que la creación y aplicación de las normas que versan en materia laboral, entre ellas las obligaciones prestacionales, exigen de los funcionarios competentes especial diligencia, en lo referente a las prerrogativas reconocidas por el sistema jurídico a los trabajadores y bajo la perspectiva del Estado Social de Derecho, tanto el legislador como la autoridad administrativa carecen de atribuciones que impliquen la consagración de normas o la adopción de procedimientos contrarios a las garantías mínimas que la Constitución ha plasmado con el objeto de brindar especial protección a las relaciones laborales.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. MUNICIPIO DE BARAYA (fls. 108-123)

Se opone a todas las pretensiones de la demanda, al considerar que carecen de fundamento jurídico, teniendo en cuenta que la docente tiene vinculación municipal cofinanciado y el marco jurídico no le es aplicable.

Precisa que en virtud de la fecha de ingreso de la demandante como docente del sector oficial, que se presume desde el 7 de febrero de 1996, fecha en que se profirió el Decreto de nombramiento, porque no se evidencia acta de posesión, se encuentra cobijado por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que estableció que los educadores que ingresaran a partir del 1° de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Que pese a acreditarse que el decreto de nombramiento fue expedido por el Alcalde del municipio de Baraya (H), ello no le otorga el carácter de territorial y en tal sentido, no es equiparable a los servidores públicos destinatarios de los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, que contemplaron la obligación a cargo del empleador de efectuar la consignación de las cesantías antes del 14 de febrero de cada anualidad y la sanción por el incumplimiento de dicho plazo.

Sostiene que a la demandante no le es aplicable la penalidad, en razón a que debido a la fecha de su vinculación, está regulado por las normas de los empleados públicos del orden nacional, por lo que no es destinatario de la penalidad extendida por disposición expresa del artículo 1 del Decreto 1582 de 1998, a 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, requisito que no cumple el docente, pues no

reúne la condición de territorial y tampoco se encuentra afiliado a un fondo privado administrador de cesantías de aquellos creados por la Ley 50 de 1990; máxime cuando la finalidad del legislador fue precisamente la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, para atender las prestaciones sociales de los docentes del sector oficial, recursos que provienen por disposición legal de la Nación.

Propone como excepciones las siguientes:

-Prescripción: Aclara que no se encuentra demostrado que el Fondo no tenga a disposición los recursos de las cesantías de la demandante, pero que en caso contrario, propone la excepción de prescripción trienal de los derechos no reclamados dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, siendo claro que la demandante se encuentra reclamando el valor de las cesantías correspondiente al año 1996 y que realizó las reclamaciones en julio de 2018, hace más de 20 años, operando el fenómeno de la prescripción.

-Inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley: Insiste en que en virtud de la fecha de ingreso de la demandante como docente del sector oficial, que se presume el 7 de febrero de 1996, fecha en que se profirió el nombramiento, se encuentra cobijada por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que estableció que los educadores que ingresaran a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicarían las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la Ley 91 de 1989, de acuerdo al numeral 5 de su artículo 2, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Baraya realizó los giros de los recursos necesarios para la afiliación e incorporación de los docentes cofinanciados donde se encontraba la demandada y en ese orden de ideas es responsable el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de las actuaciones correspondientes y debe efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado de conformidad con el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, no se debe exigir responsabilidad al municipio de Baraya.

-Genérica: Cita el artículo 282 del CGP y solicita se reconozca cualquier excepción que resulte probada y que constituya un hecho impeditivo o extintivo de las pretensiones de la parte demandante.

2.2. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fls. 124)

Guardó silencio.

3. AUDIENCIA INICIAL. (fls. 70-78 C. Ppal.)

Mediante auto de 11 de octubre de 2019¹ se fijó audiencia inicial para el 25 de noviembre del mismo año, la cual se llevó a cabo en la fecha dispuesta siguiendo el trámite previsto en el artículo 180 del C.P.A.C.A. y al efecto, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y al no ser necesario fijar fecha para su práctica, se procedió inmediatamente a instalar la audiencia de pruebas en donde se ordenó incorporar al proceso los documentos antes decretados y se corrió traslado de los mismos a las partes para efectos de su contradicción, a lo cual no hubo objeción alguna.

Finalmente, el magistrado sustanciador consideró que no era necesario citar a audiencia para alegatos de conclusión y juzgamiento, conforme a lo previsto en el artículo 181 del C.P.A.C.A., y por ello, corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días siguientes a la audiencia, para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión y luego, en su oportunidad, dictar la sentencia que corresponde (fl. 153-161).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. PARTE DEMANDANTE. (fl. 172)

Guardó silencio.

4.2. MUNICIPIO DE BARAYA. (fl. 163-171)

Afirma que la señora ALICIA ORTIZ AVILÉS, es una docente municipal cofinanciada, que se vinculó por nombramiento realizado por el municipio de Baraya y de acuerdo a la Resolución No. 3895 del 20 de agosto de 2014, inició la prestación de servicios a partir del 7 de febrero de 1996, coincidiendo con el Decreto municipal 0011 de 1996 del 7 de febrero de 1996 y al ostentar la connotación de docente cofinanciada ingresó con la

¹ fl. 148

autorización previa en cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975, lo que hace que hiciera parte del personal nacionalizado según lo señalado en la Ley 91 de 1989.

Que de acuerdo a las pruebas obrantes, se demuestra que el municipio de Baraya consignó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago referente a la anualidad de 1996, según el comprobante de egreso No. 0542 que soporta los recursos depositados a la cuenta del Ministerio de Educación, que tenía por concepto garantizar la afiliación e incorporación de los docentes cofinanciados por la Nación Ministerio de Educación Nacional y el municipio de Baraya.

Precisa que el pronunciamiento que realizó la entidad territorial, mediante oficio No. SGG-293 del 26 de julio de 2018, se realizó conforme a la documentación encontrada en su momento en el archivo del municipio, donde reposaban contratos de prestación de servicios entre el municipio y la demandante por hora catedra en bachillerato nocturno semipresencial durante las vigencias 1996 y 1997, razón por la cual no se reconoció el estatus de docente cofinanciada, al no encontrar en su momento información adicional.

Considera probado que la entidad territorial cumplió con su obligación de transferir los recursos al Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que le correspondía por concepto de las cesantías del año 1996, no siendo predicable exigirle el reconocimiento en el pago de la prestación social ni menos el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Afirma que las entidades territoriales no certificadas en educación como lo es el municipio de Baraya, no les compete cancelar el pago de prestaciones, toda vez que por tratarse de un régimen exceptuado, los recursos para pago de cesantías provienen del ministerio de Hacienda y Crédito Público y son consignados al Fondo, a través de la cuenta denominada Sistema General de Participaciones S.G.P., pero para las cesantías del año 1996, se realizó la transferencia al Ministerio de Educación Nacional FOMAG en el porcentaje que correspondía al municipio de Baraya, al afiliarlo e incorporarlo como docente cofinanciado no existiendo obligación a favor de la demandante.

Solicita se declare probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto al municipio de Baraya.

4.2.1. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MINISTERIO PÚBLICO. (fl. 172)

Guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala *¿establecer si procede anular el oficio No. SGG-293 del 29 de julio de 2018, expedido por el Municipio de Baraya y del acto ficto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio configurado el 6 de octubre de 2018, que niegan la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en el año 1996 y niegan el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías?*

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará: (i) el régimen jurídico de las cesantías para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (ii) exigibilidad de la sanción moratoria y (ii) el caso concreto.

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE

Las cesantías son una prestación social a favor del trabajador que debe pagar el empleador como contraprestación por las actividades que realiza, con el fin de que las utilice para satisfacer sus necesidades en el evento en que cese su vinculación laboral.

El artículo 12 literal f de la Ley 6^a de 1945² prescribe que el monto de esta prerrogativa es equivalente a un mes de salario por cada año de servicios o proporcionalmente al lapso laborado y que solo hay lugar a pagarla una vez culmine la relación laboral, por lo que esta forma de reconocimiento recibió el nombre de régimen de cesantías retroactivo.

Por su parte, la Ley 65 de 1946 en su artículo 1³ extendió dicha garantía, entre otros, a los trabajadores del orden territorial, en los siguientes términos:

² «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo».

³ «Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras».

“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 al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1 de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.”

Parágrafo.- Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias y comisarías y Municipios [...].”

La norma referida reprodujo el Decreto 1160 de 1947⁴ con la aclaración de que el monto de la prestación era equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente al tiempo laborado, si era inferior a ese lapso.

A partir de la expedición del **Decreto 3118 de 1968** se creó el Fondo Nacional del Ahorro como un establecimiento público adscrito al entonces Ministerio de Desarrollo Económico, constituido por las cesantías de los trabajadores oficiales y empleados públicos, cuyo objeto era, entre otros, garantizar el pago oportuno de las cesantías, aplicable a los servidores públicos del orden territorial, quienes se encontraban sujetos al régimen de cesantías dispuesto en las Leyes 6.^a de 1945 y 65 de 1946, esto es, al retroactivo:

“Artículo 27. Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1º 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.”

Por su parte, la Ley 50 de 1990⁵ cambió el régimen de cesantías en el sector privado al anualizado y en el artículo 99 explica las características del mismo así:

“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

⁴ «Sobre auxilio de cesantía».

⁵ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones».

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.”

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996⁶ extendió el régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor (31 de diciembre de 1996), en los siguientes términos:

“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 efectuar 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.”

Mediante el Decreto 1582 de 1998 artículo 1⁷, se amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, en los siguientes términos:

“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.”

Se tiene de lo expuesto, que coexisten dos regímenes de cesantías, las retroactivas que son dables para quienes se vincularon a la administración pública hasta el 30 de diciembre de 1996 y las anualizadas creadas por la Ley 50 de 1990, inicialmente para el sector privado y que por la Ley 344 de 1996 se extendió a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor, el 31 de diciembre de 1996.

Conforme la normativa referida se tiene entonces, que los

⁶ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones».

⁷ «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».

empleados que se vincularon a partir del 31 de diciembre de 1996 les resulta aplicable el régimen de cesantías anualizadas regulado por la Ley 50 de 1990, que dispone la realización de la liquidación anual de dicha prestación social, suma que deberá ser consignada en el respectivo fondo de cesantía, con anterioridad al 15 de febrero del año siguiente, so pena de que el empleador sea sancionado al pago de un día de salario por cada día de retardo.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998 previó la posibilidad para los servidores públicos vinculados con anterioridad a la Ley 344 de 1996 que gocen del régimen de retroactividad, acogerse al de cesantías allí previsto.

Por otra parte, en lo que atañe a la *prescripción* de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, la Sección segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016⁸, precisó:

“i. Sobre las cesantías [...]

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

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

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

2. Sobre la indemnización moratoria [...]

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

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

Como hacen parte del derecho sancionador⁹ y a pesar de que las disposiciones

⁸ Expediente 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁹ «En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción “busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora»

que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal: [...]

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969¹⁰, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]

El segundo supuesto planteado, tiene mayor acogida en la Sala, considerando que si bien es cierto las cesantías anualizadas se causan con corte a 31 de diciembre de cada año y se liquidan con base en el salario devengado en ese año, también lo es que la obligación de consignación en el fondo administrador de cesantías está dispuesta por el legislador, para antes del 15 de febrero del año siguiente, y la mora como tal, se produce ante el desconocimiento de esa fecha, por ende, si a partir de allí surge la obligación denominada “indemnización por mora”, es el salario que el empleado devenga al momento en que surge la mora, el que ha de tenerse como base para la liquidación de la indemnización.

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

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

Conforme al marco normativo expuesto, se debe establecer si la administración incumplió con el pago de las *cesantías anualizadas* de la

¹⁰ «Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11)».

demandante en el año 1996 y en caso afirmativo si procede declarar y ordenar el pago de la sanción moratoria conforme a la ley, esto es, un día de salario por cada retardo, la cual puede verse afectada por la prescripción de no ser reclamada dentro de los tres años siguientes a que se origine.

3. CASO CONCRETO

ALICIA ORTIZ AVILÉS, según certificación de la Secretaría de Educación del Departamento del Huila, prestó sus servicios durante 17 años, 10 meses y 23 días, entre el tiempo comprendido del 07/02/1996 al 30/12/2013 continuos.

Mediante **Resolución No. 3895 del 20 de agosto de 2014**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Secretaria de Educación Departamental, reconoce y ordena el pago de cesantías parciales solicitadas el 5 de febrero de 2014, para compra de vivienda, a la docente cofinanciada ALICIA ORTIZ AVILÉS, siendo reconocida la suma de \$21.295.680, de la cual se descontaron \$6.672.926 por concepto de cesantías ya pagadas, girando la suma de \$14.622.754, CAUSADAS Y LIQUIDADAS DESDE EL 07/02/1996 al 30/12/2013¹¹.

La demandante solicitó por escrito el **7 de julio de 2018**, al Secretario de Educación del municipio de Baraya, el reconocimiento y pago de sus *cesantías anualizadas* causadas en el año 1996 con la respectiva indexación y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995¹².

Mediante oficio No. SGG 293 del 26 de julio de 2018, el municipio de Baraya niega la solicitud, al considerar que la sanción moratoria por el no pago de las cesantías de la vigencia 1996, a la fecha, se encuentra prescrita¹³.

De lo referido se destaca que teniendo en cuenta que lo que se reclama por la parte actora, es el pago de las cesantías anualizadas de 1996 con la indexación más la sanción moratoria y que sus cesantías fueron reconocidas, liquidadas y pagadas el 20 de agosto de 2014, mediante la citada Resolución No. 3895, en la que se indica que se toman los reportes anuales de cesantías, por 6443 días, desde el año 1997 al año 2013, es claro que es este acto administrativo el que definió el derecho particular y concreto solicitado por la demandante, pues con el mismo se definió y resolvió de manera concreta las cesantías anualizadas adeudadas a la

¹¹ Fls. 46-49

¹² Fls. 37-41

¹³ Fls. 28-36

demandante desde el momento de su vinculación, consolidando de esta manera la situación jurídica de la actora, en tanto como se afirmó que contiene la liquidación de la cesantías.

De esta manera, si el propósito de la demandante es el reconocimiento y pago de las cesantías del año 1996, a criterio de la Sala, era preciso demandar mediante el presente medio de control el acto que primigeniamente las liquidó, esto es, para el caso en concreto, la Resolución No. 3895 del 20 de agosto de 2014.

Si bien la actora solicitó por escrito el **7 de julio de 2018**, al Secretario de Educación del municipio de Baraya, el reconocimiento y pago de sus cesantías anualizadas causadas en el año 1996 con la respectiva indexación y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, dicha petición no puede revivir ni modificar una situación jurídica particular y concreta que ya hizo tránsito a cosa decidida, en tanto no es posible alterar en este caso, la liquidación ya efectuadas en la citada Resolución que reconoce y ordena el pago de las cesantías.

Precisa la Sala que el Consejo de Estado – Sección Segunda- en Auto del 14 de marzo de 2019, **C.P.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación:** 66001-23-33-000-2014-00507-01 (2095-2017), reitera la tesis sobre la improcedencia de revivir actos administrativos que tienen la condición de “**Cosa decidida en materia administrativa**”, así:

“Esta sección ha considerado que una vez vencido el plazo para demandar la nulidad del acto particular que definió la situación jurídica del interesado, la parte demandante no puede pretender revivir los términos de caducidad, así: « [...] En estos términos el demandante debió comparecer ante la jurisdicción con el fin de obtener la nulidad de los actos primigenios que afectaron su situación particular ajustándose a los plazos establecidos por el legislador para que no quedase indefinidamente sometida su situación a una controversia jurídica, y de encontrarse violatorios de normas superiores, excluirlos del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado, tal como lo prevé el artículo 136 del Decreto 01 de 1984. ¹⁴

Además, en gracia de discusión, de accederse a la nulidad de los actos acá demandados, quedarían indemnes los efectos de los actos primigenios, razón que evidencia con más fuerza la indebida formulación del libelo demandatorio.

En conclusión, cuando lo solicitado es la declaratoria de nulidad de actos administrativos, la determinación exacta y precisa de lo que se demanda, exige la inclusión de todos aquellos actos que constituyan y contengan la voluntad de la administración, para mantener la coherencia y unidad entre los actos

¹⁴ Nota fuera de texto: Hoy artículo 164 del CPACA término para presentar la demanda.

jurídicos que permanezcan vigentes en el ordenamiento luego de proferido un fallo judicial, so pena de obtener una decisión inhibitoria [...]»¹⁵.

En consecuencia, para el caso que nos ocupa, es la Resolución No. 3895 del 20 de agosto de 2014, que reconoce y ordena el pago de las cesantías, la que ha debido demandarse, pues es en esta es que se reconoce el derecho y se liquida el monto las cesantías, es decir es el acto que puso fin a la situación jurídica concreta de la docente demandante.

En ese orden de ideas, como la demandante no impugna el acto que reconoce, liquida y ordena el pago de sus cesantías, en los términos del numeral 5° del artículo 100 del CGP que establece como excepción previa la ineptitud sustantiva de la demanda por la falta de los requisitos formales, en concordancia con el artículo 162 y 163 de la Ley 1437 de 2011 que precisan que “*cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión*”, es del caso declarar probada tal excepción, ya que como bien se observa ello no se cumplió en el proceso, en razón a que no se demanda el acto administrativo que corresponde.

En cuanto a la sanción moratoria reclamada de manera subsidiaria, siendo que tal pretensión deviene de lo decidido en el acto administrativo que no fue objeto de demanda, la situación concreta derivada de la resolución a través de la cual se reconocieron las cesantías. Por lo tanto, al ser subsidiaria a la pretensión de reconocimiento y pago de las cesantías del año 1996, sigue la misma suerte de la pretensión principal, por lo que también se configura la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Se agrega que si bien la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda tiene carácter de previa y es preciso abordarla desde la audiencia inicial, esto no es un impedimento para declararse en la sentencia cuando se encuentra probada la misma como es en el presente caso, que de manera posterior al análisis probatorio en conjunto de las pruebas decretadas y practicadas, se advirtió la procedencia de declararla y de manera adicional el Consejo de Estado también ha declarado esta excepción en la sentencia en diversos pronunciamientos, se trae a colación la sentencia de la Sección 2, Subsección B, del 26 de noviembre de 2018, radicación 08001-23-33-000-2014-00-188-01 (3933-15) CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Aunado a lo anterior, en gracia de discusión, en el escenario de que se omitiera la declaración de la anterior excepción, la Sala resalta que en ese evento procedería declarar la excepción de prescripción del derecho al

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado 25000-23-25-000-2011-01002-01 (2143-2013).

verificarse que la docente dejó vencer el término trienal para reclamarlo a partir del momento en que se hizo exigible.

De lo expuesto, la Sala concluye que procede la declaración de oficio de la excepción de *ineptitud sustantiva de la demanda por la falta de los requisitos formales* y se niegan las pretensiones de la demanda.

4. CONDENA EN COSTAS

En cuanto a las costas¹⁶, la Sala acoge lo expuesto por el Consejo de Estado, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la *facultad de disponer sobre su condena*, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, como lo es que aparezcan causados y comprobados los gastos en que pudo incurrir la parte vencedora del litigio, en consonancia con el artículo 365 del C.G.P. para los efectos de la liquidación; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas y se acerque más a un criterio valorativo-objetivo.

En recientes decisiones, el Consejo de Estado precisó que tal condena solo procede en cuanto aparezcan probados los gastos en que incurre la parte vencedora del proceso.¹⁷

En este caso, no habrá condena en costas pues se constata que no se causaron gastos y/o agencias en derecho que aparezcan acreditadas en el proceso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Sexta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹⁶ Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 8 de febrero de 2018. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-42-000-2012-00742-01(3695-16) y Sección Cuarta. **Sentencia del 28 de febrero de 2019.** C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad.: 20001-23-33-000-2014-00022-01(22160)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de *ineptitud sustantiva de la demanda por la falta de los requisitos formales*.

SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda.

TERCERO: SIN condena en costas.

CUARTO: ACEPTAR la renuncia al poder conferido por el Municipio de Baraya, presentada por el abogado HERNAN MAURICIO PAREDES RIAÑO (fl. 191). Por Secretaría líbrese la comunicación de que trata el artículo 76 del Código General del Proceso

QUINTO: ACEPTAR la renuncia al poder conferido por la demandante, presentada por la abogada LINA PAOLA SUAREZ BEDOYA (fl. 196). Por Secretaría líbrese la comunicación de que trata el artículo 76 del Código General del Proceso

SEXTO: En firme la presente sentencia archívese el expediente, una vez realizadas las correspondientes anotaciones en el software de gestión.

NOTIFÍQUESE

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado Ponente

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada
(Ausente con permiso)

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado