Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla D.E.I.P., septiembre treinta (30) de dos mil diecinueve (2019)-

Radicado	08-001-33-33-006-**2016-00042**-00.
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	**Edmundo José Venecia Pacheco.**
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Soledad - Secretaría de Educación Municipal.
Juez (a)	**LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ.**

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por Edmundo José Venecia Pacheco contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional -Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Municipio de Soledad - Secretaría de Educación Municipal de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES.

2.1- Demanda.

Para mejor comprensión del asunto, el Despacho compendia los hechos expuestos de la siguiente manera:

-. Que se declare la **Nulidad del Oficio No. S.E.S. 053-2015**, que da respuesta a la petición presentada el **20 de febrero de 2015**, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora al demandante, establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006.

-. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Soledad - Secretaria de Educación Municipal, a que se le reconozca y pague al demandante la **sanción por mora** establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) 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.

-. Condenar a las demandadas al pago de indexación sobre los valores o diferencias a las que haya lugar a consecuencia del retardo del pago de las cesantías, liquidada hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

-. Condenar a las demandadas al pago de intereses moratorios sobre los valores o diferencias a las que haya lugar a consecuencia del retardo del pago de las cesantias, a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia, hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la misma.

2.2- Hechos:

1.- Que por medio de la Resolución No.000157 de 14 de diciembre de 2011 le fue reconocida la cesantía al señor Edmundo José Venecia Pacheco.

2.- Que la cesantía fue cancelada al demandante el 15 de mayo de 2012 por intermedio de entidad bancaria.

3.- Que el demandante presentó solicitud para el pago de las cesantías el 1o de agosto de 2011, siendo el plazo para cancelarlas, el 10 de noviembre de 2011, no obstante, se realizó el 15 de mayo de 2012, por lo que transcurrieron 184 días de mora, contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad demandada para cancelarlas hasta el momento en que se efectuó el pago.

4.- Que el 20 de febrero de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del pago de sus cesantías, petición que fue resuelta de manera negativa a las pretensiones del demandante a través del **Oficio No. S.E.S. 053-2015.**

2.3. Alegatos.

2.3.1. Parte Demandante: Edmundo José Venecia Pacheco.

El apoderado judicial del demandante se reiteró de los fundamentos fácticos de la demanda con los que demuestra que la cesantía fue cancelada con un retardo de 105 días, generando ese incumplimiento un valor de la mora de $14.491.328, circunstancia por la que solicita se dé aplicación a la sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018 del Consejo de Estado, por el no pago oportuno de esta prestación social.

2.3.2. Parte Demandada: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La apoderada judicial del FOMAG solicitó al Despacho no acceder a las pretensiones de la demanda, no obstante advirtió que en caso de resultar vencida, dentro del contexto de la condena en costas, se tengan en cuenta los aspectos del turno y la disponibilidad presupuestal de la entidad para poder pagar oportunamente las cesantías, para lo cual manifestó acogerse a la aplicación de la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018.

Seguidamente adujo la improcedencia de la indexación, por no tratarse esa pretensión en particular de un derecho laboral, sino, de una penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo las cesantías, no resulta procedente ordenar el reajuste a valor presente de la prestación. Adicionalmente indicó que según el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para que sean procedentes los pagos por concepto de mora se debe de demostrar la mala fe por parte del empleador, contrariando la realidad administrativa, ya que las entidades del estado están sujeto a unas formalidades establecidas en la ley.

Finalmente, el FOMAG se refirió a la responsabilidad del ente territorial en el pago tardío o extemporáneo de las cesantías.

2.3.3. Parte Demandada: Alcaldía Municipal de Soledad - Secretaría de Educación Municipal.

La apoderada judicial de la entidad territorial solicitó al Juzgado declare, sean denegadas las pretensiones de la demanda, para lo que argumentó que a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no le son aplicables las disposiciones de la Ley 1071 de 2006, por que la sanción moratoria pretendida es improcedente. Adicionalmente expuso sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva del Municipio de Soledad frentes las pretensiones de la demanda, sin dejar de lado, que se reiteró de la excepción de prescripción.

2.4. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Judicial delegada en asuntos administrativos ante este Despacho no rindió concepto dentro del presente asunto.

2.5.- Actuación Procesal.

La demanda fue presentada el 18 de abril de 2016[1] ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, siendo asignada por reparto a este estrado judicial, siendo admitida a través de providencia de 8 de julio de 2016.[2]

Notificado el auto admisorio en debida forma a las demandadas, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó en tiempo su contestación de demanda en memorial de 15 de septiembre de 2016[3], mientras que el Municipio de Soledad contestó la demanda en escrito de 27 de septiembre de 2018[4]

Surtido el trámite de las excepciones con su correspondiente traslado de 16 de diciembre de 2016[5], fue señalada fecha y hora para el desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. a través de proveído de 7 de febrero de 2017[6].

La audiencia inicial se llevó a cabo el 22 de marzo de 2017[7], en donde fueron ordenadas pruebas documentales, de las que una vez allegadas se les corrió traslado el 11 de junio de 2019[8].

En proveído de 27 de junio de 2019[9] fue declarado precluido el periodo probatorio y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos, término que fue aprovechado por el demandante a través de memorial de 9 de julio de 2019[10] y por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien lo descorrió a través de actuación de 15 de julio de 2019[11]. Por su parte, el Municipio de Soledad alegó de conclusión a través de memorial de 16 de julio de 2019[12].

Fenecida la oportunidad para presentar alegatos, la Secretaría hizo ingreso del expediente al Despacho, para dictar la sentencia que en derecho corresponda.

2.6.- Control de Legalidad.

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procederá a dictar la sentencia correspondiente.

III.- CONSIDERACIONES

3.1.- Problema Jurídico.

El problema jurídico en el presente asunto se contrae en determinar si, debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado, Oficio S.E.S. 053-2015, y por consiguiente, si le asiste razón al actor al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006. O si por el contrario, ha de prosperar la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo.

3.2.- Tesis.

El Despacho sostendrá la tesis que aunque se demostró que hubo retardo del cumplimiento de pago de cesantías por parte de la demandada, las pretensiones no tienen vocación de prosperidad, en razón a que la solicitud del pago de la sanción moratoria se hizo estando vencido el plazo de los tres (3) años consagrado por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

---

[1] Fl.78.
[2] Fls.88-89.
[3] Fls.105-114.
[4] Fls.122-131.
[5] Fl.166.
[6] Fl.167.
[7] Fls.210-213.
[8] Fl.244.
[9] Fl.246.
[10] Fls.257-265.
[11] Fls.266-281.
[12] Fls.282-294.

3.3.- Marco normativo y jurisprudencial.

Sea lo primero indicar que, conforme lo sostuvo la sentencia del 12 de octubre de 2016 de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado *" El auxilio de cesantía es una prestación social de creación legal que debe pagar el empleador al trabajador por los servicios prestados en el evento en que llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda"*[13].

En ese sentido se tiene que, primeramente el auxilio de cesantía se encontraba consagrado en el literal f) del artículo 12° de la Ley 6ª de 1945, el cual la reconocía como un derecho de carácter prestacional a favor de los trabajadores oficiales, a cargo del empleador a razón de un mes de salario por cada año de trabajo y proporcionalmente por las fracciones de año. Seguidamente, con el artículo 1° de la Ley 65 de 1946 fue extendido dicho auxilio a todos los empleados de carácter permanente al servicio de la Nación de todas las Ramas del Poder Público, incluyendo departamentos, intendencias, comisarias, municipios y particulares.

En ese orden cronológico, fue expedido el Decreto 3118 de 1968, por medio del cual fue creado el Fondo Nacional del Ahorro, el cual consagró como uno de sus objetivos el del pago oportuno de las cesantías a los empleados y trabajadores oficiales, así como que la la obligación de administrar las cesantías a su cargo, surgía una vez se efectuara la liquidación respectiva, en virtud del reconocimiento, al tenor de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del mencionado Decreto, los cuales a su vez, establecieron las liquidaciones anuales y definitivas por retiro bajo el régimen de retroactividad, al siguiente tenor:

> *"Artículo 28°.- Liquidación año de retiro. En caso de retiro del empleado o trabajador, el respectivo Ministerio, departamento administrativo, superintendencia, establecimientos públicos o empresa industrial y comercial del Estado, liquidará la cesantía que corresponda al empleado o trabajador por el tiempo servido en el año de retiro."*

Luego con la expedición de la Ley 344 de 1996, fue concebido el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos vinculados a partir de su vigencia, así:

> *"Artículo 13°.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*
>
> *a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
>
> *b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo;*
>
> *El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo.*
>
> *Parágrafo.- El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional."*

En ese sentido, conforme al literal b) del artículo 13° trascrito, y el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 se hizo extensiva la normatividad relativa a cesantías, que fuera compatible con la liquidación anualizada allí ordenada y particularmente se remitió a lo previsto en los artículos 99, 102 104 de la Ley 50 de 1990, el primero de los cuales establece:

---

[13] *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-00874-01 y número interno 1325-16.*

> *"Artículo 99.- 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 de los 12% anuales o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*
>
> ***3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo."*** *(Subrayado y negrillas nuestras).*

Sobre este punto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, adujo:

> *"En ese orden, se puede decir 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."*

Ahora bien, en lo que concierne a la sanción moratoria, varias son las situaciones en las que se puede ver inmerso el servidor público frente al reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, tal y como lo precisó el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, expediente N° 150012333000 201300480 02 (1447-2015), la cual en su parte motiva concluyó:

> *" (...)*
>
> *Entonces, como la administración no acepta la existencia de mora en el pago de las cesantías, y menos reconocerá de manera libre y espontánea la indemnización, el interesado deberá provocar decisión en tal sentido y para el efecto tiene que solicitar el reconocimiento de la indemnización prevista en la ley para cuando el pago de las cesantías no se hace dentro del plazo allí señalado.*
>
> *Ahora, qué sucede ante la solicitud de reconocimiento de la indemnización moratoria?* ***La sentencia del Consejo de Estado de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 27 de marzo de 2007, dijo que se pueden presentar varias hipótesis: (i) Que La administración no resuelva el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías; (ii) Que la administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga; (iii) La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.***
>
> ***También puede ocurrir 1) que reconoce las cesantías oportunamente pero no las paga; 2) Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente; 3) Las reconoce extemporáneamente y no las paga; 4) Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente; 5) Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido****. (...)"* (Subrayado y negrillas del Despacho).

De la jurisprudencia en cita se colige que, en aquellas situaciones en que la administración no resuelva el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías o no las reconoce y por ende, no las paga, como es del caso, es procedente la sanción moratoria.

Así pues, sobre este particular, la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 señaló:

"Ahora bien, con la modificación que surgió con el cambio de liquidación de esa prestación, a ser realizada en forma anual, al empleador le corresponde liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre, y efectuar la consignación de las sumas producto de esa liquidación en el fondo que el empleado elija, a más tardar, el 15 de febrero del año siguiente11. A partir de ese momento, las sumas liquidadas y consignadas por concepto de cesantías, ingresan al patrimonio del empleado, pues son destinadas a la cuenta individual que a nombre del empleado se ha creado en el fondo administrador de cesantías que este haya elegido.

Tales sumas se van incrementando año a año producto de la liquidación y consignación que al empleador le corresponde en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, generando un "ahorro" en su cuenta individual que, salvo las excepciones de ley12, será retirado al momento en que quede cesante.

El ahorro así constituido, puede ser reclamado por el empleado en el mismo instante de quedar cesante, pues precisamente esa es la causal principal para el retiro de las cesantías o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante la relación laboral. Siendo así, en modo alguno se puede afirmar que pierde, en virtud del término extintivo, el ahorro que durante su trayectoria laboral se haya consignado en el fondo respectivo.

Ahora bien, en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por parte del empleador redundaría en su propio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene porqué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador.

Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone.

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." (Subrayado y negrillas nuestras)

Se tiene entonces que, en lo referente a la sanción moratoria en el régimen anualizado de cesantías, en aquellos casos en que el servidor público se encuentre vinculado a la administración, régimen consagrado en el artículo 13° de la Ley 344 de 1996, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 99° de la Ley 50 de 1990, de cuya interpretación se desprende que la sanción moratoria por el reconocimiento y la consignación extemporánea de cesantías se causa a razón de un día de salario por cada día de retardo en dicho reconocimiento y consignación, esto es, con posterioridad al 15 de febrero de cada año.

Por el contrario, en lo que respecta a la sanción moratoria por el tardío reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, las que se producen una vez ha finalizado la relación legal y reglamentaria del servidor público con el Estado, la misma se rige por las disposiciones contenidas en la Ley 244 de 1995 *"por medio de la cual se fijan términos para*

el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones", mora que empieza a partir de la culminación del vínculo laboral del empleado, así lo sostuvo el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en la sentencia mencionada en precedencia:

> *"iii) Límite final de la sanción moratoria producto de incumplimiento en el pago de las cesantías anualizadas*
>
> *La indemnización moratoria está prevista a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago, pero no impone un límite temporal para su reconocimiento, por lo que, en principio, se entendería que corre desde el momento mismo en que se produce la mora hasta cuando se hace efectivo el pago.*
>
> *No obstante, puede ocurrir que el pago de las cesantías anualizadas se extienda en el tiempo, y transcurran no solo días y meses, sino muchos años, e incluso puede permanecer la mora hasta cuando se produzca el retiro del servicio, en tales circunstancias, se han planteado dos teorías en relación con ese límite, una de las cuales determina que se suspende al momento del retiro del servicio, tiempo en el cual cesa la obligación de pagar las cesantías anualizadas, y la otra, que cesa en el instante a partir del cual empieza a correr la mora de las cesantías definitivas.*
>
> *Respecto de la primera posición, se transcribe el siguiente aparte:*
>
> *"Así las cosas, a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho."24*
>
> *Y, en torno a la segunda tesis, se cita el siguiente antecedente:*
>
> *"Importante resulta aquí aclarar que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 199525 .*
>
> *Lo anterior indica que a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la primera de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.*
>
> *Cada una de estas sanciones tienen una finalidad y origen distinto, por lo cual, reitera la Sala que la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía causada a 31 de diciembre, en los términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada de la ley 244 de 1995 pues aquella rige mientras está vigente la relación legal y está a partir de cuándo fenece. Esta última finalidad es la que impide su reconocimiento de manera concurrente."26 (Se resalta).*
>
> ***Si bien es cierto en la segunda de las sentencias citadas, en principio se indica como fecha final de reconocimiento de la indemnización moratoria por la***

inoportuna consignación de las cesantías anualizadas aquella en que se produce el retiro del servicio, también lo es que en párrafo posterior se sostiene que tal sanción por mora cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada de la Ley 244 de 1995, es decir, la sanción por la inoportuna consignación de las cesantías definitivas.

Y evidentemente, entre la fecha del retiro del servicio y la fecha en que empieza a correr la indemnización moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías definitivas, existe un lapso de por lo menos 65 días, durante los cuales se hace la reclamación de las prestaciones definitivas, se expide la resolución para su liquidación, se notifica y queda en firme ese acto administrativo y, finalmente, se realiza el pago dentro del término que prevé la Ley 244 de 1995, por lo que es necesario hacer precisión al respecto.

Como se señaló en la primera de las providencias citadas dentro de este aparte, al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagar las cesantías definitivas, por ende, hasta esa fecha podría correr la sanción producto de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, pues a partir de ese momento empiezan a correr nuevos términos, del lado del trabajador, para reclamar sus prestaciones definitivas, y del lado del empleador, para cumplir los plazos y términos concedidos por la ley para pagar la integridad de las prestaciones definitivas debidas, dentro de las cuales se encuentran las cesantías.

Y como no puede haber simultaneidad o concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias27, es decir, las que se producen a causa de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas y las que surgen de la mora en el pago de las definitivas, deberá tomarse como límite final la fecha de la desvinculación del servicio, para efecto de la causación de la mora en el pago de las cesantías definitivas, acogiendo la primera postura planteada.

Tesis que además ha sido sostenida y es la que se aplica en la jurisdicción ordinaria, tal como se desprende de la sentencia cuyo aparte de trascribe a continuación:

"...cuando finaliza el contrato de trabajo y no ha habido consignación oportuna de saldos de cesantía por uno o varios años anteriores, la indemnización moratoria ocasionada por ello, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, será pagadera sólo hasta el momento en que se termina la relación laboral, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios, porque en caso de incumplimiento en este último evento la que opera es la moratoria contenida en el artículo 65 ya citado."28 (Se resalta)" (Subrayado y negrillas del Despacho)

Siendo ello así, se tiene que el artículo 1° de la Ley 244 de 1995, prevé:

"ARTÍCULO 1o. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

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

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

A su turno, el artículo 2° ibídem señala:

"ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del

servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este." (Subrayado por el Despacho)

De la norma en cita se colige por un lado que, la administración tiene el término perentorio de quince (15) días para emitir el acto administrativo por el cual reconozca las cesantías definitivas de sus empleados, término que empieza a correr a partir de la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido; y por otro, se tiene que, una vez quede en firme dicho acto administrativo, la entidad pública pagadora cuenta con cuarenta y cinco días (45) para ordenar la liquidación y pago de las cesantías definitivas, el cual una vez vencido sin que se haya pagado dicha prestación, empieza a correr la mora del parágrafo del artículo 2°, equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo su pago.

3.4.- Caso concreto.

3.4.1.- Hechos Probados.

Se encuentran plenamente probados los siguientes hechos:

-. Con la copia simple del Resolución No. 000157 del 14 de diciembre de 2011 expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Soledad, se probó que la administración municipal reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial en favor del demandante (Folios 17-19).

-. Con el Formato Único para la expedición de certificados de salarios FIDUPREVISORA de 21 de mayo de 2015 se acreditó los factores salariales devengados por el demandante entre el año 2011 y 2012. (Folios 21)

-. Con la copia del derecho de petición elevado el 20 de febrero de 2015 ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Municipio de Soledad, se probó el momento en que el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de su cesantía parcial. (Folios 22-23).

-. Con la copia del Oficio No. S.E.S 053-2015 (acto acusado), se pudo corroborar que el Municipio de Soledad dio respuesta a la solicitud de pago de sanción moratoria promovida por el demandante el 20 de febrero de 2015, no accediendo a la indemnización pretendida. (Folios 24-28).

-. Con la copia de la constancia de Conciliación Extrajudicial de 7 de marzo de 2016, se pudo establecer que el demandante cumplió con ese requisito de procedibilidad para acudir a la vía de acción judicial (Folio 29)

-. Con la copia los Antecedentes Administrativos del señor Edmundo Venecia Pacheco, pudieron ser verificados aspectos relacionados a su vinculación, salarios, pago de prestaciones y demás actuaciones de la administración municipal (Folios 133-165 y 189-209).

3.4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

El Despacho encontró probado que la entidad demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, toda vez que la **Resolución No. 0157 del 14 de diciembre de 2011** expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Soledad, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial al

demandante fue notificada a éste, el 30 de diciembre de 2011[14]. Dicha solicitud de reconocimiento fue realizada el 01 de agosto 2011, de lo que se infiere transcurrieron más de los 15 días señalados en la precitada norma para dar respuesta a dicha solicitud. (Folios 17-18).

Observa entonces el Despacho, que al haberse dado respuesta tardía a la solicitud del pago de las cesantías, que como ya se expuso en párrafos precedentes de esta sentencia, es de 15 días después de realizada la petición, según lo expresó en Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, la entidad respondió de manera tardía y por tanto, se configura el hecho que acarrea la sanción moratoria. Así entonces, al haberse dado respuesta morosa por parte de la encausada, el pago del estipendio económico fue igualmente efectuado con retardo.

Así entonces, al haberse realizado la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, la entidad disponía de 70 días para el reconocimiento y efectivo pago de la misma; si la solicitud de cesantías fue realizada en calenda 01 de agosto 2011, la entidad tenía como fecha límite para el reconocimiento y pago del estipendio económico hasta la fecha 11 de noviembre de 2011, y es de conocimiento que la entidad realizó dicho pago el 15 de mayo de 2012, incurriendo de esta manera en 185 días de mora en el pago.

De conformidad con lo expuesto hasta el momento, para este Despacho, el acto administrativo demandando se encuentra viciado de nulidad, toda vez que no tuvo en cuenta el fundamento jurídico y los preceptos legales para el asunto que aquí se trata.

Conforme a lo expuesto, dado que la resolución no se profirió dentro de la oportunidad legal, el Despacho aplicará la regla jurisprudencial fijada en la Sentencia de Unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado[15], relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, según la cual la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

En el caso concreto de la demandante, los términos transcurrieron como pasa a exponerse a continuación:

- Fecha reclamación cesantía parcial: 01 de agosto de 2011.
- Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 23 de agosto de 2011
- Vencimiento término de ejecutoria (10 días): 6 de septiembre de 2011
- Vencimiento término para efectuar el pago (45 días): 10 de noviembre de 2011.
- Fecha de reconocimiento al actor: 14 de diciembre de 2011 (fecha de la resolución).
- Fecha de pago de cesantías al actor: 15 de mayo de 2011.

Período de mora: desde 11 de noviembre de 2011 hasta 14 de mayo de 2012, equivalente a **185 días de mora**, -contados en días calendarios-.

En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción, como se expuso en precedencia, se aplica la regla fijada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018[16], y por ende, será la vigente al momento de la causación de la mora, esto es, la devengada en el año 2012. 2011.

.- PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS RECLAMADOS.

El Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016 de 25 de agosto de 2016 proferida por la Sección Segunda[17], en cuanto a la norma que se ha de invocar para

---

[14] Véase la constancia de notificación del acto acusado. la cual reposa a folio 19 del expediente.
[15] Expediente radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jorge Luis Ospina Cardona contra La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Departamento del Tolima.
[16] Ibidem 19.
[17] Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

efectos de estudiar la prescripción de los salarios moratorios, precisó:

> *"(...) 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:*
>
> *"**Artículo 151. -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."*
>
> *La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969[18], 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."*

Ahora bien, observa el Juzgado que en el presente caso la sanción moratoria se hizo exigible desde el **11 de noviembre de 2011**, y la petición[19] dirigida a la entidad demandada – Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, tendiente a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, se radicó el **20 de febrero de 2015** (fls. 22-23), de lo que se deriva que el reclamo formulado por el demandante no se hizo en forma oportuna, si se tiene en cuenta que entre una y otra data se alcanzó a vencer el plazo de los tres (3) años de que habla el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, término que se consumó el ***11 de noviembre de 2014***, motivo por el cual el Juzgado declarará probada la prescripción de los derechos reclamados, y en consecuencia, no accederá a las súplicas de la demanda.

3.4.4. Costas.

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o deslealtad, máxime cuando la causación de las mismas tampoco aparece demostrada en el presente asunto.

En atención a las precedentes consideraciones, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- DECLARAR la prescripción de los derechos reclamados por el señor **Edmundo José Venecia Pacheco**, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- DENEGAR las súplicas de la demanda.

TERCERO.- Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

---

[18] 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).
[19] La petición que debe tenerse en cuenta para contabilizar la prescripción es aquella concerniente a la sanción, al no ser accesoria a la prestación social – cesantías.

CUARTO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

QUINTO: NOTIFÍQUESE esta sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A. y C.A.

SEXTO: NOTIFÍQUESE personalmente el presente fallo a la señora Procuradora Delegada ante este Despacho.

SÈPTIMO: Se ordena la expedición de copias que soliciten las partes conforme a lo previsto en el artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LILIA YANETH ALVAREZ QUIROZ.
Jueza

P/JFMP.