REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Ibagué, veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022).

RADICACIÓN No. 73001-33-33-007-2017-00357-01 (00349-2019)

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto a la decisión mayoritaria consigno a continuación las razones por las cuales me aparto de las conclusiones de esta providencia indicando, en primer lugar, que contrario a lo consignado en ella, el problema jurídico a resolver por parte de la Sala es la aplicación del fenómeno prescriptivo en relación con la sanción moratoria y no el derecho del demandante a reclamar dicha sanción.

En ese orden de ideas se cita como fundamento de esa decisión lo consignado en la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda con fecha 25 de agosto del 2016, con ponencia del Doctor Luis Rafael Vergara Quintero, la cual precisó, de una parte, que la prescripción de la sanción moratoria se rige por el artículo 488 del CST y, de otra parte, respecto del momento en que comienza **a correr el término para configurarse la prescripción del derecho**, cuando se pretende reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, lo siguiente:

> *(…)La Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente." (*Subraya y negrilla fuera del texto original).

Se indica luego en la providencia de la cual me aparto que esa posición jurisprudencial ha sido reiterada en sentencia del 16 de abril de 2021, proferida dentro del expediente 0035-18, C.P: César Palomino Cortés, donde indicó que el fenómeno de la prescripción extintiva **podía operar en forma total o parcial**, afirmación que es solo parcialmente cierta porque, en el interregno, se han venido produciendo decisiones de ambas subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado que llevan a concluir que la sentencia de unificación que se trae como respaldo de la presente decisión ya no es de unificación, al menos en lo que tiene que ver con la prescripción de la sanción moratoria, porque en sus conclusiones, en criterio de quien suscribe este salvamento, no se abordaron en su verdadera dimensión los conceptos de exigibilidad y de causación de los derechos laborales, como si lo han venido haciendo, ente otras, las siguientes sentencias:

Sección Segunda - Subsección A, CP Gabriel Valbuena Hernández, Bogotá D.C., 6 de junio de 2019. Radicación:17001-23-33-000-2013-00578-01 (1722-2015) Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho Demandante: LUZ MERY SÁNCHEZ SANDOVAL Demandado: Nación — Mineducación — Fomag, en la que se indicó:

> *"PRESCRIPCIÓN DE LA SANCION MORATORIA.*

En sentencia de 25 de agosto de 2016, la SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO precisó que por tratarse la sanción en comento de una expresión del derecho sancionador no puede ser imprescriptible y que la norma aplicable en materia de prescripción es el articulo 151 del Código de Procedimiento Laboral, así:

(…) ***Es claro entonces, que la sanción o indemnización moratoria si está sometida al fenómeno de la prescripción trienal y que la fecha desde la cual procede la reclamación por la mora en la consignación de las cesantías parciales o definitivas es a partir del momento en que se hizo exigible, es decir a partir del momento en que se generó el incumplimiento o tardanza, que para el caso concreto es el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago o consignación, es decir el nueve (9) de septiembre de 2008.***

En razón de lo anterior, se debe entender que la parte interesada contaba con tres años para realizar la reclamación respectiva, o sea hasta el 9 de septiembre de 2011, sin embargo, el interesado radicó la solicitud de reconocimiento de la moratoria ante la administración el 3 de julio de 2012, la cual fue extemporánea comoquiera que ya se había extinguido el derecho, por virtud del fenómeno de la prescripción.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia de 16 de septiembre de 2021. Radicación número: 50001-23-33-000-2017-00214-01(5608-19) Actor: VÍCTOR HUGO ALVARADO AMADOR Demandado: Mineducación- FOMAG, en la cual, al referirse al alcance de las reglas de unificación trazadas en la SU del 25 de agosto de 2016 y en su aclaración efectuada mediante sentencia del 20 de agosto de 2020, señaló:

"(…) De las reglas jurisprudenciales transcritas es claro, que el término para contabilizar la exigibilidad de la sanción moratoria depende de si el acto administrativo fue expedido en tiempo o no. En ese orden, si la resolución que reconoce las cesantías fue proferida pasados los 15 días que prevé la norma, la aludida penalidad se hará exigible a partir de los 65 o 70 días siguientes contados desde la fecha en que se radicó solicitud de liquidación de la prestación social. Por el contrario, si el acto fue expedido dentro de los 15 días siguientes a la petición de liquidación de las cesantías la misma se hará exigible dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la decisión que las reconoce.

20. En consecuencia, esta Sala establece que la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 se encuentra sujeta al término de prescripción trienal previsto en el artículo 151 del CPT y que su exigibilidad se causa desde el momento en que el empleador incurre en mora en el reconocimiento y pago de la prestación aludida. Aunado a ello, se señala que debido a que en el sub júdice se trata de cesantías definitivas, la mora solo puede tener lugar en un único evento, esto es, con ocasión del fenecimiento de la relación laboral, de manera que la aplicación del término extintivo al causarse una única sanción solo podrá ser total."

Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "B" CP: CÉSAR PALOMINO CORTÉS sentencia del 30 de septiembre de 2021. Radicación número: 41001-23-33-000-2017-00315-01(2136-19) Actor: JÓSE EUBERTIS SALAZAR FERNÁNDEZ Demandado: Ministerio de Educación – FOMAG, quien señaló:

"(…) El nacimiento de la sanción por mora 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. El pago de las cesantías, ante la

causación eventual de la moratoria, ocasiona que ésta cese, no que se extinga, como sí ocurre con la prescripción una vez transcurridos los 3 años establecidos en el artículo 151 del CPTSS.

A juicio de la Subsección, si bien estas reglas de unificación se establecieron respecto de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías anualizadas reguladas por la Ley 50 de 1990, 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."

Cabe señalar que el ponente de la sentencia antes transcrita es ponente también de la sentencia que se cita en la decisión de la cual me aparto, como la jurisprudencia confirmatoria de las conclusiones de la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, lo cual resulta muy extraño porque, aparte de la providencia antes citada, el citado ponente también lo fue en las sentencias de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado expedidas con fecha 27 de enero y 3 de febrero de 2022, en las que se reiteró su posición frente al conteo del término de prescripción de la sanción moratoria y sus efectos sobre su reclamación por vía judicial.

En conclusión, la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, no puede citarse como fuente jurisprudencial de la decisión de aplicar la prescripción parcial de la sanción moratoria derivada del pago tardío de las cesantías de los docentes, porque los pronunciamientos posteriores de la Sección Segunda, en forma mayoritaria y en decisiones procedentes de ambas secciones, aplican en toda su extensión el criterio de exigibilidad del derecho como el momento en el que inicia el conteo del fenómeno prescriptivo de esta sanción, lo que lleva a concluir que la prescripción solo ocurre una vez ya que esa sanción se hace exigible solo en un evento y es aquel en el que se cumple el plazo previsto jurisprudencialmente para que obra su reconocimiento (65 o 70 días desde la radicación de la solicitud, dependiendo del régimen administrativo que gobierne tal solicitud). Otra cosa es que se cause diariamente, a partir del momento en que se hizo exigible, a razón de un salario por día de mora, pero siempre con fundamento en el vencimiento de un plazo, evento que, se reitera, solo ocurre una vez.

En los anteriores términos, dejo consignado mi salvamento de voto.

El Magistrado,

ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA