



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13001-23-33-000-2019-00123-01 (0533-2024)
Demandante: María Elena Cerro Hoyos
Demandado: Departamento de Bolívar.

Temas: Cesantías con retroactividad. Sanción Moratoria. Prescripción.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al extremo vencido.

ANTECEDENTES

La señora María Elena Cerro Hoyos instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con el fin de que se acceda a las siguientes:

PRETENSIONES

Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto negativo por el silencio frente a la petición adiada 6 de abril de 2017, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías retroactivas.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada reconocer y pagar la sanción descrita en suma de \$69.489.860; que dicha suma sea indexada acorde con el IPC, que la liquidación de la condena se realice en sumas liquidas de dinero en moneda legal en Colombia y se ajuste conforme lo previsto en los artículos 192 y 196 del CPACA; y que se le condene en costas.

HECHOS

La demanda se fundamenta en los hechos que se resumen de la siguiente manera:

Que, la demandante prestó sus servicios, sin solución de continuidad, en el periodo comprendido entre el 20 de mayo de 1974 y el 30 de julio de 2007, a la gobernación del departamento de Bolívar, en el área de la salud en varias entidades, siendo su último empleador la ESE Local de Cartagena de Indias.

Que, durante su vinculación permaneció en el régimen retroactivo de cesantías.



Radicación: 13001-23-33-000-2019-00123-01 (0533-2024)

Que, el pago de sus cesantías definitivas no se produjo dentro de los 65 días hábiles siguientes al retiro del servicio o a la reclamación de pago que ordena la ley, por lo que, a partir del 5 de octubre de 2007, comenzó a causarse la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995.

Que, en Resolución No. 903 del 2 de julio de 2014, se hizo efectivo el pago del auxilio de cesantías.

Que, desde la fecha en que se hizo exigible el pago de las cesantías y hasta la del pago, transcurrieron 2.402 día de mora.

Que el último salario devengado por el demandante fue de \$867.927.

Que el 6 de abril de 2017, presentó reclamación administrativa ante del departamento de Bolívar para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de cesantías retroactivas; petición frente a la cual la administración guardó silencio.

Que el 6 de abril de 2018 se surtió el requisito de procedibilidad de la audiencia de conciliación extrajudicial.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se indicaron como normas violadas las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En el **Concepto de la Violación** se adujo que el acto administrativo acusado infringe las normas en que debía fundarse, pues habiéndose producido la mora en el pago de las cesantías retroactivas, se negó el reconocimiento de la sanción moratoria.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

En auto del 27 de mayo de 2019, se admitió la demanda.

El **departamento de Bolívar** manifestó que las pretensiones carecen de motivaciones jurídicas y fácticas, toda vez, que no le asiste derecho a la demandante al pago de la sanción moratoria, habida consideración que sus cesantías fueron pagadas en forma indexada y en el término de ley. Consecuente con ello, propuso las excepciones denominada Pago de lo no debido; Inexistencia de la obligación legal y Prescripción.

El 13 de octubre de 2020, se llevó a cabo la audiencia inicial en la cual se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas allegadas y se decretó la práctica de otras.

El 21 de enero de 2021, se realizó la audiencia de pruebas, en la que se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

SENTENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN

En sentencia del 10 de septiembre de 2021¹, el Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

Como fundamento de lo anterior, sostuvo que, en el caso de los trabajadores acogidos al sistema de cesantías retroactivas, no resulta procedente el pago de la sanción

¹ Notificada electrónicamente el 3 de febrero de 2022.



Radicación: 13001-23-33-000-2019-00123-01 (0533-2024)

moratoria, comoquiera que dicho pago sólo es posible en el sistema de liquidación anual.

Que, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, es procedente la imposición de costas al extremo vencido, las cuales se liquidarán conforme lo previsto en el artículo 366 de CGP.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** señaló que, siguiendo el principio de favorabilidad en material laboral consagrado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando exista duda entre dos interpretaciones posibles de una norma, toda autoridad está obligada a aplicar la más beneficiosa para el trabajador. En esa medida, la postura según la cual la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es aplicable a los empleados públicos que gozan del régimen de retroactividad, es la única interpretación constitucionalmente válida.

Que, al resolver el asunto y negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, el Tribunal aplicó la interpretación más restrictiva para los derechos de los trabajadores, pues a pesar que pertenece a un régimen con cesantías retroactivas, es un trabajador, ante todo.

Que, la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En auto del 5 de marzo de 2024 se admitió el recurso de apelación.

Las partes y el ministerio público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a determinar si la demandante, como beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías definitivas.

La sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías definitivas/ Prescripción:

La Ley 244 de 1995 que reglamentó el reconocimiento de cesantías definitivas para los trabajadores y servidores del Estado, señaló unos plazos para la expedición del acto de reconocimiento en su artículo 1º, que dispone:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”.



Radicación: 13001-23-33-000-2019-00123-01 (0533-2024)

El artículo 2º de la misma normatividad, estableció un plazo perentorio para el pago de la prestación en cita, así:

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

Y, para aquellos eventos en los cuales exista retardo en el pago de las cesantías, en el párrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, se consagró la sanción por mora, en los siguientes términos:

“Parágrafo. - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual 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 éste”.

El 31 de julio de 2006, se expidió la Ley 1071 que, en su artículo 4º, dispuso: *“Artículo 4º. Términos. 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”.*

Y, en lo que tiene que ver con la oportunidad para el pago de las cesantías, en el artículo 5º, se previó:

“Artículo 5º. Mora en el pago. 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 éste.

Las normas citadas, son claras al señalar que la sanción se causa cuando la administración incurre en mora en el pago de las cesantías, bien sea que previamente hayan sido liquidadas mediante acto administrativo debidamente ejecutoriado, o, en aquellos eventos en que la administración no se pronuncie o se pronuncie tardíamente frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantías, salvo los casos previstos por la ley para su retención².

² Decreto 2712 de 1999. Artículo 3º.- Retención y Pérdida del Auxilio de Cesantía. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial destituidos por faltas disciplinarias que puedan llegar a constituirse en delito contra la



Radicación: 13001-23-33-000-2019-00123-01 (0533-2024)

Ahora, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el término ejecutoria de los actos administrativos se amplió a 10 días, de forma tal que, para los casos que tengan ocurrencia en vigencia de la norma en cita, el plazo para el reconocimiento y pago del Auxilio de Cesantías es de 70 días hábiles. Sobre el asunto se pronunció el Consejo de Estado³ en los siguientes términos:

“En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006¹⁰⁵), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁰⁶) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁰⁷], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006¹⁰⁸.

Finalmente, en Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016⁴, al estudiar la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, se fijó la regla jurisprudencial en la cual estableció que dicha sanción está sujeta al término prescriptivo señalado en el Art. 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y Seguridad Social y su exigibilidad es el momento mismo en que se produce la mora.

En efecto, en la sentencia en cita se sostuvo: *“... pese a que la providencia en cita no estableció tal regla para los eventos relacionados con las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, lo cierto es que tal como lo dispuso la Sección Segunda de esta Corporación en Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016, la penalidad por mora al tratarse de un derecho eminentemente sancionatorio no puede ser imprescriptible y por tanto, se encuentra sujeto al término previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de Seguridad, que dispone sin excepción o modalidad alguna la extinción total del derecho que no haya sido reclamado al cabo de los 3 años siguientes a su exigibilidad”⁵.*

En esa medida puede afirmarse que la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006 se encuentra sujeta al término de prescripción trienal previsto en el artículo 151 del CPT y su exigibilidad se causa desde el momento en que el empleador incurre en mora en el reconocimiento y pago de la prestación aludida⁶.

administración pública, de conformidad con el Libro Segundo, Título III del Código Penal, no podrán recibir el auxilio de cesantía mientras no se les dicte resolución de preclusión de la instrucción, o auto de cesación de todo procedimiento, o sentencia absolutoria

³ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C. Dieciocho (18) De Julio De Dos Mil Dieciocho (2018). Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15). Actor: Jorge Luis Ospina Cardona. Demandado: Ministerio De Educación Nacional, Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio Y Departamento Del Tolima.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, C.P.: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación # 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, Actor: YESENIA ESTHER HEREIRA CASTILLO, Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Sentencia del veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021), Radicación # 19001-23-33-000-2017-00104-01(1079-20), Actor: JESÚS HERNÁN GUEVARA, Demandado: UNIVERSIDAD DEL CAUCA.

⁶ Ob. Cita 23.



Resolución al caso concreto

Revisadas las pruebas, se evidencia que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías, dado que su vínculo laboral inició el 20 de mayo de 1974⁷, por lo que en armonía con la normativa y jurisprudencia aplicable, no es viable reconocer la sanción moratoria prevista en la Ley 344 de 1996, artículo 13, y su decreto reglamentario 1582 de 1998, ni el de la Ley 50 de 1990, artículo 99, porque tales provisiones son exclusivas del sistema de liquidación anual de la prestación.

Ahora, afirma la interesada que aun siendo beneficiaria del sistema retroactivo de liquidación de las cesantías, le resultan aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por ende, como **I)** la sanción aquí prevista se hace extensiva a todos los servidores indicados en su artículo 2º sin distinción del régimen de cesantías que los cobije y **II)** se solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por cesantías definitivas; habrá de analizarse, si en el caso particular se consolidó la sanción moratoria solicitada por el pago tardío de las cesantías parciales.

Está probado que la señora Cerro Hoyos laboró hasta el **30 de julio de 2007**⁸ y que mediante Resolución No. 903 del **2 de julio de 2014**⁹, se reconoció y ordenó el pago de la diferencia causada por la retroactividad de las cesantías indexadas; fecha en la que, además, así se acepta en el hecho tercero de la demanda, se produjo la cancelación del auxilio. También, que el **6 de abril de 2017**¹⁰, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías retroactivas.

Atendiendo a lo anterior, siendo que la finalización del vínculo laboral tuvo lugar el 30 de julio de 2007, los 15 días que prevé el artículo 4.º de la Ley 1071 de 2006, para expedir el acto de reconocimiento, vencieron el **22 de agosto de 2007**; no obstante, aquel se expidió el **2 de julio de 2014**, esto es, 6 años, 10 meses y 9 días después.

De manera que, para efectos de contabilizar la fecha a partir de la cual se hizo exigible la sanción moratoria, se computarán los términos, tal y como se expuso en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, citada en párrafos precedentes, cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley.

Advierte la Sala que no reposa prueba en el expediente que acredite la fecha en la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, pese a que en el acto administrativo de aquel se hace referencia a ello, así: *“Frente a los hechos narrados, se radicó por el/la doctor(a) JAIME ANDRES ORLANDO CANO, identificado(a) con cédula de ciudadana No 73. (ilegible) 549 y Terjeta de Profesional de Abogado No. 111813 expedida por e Honorable Consejo Superior de la Judicatura en su condición de apoderado(a) especial del señor(a) MARIA ELENA CERRO HOYOS identificado con céoula de ciudadanía No. 33.141.082, petición dirigida al reconocimiento y pago ce la cesantía retroactiva con su respectiva indexación por los servicios prestados por su poderdante durante el período comprendido emre el 20 de mayo de 1974 y el 30 de julio de 2007.*

Por tanto, para contabilizar los 65 días¹¹ que tenía la entidad para el reconocimiento y pago del auxilio, se tomará como punto de partida el día siguiente al retiro del servicio -31 de julio de 2007- hasta el 1º de noviembre de la misma anualidad; sentido en el

⁷ Conforme certificación que reposa a folio 11 del archivo digital 1.

⁸ Folio 11 del archivo digital 1.

⁹ Folios 12 y ss archivo digital 1.

¹⁰ Folios 16 y ss archivo digital 1.

¹¹ En la medida que la petición se hizo en vigencia del CCA.



Radicación: 13001-23-33-000-2019-00123-01 (0533-2024)

cual, a partir del día 2 de ese mes y año, empezó a causarse la sanción moratoria hasta el 1º de julio de 2014, día hábil anterior a la fecha en que se produjo el pago de las cesantías definitivas.

Sin embargo, a partir del 2 de noviembre de 2007 y hasta el 2 de noviembre de 2010 podía reclamarse la sanción moratoria por el pago extemporáneo de la prestación reclamada; pero la reclamación en tal sentido solo se elevó el **6 de abril de 2017**, esto es, cuando ya había fenecido el lapso para pedir el derecho que se constituye en la pretensión de la demanda.

A la misma conclusión se arribaría si se aceptará, como lo afirma la demandante en el hecho segundo de la demanda, que la sanción moratoria comenzó a correr a partir del **5 de octubre de 2007**, pues en este caso, el término para la petición oportuna de su derecho, finiquitaba el **5 de octubre de 2010**.

Ahora, pese a que el asunto el acto de reconocimiento del auxilio de cesantías se expidió en el **2 de julio de 2014**, no puede pasarse por alto que el Legislador estableció unos plazos perentorios que deben cumplirse en el proceso de formación del mismo; plazos que no pueden extenderse al arbitrio de la entidad competente y/o por situaciones excepcionales, siendo, por demás, que justamente es eso lo que se castiga con la sanción por mora, la desidia; inacción que tampoco puede ser afianzada por el extremo interesado, quien también se encuentra sujeto a plazos y condiciones para la prosperidad de sus peticiones y, que en este caso, fueron desconocidos, no pudiendo *per se* resguardarse en la expedición extemporánea a que se hace referencia, para justificar la intemporalidad de su pretensión.

Por tal motivo, se **REVOCARÁ** el numeral **PRIMERO** de la decisión adoptada en primera instancia, en tanto negó las súplicas de la demanda, para en su lugar, declarar probada de oficio la excepción de prescripción del derecho reclamado.

De la condena en costas en segunda instancia

Sobre la condena en costas, es importante aclarar que la jurisprudencia de la Subsección A del Consejo de Estado venía aplicando el criterio objetivo valorativo consagrado en el art. 188 de la Ley 1437 de 2011, según el cual en toda sentencia el juez procederá a su reconocimiento cuando encuentre demostrado en el proceso que estas se causaron, sin que en esa valoración fuera relevante analizar si las partes actuaron de manera temeraria, mal intencionado o de mala fe, no obstante, dicho criterio fue variado con la adición introducida por el art. 47 de la Ley 2080 de 2021, en el que se indica que la condena en costas es viable, siempre y cuando se acredite que la parte vencida obró con manifiesta carencia de fundamento legal.

Teniendo en cuenta el cambio introducido por el legislador en la materia, la Subsección A aclara que adoptará una nueva postura en la cual, en las sentencias proferidas a la luz de la nueva normatividad se deberá analizar la conducta realizada por las partes en el proceso, entre ello, si se presentó o no, carencia de fundamentación jurídica conforme a lo señalado en el inciso 2º del art. 188 de la Ley 1437 de 2011.

En el presente caso, aplicando el criterio anunciado, se observa del fundamento del recurso de apelación que no se presenta una carencia de fundamentación legal que dé lugar a la condena en costas. Contrario a ello, el apelante en su escrito expuso argumentos razonables en defensa jurídica de sus intereses, en consecuencia, no se impondrá condena en costas en esta instancia.



Radicación: 13001-23-33-000-2019-00123-01 (0533-2024)

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021 por el Tribunal Administrativo de Bolívar. En su lugar, **DECLARAR** probada de oficio la excepción de prescripción del derecho reclamado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin condena en costas de segunda instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta sentencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el aplicativo SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Firmado electrónicamente

LUIS EDUARDO MESA NIEVES

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Ausente con permiso