



CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN SEGUNDA  
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Expediente : 08001-23-31-000-2011-00847-01 (4787-2014)  
Demandante : **Henry Álvaro Gómez Zárate**  
Demandado : Universidad del Atlántico  
Tema : Diferencias de cesantías y sanción moratoria, y vacaciones

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 31 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda del epígrafe.

## I. ANTECEDENTES

**1.1 Acción** (ff. 106-114). El señor Henry Álvaro Gómez Zárate, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la Universidad del Atlántico para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.1.1 Pretensiones.** 1) El demandante aspira a que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto producido por la falta de contestación de su petición, de 10 de enero de 2006, formulada a la accionada, en la que solicita el reconocimiento y pago de las diferencias de las cesantías de 2003, por valor de \$432.056, y vacaciones del período comprendido entre el 19 de diciembre de 2005 y el 30 de enero de 2006.



2) Que, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a que le reconozca y pague el valor de las vacaciones correspondientes al lapso transcurrido entre el 19 de diciembre de 2005 y el 30 de enero de 2006, en cuantía de \$1.252.119, 40.

3) Que se condene a la accionada, a título de restablecimiento del derecho, al reconocimiento y pago de la prima de vacaciones por valor de \$877.770.40, más los intereses moratorios desde el 19 de diciembre de 2005 hasta cuando se verifique el pago total de la obligación.

4) Que se condene a la demandada, a título de restablecimiento del derecho, la diferencia de cesantías, en la suma de \$432.056, más la indemnización moratoria, de un día de salario por cada uno de retardo, equivalente a \$37.434,90, a partir del 21 de julio de 2004 y hasta cuando estas se cancelen.

5) Que se condene a la accionada a que dé cumplimiento del fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA; a las cantidades anteriores debidamente indexadas, y a las costas del proceso y agencias en derecho.

**1.1.2 Fundamentos fácticos** (ff. 108-109). Relata el demandante que, en calidad de docente, estuvo vinculado al Instituto Pestalozzi, anexo a la Universidad del Atlántico, entre el 7 de febrero de 1994 y el 31 de diciembre de 2005; su último sueldo fue de \$1.123.047.

En el año 2003, la accionada se equivocó al liquidarle sus cesantías y le quedó debiendo la suma de \$432.056. Estas le fueron consignadas en el Fondo de Pensiones y Cesantías Santander, en que se encontraba afiliado.



Dicha diferencia le fue reconocida, por medio de oficio de 11 de mayo de 2004, de la división de recursos humanos, en respuesta a su solicitud de 5 de mayo anterior. Esta dependencia, a través de comunicación de 27 de diciembre de 2004, le hizo saber que «efectivamente se realizó nómina adicional en mayo de 2004, con el objetivo de cancelar la diferencia en las cesantías liquidadas este año, por lo que la misma se remitió a la División Financiera para su correspondiente pago [...]». Sin embargo, nunca le fue cancelada.

Mediante Resolución 1119 de 28 de noviembre de 2005, la demandada le concedió las vacaciones, del 19 de diciembre de 2005 al 30 de enero de 2006, pero no las disfrutó ni tampoco se las pagaron, pues su empleo fue suprimido por acuerdo 2 de 20 de diciembre de 2005, del consejo directivo de la Universidad del Atlántico. Por ello, solicitó de esta institución, a través de escrito de 10 de enero de 2006, que nunca fue respondido, la cancelación de las vacaciones y del saldo a favor de sus cesantías.

**1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: artículos 23, 25 y 53 de la Constitución Política; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; 13 de la Ley 344 de 1996; 33, 34, 38, 39, 40, 41, 42 y 44 del Decreto 1279 de 2002, y 5 del Código Contencioso Administrativo (CCA).

El concepto de la violación estriba, en síntesis, en que el no pago de la diferencia de las cesantías, dentro de los 45 días siguientes a la firmeza del acto administrativo (18 de mayo de 2004), significa que debió hacerlo el 20 de julio del mismo año, conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995. Igualmente, ocurrió lo mismo con las vacaciones y, por ende, vulneró los artículos 33 y 34 del Decreto 1279 de 2002. También no



le canceló la prima de vacaciones, según lo previsto en los artículos 38, 39 y 40 de este último decreto.

**1.2 Contestación de la demanda.** La Universidad del Atlántico se opone a las pretensiones de la demanda al indicar lo siguiente:

1.º La Universidad del Atlántico, se opone a la solicitud del salario moratorio por el concepto reclamado diferencia de cesantías del año 2003, por valor de 432.056, la anterior oposición tiene su fundamento, a que mi mandante me informa que la diferencia de la cesantías fueron canceladas al actor en el mes de mayo de 2004, tal como consta en el documento expedido por la Universidad del Atlántico, GOMEZ ZARATE HENRRY, 8.531.175. Docente Catedráticos T.P. Instituto Pestalozzi, código concepto, 202 cesantías, \$432.056. Total devengado 432.056. (ver documento que se anexa).

2.º Las vacaciones que reclama el actor, correspondiente entre el 19 de diciembre de 2005 y 30 de enero de 2006, fueron canceladas tal como consta, en nómina por liquidación y beneficiario del actor, HENRRY GOMEZ ZARATE correspondiente a los periodos 2004 a 200508, figura concepto, bonificación 35% (\$506.143.) Prima de vacaciones (\$975.706.) y bonificación especial de recreación (\$70.967.)

3.º Igualmente le fueron cancelados los RETROACTIVO MES DE ENERO DE 2005 - doc, SALARIO CATEDRATICOS MES DE ENERO DE 2005 - NOMINA 50 incorporada en Ley 550 de 1999, fueron canceladas al señor HENRRY GOMEZ ZARATE en su totalidad mediante carta de instrucción No, 200704 -00569 de fecha 30 de Abril de 2007, como se indica en la certificación de fecha 27 de octubre de 2011 expedida por el Vicerrector Administrativo y Financiero, FREDDY DIAZ MENDOZA, donde se le canceló por estos concepto la suma de \$1.519.592. (ver certificación que se anexa.) 3o- Si los pagos realizados al actor provienen de un acuerdo legalmente celebrado entre las partes, es decir, entre él y la Universidad del Atlántico, denominado acuerdo de reestructuración de pasivos, fundado en la Ley 550 de 1999 y demás normas que la complementan, donde se vierten unos montos de dinero como pasivo exigible a la Universidad, con el pleno consentimiento de los acreedores que la cifran en esas cantidades de dinero, sin otros agregados como intereses, indemnización moratoria e indexación, que ahora pretende cobrar mediante la presente demanda, Acuerdo que no puede ser desconocido (art, 1602 código civil).

La Universidad del Atlántico, ha ingresado al Proceso de Reestructuración económica consagrado en la Ley 550/99, y en éste marco no es posible atender el pago de obligaciones causadas con anterioridad a la adopción de éste proceso.



De lo ya expuesto se puede concluir que el actor HENRRY ALVARO GOMEZ ZARATE, fue cobijado por los términos del Acuerdo de restructuración de Pasivos de la Universidad del Atlántico, por lo que debe asumir en todas sus partes lo decidido en él, incluyendo lo pertinente a la sanción por mora de sus cesantías [*sic* para toda la cita].

Propone las excepciones de buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación y pago (ff. 128-143).

## II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico (subsección de descongestión), en sentencia de 31 de marzo de 2014, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en cuanto condenó a la Universidad del Atlántico a pagar al actor, a título de restablecimiento del derecho, las vacaciones correspondientes al período 2004-2005. Asimismo, declaró probadas, de oficio, las excepciones de ineptitud parcial de la demanda, respecto de la diferencia de cesantías de 2003 y su indemnización moratoria, y falta de agotamiento de vía gubernativa, en relación con la pretensión de reconocimiento y pago de la prima de vacaciones, y no condenó en costas. Sobre el particular, expresó:

Llama la atención de la Sala, que el apoderado de la parte demandante, en su demanda solamente solicitó la nulidad del acto ficto que se generó frente a la omisión de la Universidad del Atlántico de dar respuesta a la solicitud adiada 10 de enero del 2006, sin involucrar el acto presunto que con antelación se habían configurado respecto de las petición radicada CII-9199 de 2004, y que conlleva a que existieran varios pronunciamientos del demandado, sin que todos ellos fuesen objeto de controversia judicial.

En ese orden de ideas, se advierte de oficio una excepción que releva pronunciarse de fondo sobre la pretensión del pago de la diferencia no pagada de las cesantías del año 2003 por valor de \$432.056 y la sanción moratoria solicitada.

Los artículos 137 y 138 del C.C.A., establecen que el libelo demandatorio debe contener lo que se demanda, señalando con precisión y claridad el acto administrativo cuya nulidad se deprecia [...].

[...]



Bajo los preceptos jurisprudenciales en cita, para que la decisión del juez de lo contencioso administrativo sea eficaz, en la demanda, debe solicitarse la nulidad de todos aquellos actos o decisiones en los cuales la administración o el ente demandado, emitió una decisión adversa frente al demandante, de tal suerte que el fallo pueda desaparecer del ordenamiento todos los actos administrativos en que reposa la voluntad de la administración.

No obstante, en el caso objeto de examen, se decide demandar en esta jurisdicción un acto posterior, dejando por fuera de la demanda un pronunciamiento contenido en un acto presunto que inicialmente se había originado por la omisión de la Universidad del Atlántico de dar respuesta al requerimientos efectuado por el accionante en los que solicitaba el pago de la diferencia no pagada de las cesantías del año 2003 por valor de \$432.056, situación que conlleva a que se configure la excepción de inepta demanda respecto a dicha pretensión, en la medida en que de llegarse a declarar la nulidad del acto que se demandó, quedarían vigentes y en firme la decisión contenida en el primer acto administrativo.

En ese orden de ideas, y por las razones señaladas en líneas que anteceden, la Sala declarará probada de oficio la excepción de inepta demanda, respecto a la nulidad del acto ficto o presunto originado en la petición del 10 de enero de 2006 respecto al pago de la diferencia de cesantías del año 2003 solicitada y su indemnización moratoria por no pago, y consecuentemente se inhibirá de pronunciarse de fondo frente a ésta pretensión.

Respecto al reconocimiento y pago al demandante de la prima de vacaciones por valor de \$877.770 más los intereses moratorios correspondientes desde el 19 de diciembre de 2005.

Respecto a esta pretensión encuentra la Sala que existen verdaderos motivos que le impiden para pronunciarse de fondo sobre la misma, si se tiene en cuenta que revisado el texto de la petición del 10 de enero de 2006 (fl. 37) la cual originó el acto ficto cuya nulidad se pretende, se aprecia de forma diáfana que en la misma no fue incluida el reconocimiento y pago por concepto de prima de vacaciones, el cual ahora solicita en sede judicial.

Respecto del tema, se ha concluido que si bien en la demanda pueden debatirse hechos nuevos, lo cierto es que debe existir identidad de objeto entre lo solicitado en vía gubernativa y lo reclamado en vía jurisdiccional, puesto que el incumplimiento de este requisito lleva a que el juez deba declararse inhibido para pronunciarse de fondo.

La tesis sostenida por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo es que hay indebido agotamiento de la vía gubernativa, cuando en la demanda se refieren aspectos o peticiones no planteadas ante la Administración, y por tanto debe inhibirse de conocer el fondo de la litis, pues estaría violando el derecho de defensa de la Universidad del Atlántico, quien no tuvo la oportunidad de pronunciarse en sede de vía gubernativa respecto al reconocimiento y pago de la



prima de vacaciones.

[...] revisados los diversos documentos allegados por la Universidad del Atlántico con el objeto de probar el pago de las vacaciones correspondientes al año 2005 al señor HENRY GOMEZ ZARATE visibles a folios 145 a 157, 158 a 159, 167 y 204 no se aprecia que en los que dicho pago se haya efectuado al actor hasta la fecha en que se profiere la presente providencia, situación que desnaturaliza la excepción de pago de obligación e inexistencia de la misma propuestas por la accionada al momento de contestar la demanda (ff. 213-225) [sic para todo el texto].

### III. LOS RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada, inconforme con la anterior providencia, interpuso recurso de apelación, para que se revoque esta decisión, en consideración a que al actor le fueron canceladas las vacaciones, «como consta, en nómina por liquidación y beneficiario del actor [...] correspondiente a los periodos años 2004 a 2005.08, registra los conceptos, bonificación 35% \$506.143. Prima de Vacaciones \$975.706 y Bonificación especial de Recreación \$70.967» (ff. 226-230) [sic para toda la cita].

Por su parte, el actor pide que se revoque parcialmente el fallo de primera instancia, en el sentido de que la excepción de inepta demanda, de que no se demandaron todos los actos fictos o presuntos, no tiene ningún respaldo jurídico, respecto de la diferencia de la cesantías (\$432.056) y la sanción moratoria, puesto que «la solicitud CII-9199 de 2004 ya había sido resuelta mediante oficio N.º DRHL-0871-04 del 27 de diciembre de 2004 [...] Fortalece esta tesis, la existencia de la prueba documental donde aparece la liquidación de la diferencia de cesantías por valor de \$ 432 056 demandada, la cual reposa en el expediente. El hecho de que se remitiera al Jefe de la División Financiera en virtud del artículo 33 del C.C. A., la orden de pago, no significaba que este debía expedir otro acto administrativo, sino ejecutar dicha orden [...]».



Por lo tanto, ante la negligencia de pago del jefe de la división financiera, lo que opera es la sanción prevista en la Ley 244 de 1995, artículos 1.º y 2.º, subrogados por la Ley 1071 de 2006, artículos 4.º y 5.º, respectivamente (ff. 231-234).

#### IV. TRÁMITE PROCESAL

**4.1** Los recursos de apelación interpuestos fueron concedidos, en audiencia de conciliación de 23 de septiembre de 2014, ante esta Corporación (f. 242), y se admitieron por proveído de 21 de enero de 2015 (f. 246); y, después, en providencia de 8 de abril siguiente, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 248), oportunidad aprovechada solo por el último de ellos.

**El Ministerio Público** (ff. 250-255). La señora procuradora segunda delegada ante esta Corporación estima que debe revocarse el ordinal segundo del fallo, debido a que, en los desprendibles de nómina que obran en el expediente (ff. 38-44), no figura que al demandante se le haya cancelado la diferencia en las cesantías de 2003, con inclusión del factor sobresueldo; por lo que se deberá condenar a la indemnización moratoria, de la manera prescrita en la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006.

En relación con el pago de la prima de vacaciones, se observa que el actor no incluyó esa solicitud en la petición de 10 de enero de 2006 que originó el acto ficto, por lo cual procedía la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y la inhibición para pronunciarse sobre esta pretensión, como lo decidió el *a quo* y se deberá confirmar en este punto el fallo apelado.



Por último, en lo relativo al pago de las vacaciones del 19 de diciembre de 2005 al 30 de enero de 2006, en el proceso no se demuestra su pago, a pesar de que la demandada alega que ya fueron canceladas, carga que a ella le correspondía, de conformidad con lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC).

**4.2.** El pasado 11 de julio, se dictó **auto para mejor proveer** (f. 257 y vto.), en el que se solicitó de la Universidad del Atlántico que certificara sobre el pago al actor de las siguientes prestaciones sociales: diferencia de cesantías correspondiente al año 2003, en cuantía de \$432.056; vacaciones, cuyo disfrute fue concedido, entre el 19 de diciembre de 2005 y el 30 de enero de 2006, y la respectiva prima de vacaciones.

Acerca de ello, la entidad accionada, mediante oficio 20196040110363 de 2 de octubre del año que corre, del jefe de departamento de talento humano, remite la misma documentación recaudada en el proceso, sin precisar la información que se le requirió (ff. 259-279).

## V. CONSIDERACIONES

**5.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

**5.2 Problema jurídico.** Corresponde a la Sala determinar si, en los términos de los recursos de apelación, se configuran, por una parte, los presupuestos establecidos en el artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006 sobre el reconocimiento de la sanción moratoria, en relación con la diferencia del auxilio de cesantía de 2003 del demandante; y, por la otra, si a este le asiste



el derecho al pago de las vacaciones por el período comprendido entre el 19 de diciembre de 2005 y el 30 de enero de 2006.

**5.3 Caso concreto.** A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Oficio de 11 de mayo de 2004, de la jefe de la división de recursos humanos (e.), de la Universidad del Atlántico, dirigido al actor, en que hace referencia a un escrito (radicado 2904) que este había presentado el 5 de mayo anterior, en que le informa que *«[a]l momento de reversar la nómina con los factores salariales para el cálculo de las cesantías, de manera involuntaria se omitió el factor sobresueldo en la misma, detectada y verificada esta inconsistencia se procedió a liquidar la diferencia originada por este factor y se remitió a nómina para el pago en el mes de mayo»* (f. 19).

b) Oficio DRH-L 0871-04 de 27 de diciembre de 2004, de la jefe de la división de recursos humanos (e.), de la Universidad del Atlántico, en que le comunica al demandante que *«[e]fectivamente se realizó nómina adicional en mayo de 2004, con el objetivo de cancelar la diferencia en las cesantías liquidadas este año, por lo que la misma se remitió a la División Financiera para su correspondiente pago [...]»*. (f. 20).

c) Copia de una tabla en que figuran diferencias del auxilio de cesantía de 2003 de varios empleados de la entidad accionada y, entre ellos, el accionante (f. 22).



d) Resolución 1119 de 28 de noviembre de 2005, de la rectora de la Universidad del Atlántico (e.), por medio de la cual se le concedió al actor el disfrute de las vacaciones entre el 19 de diciembre de 2005 y el 30 de enero de 2006 (ff. 24-36).

e) Escrito del accionante, de 10 de enero de 2006, en que solicita del jefe de recursos humanos de la Universidad del Atlántico, el pago de la diferencia de cesantía de 2003 y de las vacaciones del 19 de diciembre de 2005 al 30 de enero de 2006 (f. 37).

f) Acuerdo 2 del consejo superior de la Universidad del Atlántico, «*[p]or el cual se suprime una dependencia de la estructura administrativa de la Universidad del Atlántico*» (ff. 47-52).

g) Comprobantes de pago mensual, entre enero de 2005 y 2006, planillas de liquidación de salarios 2003 al 2005 y resumen de la historia laboral del demandante (ff. 260-276).

De las pruebas que obran en el expediente, se desprende que el consejo superior de la Universidad del Atlántico, a través de acuerdo 2 de 20 de diciembre de 2005, suprimió el Instituto Pestalozzi de la organización administrativa de dicha institución, a partir del primero de enero de 2006, y, como consecuencia de ello, todos sus empleos, de los cuales en uno se desempeñaba el actor como de docente de tiempo parcial.

En la sentencia de primera instancia, respecto de la pretensión de pago de la diferencia de la cesantía de 2003 y su sanción moratoria, el *a quo* se declaró inhibido para conocerla y decretó de oficio la excepción de inepta demanda parcial, puesto que consideró que el acto que debió demandarse era el oficio



DRH-L-0871-04 de 27 de diciembre de 2004, y no el que se constituyó con el silencio negativo de la Administración.

Al respecto, se tiene que en el citado oficio DRH-L-0871-04, de la jefe de la división de recursos humanos (e.) de la Universidad del Atlántico, de 27 de diciembre de 2004, se da respuesta al demandante de su escrito identificado con el radicado C11-9199 de 2004, en los siguientes términos: «*[e]fectivamente se realizó nómina adicional en mayo de 2004, con el objetivo de cancelar la diferencia en las cesantías liquidadas este año, por lo que la misma se remitió a la División Financiera para su correspondiente pago. Por tal razón, y con fundamento en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, se remite copia de su petición a la División Financiera con el objetivo que se realice el respectivo pago de nómina adicional [...]» (f. 20).*

Pero previo a esta comunicación, la misma funcionaria había respondido al demandante, a través de oficio de 11 de mayo de 2004, en contestación a un escrito que él había presentado, el 5 de mayo de 2004, con el número 2904, en el sentido de que «*[a]l momento de reversar la nómina con los factores salariales para el cálculo de las cesantías, de manera involuntaria se omitió el factor sobresueldo en la misma, detectada y verificada esta inconsistencia se procedió a liquidar la diferencia originada por este factor y se remitió a nómina para el pago en el mes de mayo» (f. 19), diferencia que aquel reclama porque no la pagaron, y, además, con la sanción moratoria pertinente.*

Igualmente, aduce el demandante que tampoco le fueron canceladas las vacaciones, con su respectiva prima, correspondientes al período 2004-2005, cuyo disfrute le fue concedido entre el 19 de diciembre de 2005 y el



30 de enero de 2006, mediante Resolución 1119 de 28 de noviembre de 2005, de la rectora de la Universidad del Atlántico (e.).

Significa lo precedente que la Universidad, por conducto de la jefe de la división de recursos humanos (e.), se pronunció, a través del oficio DRH-L-0871-04 de 27 de diciembre de 2004, de manera definitiva, en cuanto a la petición C11-9199 de 2004, que complementa, según se infiere, la contestación de 11 de mayo de ese año al escrito 2904 de 5 de mayo anterior —también concluyente— al aseverar que *«se realizó nómina adicional en mayo de 2004, con el objetivo de cancelar la diferencia en las cesantías liquidadas este año, por lo que la misma se remitió a la División Financiera para su correspondiente pago»*.

No obstante de esas dos declaraciones, la Administración no canceló la diferencia adeudada, conforme lo asegura el actor, por lo que, en escrito de 10 de enero de 2006, insistió no solo en el pago de esta prestación, sino que también pidió el concerniente a las vacaciones del 19 de diciembre de 2005 al 30 de enero de 2006; pero no obtuvo respuesta alguna. De ahí que, al afectarse su derecho, demande la existencia del silencio administrativo negativo, como decisión desfavorable de la Administración. En consecuencia, la excepción de inepta demanda parcial no tiene prosperidad alguna de declararse probada.

Así las cosas, al actor le asiste el derecho para que se declare la nulidad del acto administrativo negativo y se le restablezca su derecho, puesto que la entidad accionada reconoce la diferencia del auxilio de cesantía de 2003, en cuantía de \$432.056, a través de los oficios de 11 de mayo y 27 de diciembre de 2004, antes reseñados (ff. 19-20), y en un documento, sin fecha, pero con sello de autenticación de la Universidad del Atlántico, de



17 de febrero de 2011, firmado por la directora de recursos humanos y la coordinadora del fondo cesantías, que contiene una tabla en que figura dicho concepto (f. 22).

Al respecto, la Universidad del Atlántico, en la contestación de la demanda, arguye que *«se opone a la solicitud del salario moratorio por el concepto reclamado diferencia de cesantías del año 2003, por valor de \$432.056, la anterior oposición tiene su fundamento, a que mi mandante me informa que la cesantía de la cesantía fueron canceladas al actor en el mes de mayo de 2004, tal como consta en el documento expedido por la Universidad del Atlántico, GOMEZ ZARATE HENRRY, 8.531.175. Docentes Catedráticos T.P. Instituto Pestalozzi, código concepto, 202 cesantías, \$432.056. Total devengado 432.056 [...]»* (f. 128) [*sic para toda la cita*].

El anterior documento reposa en folio 144 del expediente, del que se observa que es un borrador de una posible nómina en que se halla consignado el valor de \$432.056 (202 CESANTÍAS), sin firmas, que no merece valor probatorio alguno; además, este monto no está registrado en las planillas de liquidación de los años 2003, 2004 y 2005, sobre los conceptos de salarios y prestaciones sociales recibidos por el actor, que fueron allegados al proceso, mediante oficio del pasado 2 de octubre, del jefe del departamento de gestión del talento humano de la Universidad del Atlántico, lo cual indica que el pago nunca se efectuó (ff. 259-277). Por lo tanto, el accionante tiene derecho al pago de la diferencia del auxilio de cesantía de 2003, por valor de \$432.056, a partir del momento en que se causó la prestación, o sea, cuando ella se hizo exigible, y no de la sanción moratoria, como se explica a continuación.

Sobre la sanción moratoria, se debe recordar que si bien es cierto que la Ley



244 de 1995 estatuyó la **sanción moratoria** solo para las cesantías definitivas —con el fin de igualar a los servidores públicos a lo regulado para los trabajadores privados en la Ley 50 de 1990 (artículos 99 a 102)—, no lo es menos que el artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006 modificó y adicionó su artículo 2.º, en el sentido de que «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» (negrillas fuera de texto).

Según la Ley 1071 de 2006, «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación», determina, en sus artículos 4.º y 5.º, el trámite de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales y la mora en el pago así:

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.

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.

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 este.

En efecto, ha de entenderse que la sanción moratoria estatuida en esta disposición es contra el empleador moroso y en beneficio del trabajador o empleado, puesto que el auxilio de cesantías debe ser recibido de manera oportuna en el momento que se necesita. Por ello, el legislador estableció una severa sanción de un día de salario por cada uno de retardo hasta que se haga efectivo su pago.

Sin embargo, en el presente asunto, la entidad accionada, según se colige de las pruebas recaudadas y de los razonamientos expuestos en el proceso, pagó de manera oportuna el auxilio de cesantía correspondiente al 2003, pero sin incluir el sobresueldo recibido por el demandante durante su vinculación laboral, lo cual ocasionó una diferencia de \$432.056 en el monto total. Esta divergencia no es motivo para que se imponga la sanción antes referida, puesto que lo se castiga no es el error en que se incurrió en la liquidación, sino el retraso del pago en su oportunidad legal.

Al respecto, esta subsección, en sentencia del pasado 20 de septiembre,<sup>1</sup> sostuvo:

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sentencia de 20 de septiembre de 2019, expediente: 08001-23-33-000-2016-01120-01, consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Fidel Ángel Morales Polo, demandado: Departamento Técnico Administrativo del Medio Ambiente de Barranquilla (DAMAB).



[...] una indebida liquidación de las cesantías por un pago que en sentir del actor es incompleto, no implica que el empleador haya incurrido en el supuesto de la norma que lo apremia con una sanción al no haber cancelado dentro de la oportunidad legal las cesantías anualizadas, pues una cosa es efectuar liquidación y cancelación de acuerdo a las directrices tomadas por la entidad demandada en su momento y otra es reconocer fuera del plazo determinado la prestación aludida.

22. Así las cosas, al no encontrarse probada una infracción de la norma jurídica por parte de la entidad empleadora, no puede generarse la consecuencia o efecto, que da lugar a imponer dicha sanción.

Por lo visto, en este caso particular, no procede la sanción moratoria, sino el pago actualizado de la diferencia de la cesantía, desde el instante en que se consignó el auxilio de cesantía de 2003 al demandante, que, según la planilla de liquidación del año 2004 (f. 262), los intereses de esta prestación fueron depositados en enero de ese año.

Sin embargo, en consideración a las fechas de los oficios de 11 de mayo y 27 de diciembre de 2004, de la jefe de la división de recursos humanos, en que se reconoce la divergencia en la liquidación del mencionado auxilio de cesantía, e inclusive de la petición del actor (10 de enero de 2006), respecto de la presentación de la demanda, el 26 de julio de 2011 (f. 115), han transcurrido más de tres años, que, según el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, es el término para que ocurra el fenómeno de la prescripción de «[1] *as acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*».

El demandante debió ejercer su derecho tres años antes de formular la demanda, puesto que en el proceso no se demuestra que entre el escrito de 10 de enero de 2006 y la interposición de la demanda, el 26 de julio de 2011, se haya interrumpido la prescripción; en consecuencia, el derecho se



encuentra prescrito.

Por último, en lo que hace al pago de las vacaciones del demandante del año 2005, cuyo disfrute fue concedido entre el 19 de diciembre de 2005 y el 30 de enero de 2006, con fundamento en el artículo 33 del Decreto 1279 de 2002,<sup>2</sup> mediante Resolución 1119 de 28 de noviembre de 2005, de la rectora de la Universidad del Atlántico (e.), el *a quo* accedió a su cancelación, en consideración a que no se demuestra en el proceso que hayan sido retribuidas. Pero, en la alzada, la demandada afirma que «*las vacaciones del actor fueron canceladas, tal como consta, en nómina por liquidación y beneficiario del actor, HENRRY GOMEZ ZARATE correspondiente a los periodos años 2004 a 2005.8, registra los conceptos bonificación 35% \$506.143. Prima de Vacaciones \$975.706 y Bonificación especial de recreación \$70.967*» (*sic* para todo el texto).

Sin embargo, al revisar los comprobantes de pago del demandante durante el 2005 (ff. 267-275), allegados por la Universidad del Atlántico, mediante oficio de 2 de octubre de este año, del jefe de departamento de gestión de talento humano, se observa que no existe una partida de vacaciones —como lo alega el recurrente—, sino de prima de vacaciones en el desprendible de febrero de 2005, por valor de \$975.706 (f. 268).

De hecho, la prima de vacaciones es una prestación que normalmente se cancela junto con las vacaciones, por ser adicional a estas, y a la que tienen

---

<sup>2</sup> Decreto 1279 de 2002, artículo 33. «Derecho y liquidación. Por cada año completo de servicios el personal docente tiene derecho a treinta (30) días de vacaciones, de los cuales quince (15) son hábiles continuos y quince (15) días calendario.

Parágrafo. Las vacaciones se liquidan con base en los siguientes valores, siempre y cuando el docente tenga derecho a ellos, en la fecha en la cual inicia el disfrute de aquellas.

a. La remuneración mensual.

b. Una doceava (1/12) de la Prima de Servicios.

c. Una doceava (1/12) de la Bonificación por Servicios Prestados».



derecho los servidores públicos; por lo que, en sana lógica, no podría siquiera pensarse que obedece a un pago anticipado de la prima de vacaciones del período 2004-2005, que se causó en el mes de agosto de 2005, de acuerdo con la Resolución 561 de 12 de agosto de 2004, del rector de la Universidad, que reintegró al actor *«en el cargo de Docente tiempo parcial estipulándose 24 horas semanales, con una asignación mensual de \$1.064.499,00 en la categoría de Primera a partir del 12 de Agosto de 2004»*, después de terminada la comisión en el empleo de rector del Instituto Pestalozzi (ff. 276-277) [*sic para toda la cita*].

Quiere decir lo anterior que la partida de prima de vacaciones (\$975.706) que figura en el comprobante de pago de febrero de 2005 (f. 268), que la Universidad del Atlántico aduce como cancelación de las vacaciones 2004-2005, se considera que no puede serlo, puesto que las vacaciones se pagan cuando se han causado, mas no por anticipado, y en el momento que se concede el disfrute, que se autorizó, mediante Resolución 1119 de 28 de noviembre de 2005, de la rectora (e.) de la institución, a partir del 19 de diciembre siguiente.

A pesar de lo que precede, entre el 19 de diciembre de 2005, fecha en que se hicieron exigibles, y la presentación de la demanda, 26 de julio de 2011, corrieron más de tres años, lo que conduce a que el derecho también se encuentra prescrito, de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968. Por lo tanto, no puede accederse a la pretensión.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se revocará la sentencia apelada y se declarará probada de oficio



la excepción de prescripción del derecho.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA

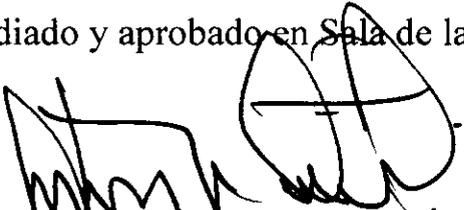
1.º Revócase la sentencia proferida el 31 de marzo de 2014 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Henry Álvaro Gómez Zárate contra la Universidad del Atlántico, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

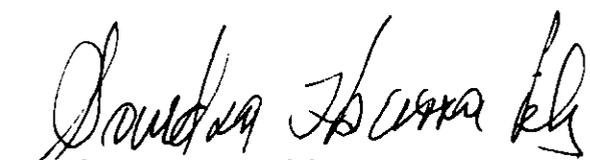
2.º Declárase probada de oficio la excepción de prescripción del derecho, de acuerdo con la motivación.

3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

  
CARMELO PERDOMO CUÉTER

  
SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

  
CÉSAR PALOMINO CORTÉS