

TITULO EJECUTIVO - Acto que no cuenta con las características propias / TRASLADO AL NUEVO REGIMEN DE CESANTIAS - Docente universitario / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acto administrativo que reconoce auxilio de cesantía. Procedencia

Los docentes universitarios que escogieron la opción de traslado al nuevo régimen de cesantías, como el demandante, quedaron sometidos a ese término de gracia concedido a la administración para el pago de la acreencia, circunstancia que hizo indeterminado el momento de exigibilidad de la obligación y por ende viable la procedencia de demandar vía acción de nulidad y restablecimiento de derecho, un acto que no cuenta con las características propias de un título ejecutivo. Precisado lo anterior, es del caso señalar que estuvo acertado el peticionario al considerar que para obtener el pago del 9.89% insoluto del auxilio de cesantías parciales, era necesario provocar un pronunciamiento concreto de la Universidad, acto administrativo a partir del cual pudiera iniciarse y agotarse la vía gubernativa si aquél fuere adverso, con miras a cumplir el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

ACTO ADMINISTRATIVO - Actos a demandar / ACTOS DEMANDABLES - Acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la administración frente a una situación jurídica particular y los que ajusten la vía gubernativa / DECLARACION INHIBITORIA - Configuración de la proposición jurídica incompleta que impide el ejercicio de la capacidad decisoria del juez

Es claro que en todo caso debe demandarse el acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la Administración frente a una situación jurídica particular, junto con aquellas decisiones que en vía gubernativa constituyan una unidad jurídica con el mismo, pues ello compone necesariamente la órbita de decisión del Juez frente a una pretensión anulatoria, precisamente por la identidad y unidad de su contenido y de sus efectos jurídicos, sin que pueda segmentarse bajo tales condiciones el análisis de su legalidad. Que la inobservancia de lo expuesto vicia sustancialmente el contenido de la pretensión anulatoria en el marco de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, lo que se traduce en la configuración de la denominada proposición jurídica incompleta que impide el ejercicio de la capacidad decisoria del Juez frente al litigio propuesto, tornando procedente la declaración inhibitoria al respecto. Que a nivel del petitum la situación en mención se suscita en dos casos de ocurrencia alternativa o sumada a saber: i) Cuando el acto acusado torna lógicamente imposible la decisión de fondo debido a una irreparable ruptura de su relación con la causa petendi, o ii) Cuando el acto demandando no es autónomo por encontrarse en una inescindible relación de dependencia con otro u otros no impugnados que determinan su contenido, validez o su eficacia, eventos en los que como se expresó resulta imposible emitir una decisión de fondo por parte del Juez.

CADUCIDAD DE LA ACCION - Definición

Como es sabido, la caducidad de la acción, es un fenómeno de creación legal, por cuyo efecto, el simple paso del tiempo impide el debate judicial sobre la legalidad de los actos de la Administración. Tradicionalmente se ha entendido como una manera de darle firmeza a las decisiones administrativas y de otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos.

AUXILIO DE CESANTIA - Pago porcentaje / ACTO QUE LIQUIDA CESANTIA - No procede control judicial cuando el trabajador está de acuerdo con la

liquidación / PASIVO DE CESANTIA - Es obligación de la universidad estatal cancelarlas / ENTE TERRITORIAL - Debe concurrir al pago de las cesantías de los docentes

El actor solicitó mediante derecho de petición del 22 de septiembre de 2003 a la Universidad del Magdalena, el pago del 9.89% del auxilio de cesantías parciales. Que como respuesta a tal solicitud el Rector de la Universidad del Magdalena profirió el acto demandado del 24 de octubre de 2003, que negó tal reconocimiento con el argumento de que a la fecha el Departamento del Magdalena y/o la Gobernación del Departamento, no ha transferido los recursos correspondientes a la Universidad para el pago del porcentaje del 9.89% en que este Ente territorial debe concurrir al pago de las cesantías de los docentes de la Universidad del Magdalena.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de octubre de 2011.

Radicación número: 47001-23-31-000-2004-00514-01(0219-10)

Actor: RODRIGO OÑATE VILLA

Demandado: UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA Y DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA

I. ANTECEDENTES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 21 de octubre de 2009, dentro del proceso promovido contra la Universidad del Magdalena y el Departamento del Magdalena.

2. PRETENSIONES

El señor RODRIGO OÑATE VILLA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó de esta jurisdicción lo siguiente:

“PRIMERA: Declarar la nulidad del Acto Administrativo de fecha 24 de Octubre de 2003, proferido por el Rector de la Universidad del Magdalena, señor, CARLOS EDUARDO CAIDEDO OMAR, Acto Administrativo, plasmado en documento que anexo a la presente demanda y en el cual manifiesta en su parte final:

“En este orden de ideas y de acuerdo a lo expresado anteriormente, teniendo en cuenta que el resto de sus peticiones se generan de la no cancelación por parte de la Gobernación del Porcentaje del 9.89% de sus cesantías definitivas, esta institución no puede acceder a su solicitud.”

Frente a mis PETICIONES, elevadas a través de agotamiento de vía gubernativa de Reclamo, mediante escrito presentado el día 22 de septiembre del año 2003, respecto al pago del nueve punto ochenta y nueve por ciento (9,89%), de la cesantía que me corresponde, tomando como base de liquidación el último salario, por mi devengado, más los intereses del doce por ciento (12%), ya reconocido mediante Acto Administrativo. Dado que, mi cesantía ha sido parcial y no definitiva. Según consta en la Resolución 1133 del 13 de octubre de 1994, cuando se canceló el 80% de ellas.

SEGUNDA: Declarar que la Universidad del Magdalena se halla en mora en el pago correspondiente al NUEVE PUNTO OCHENTA Y NUEVE PORCIENTO, (9.89%) del total de mis cesantías definitivas.

TERCERA: Declarar que la Universidad del Magdalena, es responsable por el incumplimiento y por lo tanto deberá restablecerme el derecho, cancelándome el valor adeudado, con intereses moratorios e indemnización.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó:

“CONDENAS:

PRIMERA - Condenar a la Universidad del Magdalena al reconocimiento y pago del NUEVE PUNTO OCHENTA Y NUEVE POR CIENTO, (9.89%), del total del auxilio de Cesantía, faltante que me corresponde, y no se me ha pagado, tomando como base de liquidación el último salario devengado a partir del día en que fui pensionado, esto es el día 1° de Marzo, del año 2003, en desarrollo del artículo 88 de la Ley 30 de 1992, el Decreto 1444 de 1992 y demás normas que lo complementan o adicionan.

SEGUNDA. - Condenar a la Universidad del Magdalena al reconocimiento y pago del DOCE POR CIENTO (12%), de intereses sobre la cesantía, causados y no cancelados oportunamente, según el Acto Administrativo que ordenó su pago, por haberme acogido al sistema de liquidación del Decreto 1414 de 1992 y demás normas que lo complementan o adicionan.

TERCERA.- Condenar a la Universidad del Magdalena, al reconocimiento y pago de la indemnización consagrada en la Ley 244 de 1995, por el retardo en el pago total del Auxilio de Cesantía, a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago, a partir del día hábil N°. 450, esto es, a partir del 7 de mayo del año 2003, después de mi desvinculación como docente de tiempo completo, cual fue el 28 de febrero del año 2003, fecha en que se hizo exigible y hasta cuando definitivamente se cancele la deuda por concepto de Pago Definitivo, de mis cesantías, obligación que tiene la Universidad del Magdalena, como empleador al terminarse mi contrato de trabajo.

CUARTO, - Ordenar la indexación de los valores que resulten de la Sentencia, de conformidad con las pautas fijadas por la Honorable Corte Constitucional, según Sentencia T-4 18 de 9 de septiembre del año 1996, modificada favorablemente para los trabajadores, según criterios expuestos en la sentencia C-188 de 1999.

QUINTA,- Condenar a la Universidad del Magdalena, al reconocimiento y pago de las costas procesales y agencias en Derecho, a que haya lugar.

SEXTA,- Para el cumplimiento de la Sentencia, se ordenará dar aplicación a los Artículos 176 y 177 del Código Contencioso administrativo.”

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que fundamentan las pretensiones del señor Rodrigo Oñate Villa, se pueden resumir de la siguiente manera:

Que se vinculó a la Universidad del Magdalena, como docente de tiempo completo el día 29 de marzo de 1976, según consta en el acta de posesión.

Que adquirió el status de pensionado en el mes de septiembre de 2002, previo los requisitos de edad y tiempo de servicios esenciales para gozar de ese derecho, que fue desvinculado el día 28 de febrero de 2003 y hasta el momento la Universidad del Magdalena quien fue su empleadora durante 26 años y 10 meses, no ha cancelado en su totalidad el auxilio de cesantía por no haberle pagado el (9.89%), para completar el 100% y se pueda hablar del pago definitivo de cesantías.

Que el 3 de septiembre de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1444, por medio del cual se dictaron disposiciones en materia salarial y prestacional para los Empleados Públicos Docentes de las Universidades Públicas del Orden Nacional.

Que mediante la expedición del Decreto N°. 55 del 10 de enero del año 1994, se facultó a los empleados públicos docentes de la universidades públicas estatales u oficiales del orden departamental, municipal y distrital, vinculados actualmente por el estatuto docente vigente de la respectiva universidad para optar por el régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1444 de 1992.

Que de conformidad con el artículo 10 del Decreto N°. 15 de 1996. "Los empleados públicos docentes de las universidades estatales u oficiales podrán optar por el régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1444 de 1992, el Decreto 26 de 1993, el Decreto 54 de 1994 el Decreto 55 de 1995 y aquellos que lo adicionen y modifiquen".

Que subsiguientemente a la expedición de las mencionadas Disposiciones se profirió el Decreto N°. 44 del 5 de enero de 1996, por medio del cual se dictaron disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados públicos docentes de las Universidades estatales u oficiales del orden departamental, municipal y distrital.

Que teniendo en cuenta estas opciones sobre el régimen salarial y prestacional decidió acogerse al nuevo régimen establecido en el Decreto 1444 de 1992 y las demás normas que lo complementaron y extendieron a los docentes universitarios del orden departamental o municipal.

Que la Universidad del Magdalena para cumplir con la obligación anteriormente mencionada, expidió la Resolución N°. 1133 del 13 de octubre de 1994, que reconoció al actor una cesantía parcial por el periodo correspondiente entre el 29 de marzo de 1976 y el 30 de abril de 1994, por valor de \$18.057.607.00, y se ordenó el pago por la suma de \$14.446.085.60, correspondiente al 80% del valor total de la cesantía del periodo afectado. Quedando pendiente un saldo del 20% de las cesantías.

Que el día 28 de septiembre de 2001, se llevó acabo audiencia de conciliación ante la Procuraduría N° 43 en lo Judicial, Asunto Administrativos de Santa Marta, en donde se llegó al acuerdo de realizarle otro pago parcial, del 10.11% sobre el 20% restante, y la Universidad del Magdalena, así lo hizo quedando pendiente por pagar el (9.89%) del auxilio de cesantías, porcentaje que hasta la fecha no ha cancelado la Universidad del Magdalena a pesar de haberse finalizado el contrato de trabajo mediante la Resolución 0073 de 2003.

Que respecto a los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001 y 2002, la cesantía fue liquidada anualmente y consignada en un Fondo Privado de Cesantías, en aplicación de las normas que dispusieron este nuevo sistema de liquidación para los docentes universitarios.

Que para la fecha de presentación de la demanda la Universidad del Magdalena aún no le ha pagado al actor el porcentaje del 9.89% del auxilio de cesantías definitivo con corte a diciembre de 1996, a pesar de tener el status de pensionado

Que ante tal situación el día 22 de septiembre de 2003, presentó escrito de agotamiento de la vía gubernativa ante la Oficina de Recurso Humanos de la Universidad del Magdalena, para lograr el reconocimiento de sus derechos.

Que mediante el acto administrativo de 24 de octubre de 2003, notificado el 31 de octubre del mismo año, el Rector de la Universidad del

Magdalena, al darle respuesta al derecho de petición elevado le manifestó que el 9.89% adeudado le correspondía pagarlo al Departamento quien se encontraba intervenido económicamente, y no había transferido los recursos correspondientes a la Universidad para efectuar dicho pago.

Que el 15 de diciembre de 2003, presentó solicitud extrajudicial de conciliación con la Universidad del Magdalena, ante el señor Procurador Judicial N° 43 ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, para que la Universidad le reconociera y pagara el 9.89%, que se le debe del valor total de las cesantías definitivas y el pago de la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de retardo en el pago.

Que la solicitud anteriormente mencionada, suspendió el término de caducidad de la acción de nulidad del acto administrativo que se demanda, es decir, el fecho el 24 de octubre de 2003, como quiera que a los 4 meses con los que se cuenta para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en tiempo, deben agregársele 60 días (hábiles) y descontarle los 20 días de diciembre del año 2003 al 12 de enero de 2004, fecha en que estuvo de vacancia la rama judicial, motivo por el cual se debe concluir que la acción se interpuso en tiempo.

Que la Universidad del Magdalena en mayo de 2003, celebró contrato de transacción de derechos laborales con un grupo de profesores, sobre el pago del 9.89%, el cual fue presentado ante el Tribunal Administrativo del Magdalena, quien aceptó el acuerdo al que llegaron las partes.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Citó como normas transgredidas el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 4°, 13, 25, 53 de la Constitución Política; la Ley 6ta de 1946; el Decreto 1160 de 1947; Decreto 1945 de 1978; Ley 50 de 1990; artículos 98, 99 y demás normas concordantes; Ley 4ta de 1992; Ley 244 de 1995; Decreto 1444 de 1992; Decreto 26 de 1993; Decreto 54 y 55 de 1994; Decreto 55 de 1995; Decreto Ley 44 de 1996.

Como concepto de violación, la parte actora señaló que el auxilio de cesantía consiste en una compensación adicional, que la ley reconoce al

trabajador por los servicios que ha prestado a otra persona natural o jurídica, porque evidentemente solo se reconoce en virtud de esos servicios. Si no se ha prestado un servicio, no existe la posibilidad de que ese auxilio se reconozca. Y es adicional, porque se reconoce, además del salario y otras prestaciones de carácter indemnizatorio, que también se satisface en dinero en efectivo.

Que el principio general es, pues, el de que todo Empleador esta en la obligación de pagar por ley al trabajador, público o privado, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de sueldo por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de años.

Que los elementos que lo integran son en consecuencia: En primer lugar, todos los patrones y en segundo, el auxilio solo se paga al terminar el contrato de trabajo.

Que de conformidad con lo anterior, es claro que la Universidad del Magdalena, ha violado los artículos 249 a 258 del Código Sustantivo del Trabajo, al cual está sometido el nuevo sistema de liquidación de los servidores públicos, profesores de Universidades del Orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal ordenadas en el Decreto 1444 de 1992.

Que al acogerse al sistema de liquidación consagrado en el decreto anteriormente mencionado y demás normas que lo complementan, renunció a la retrospectividad de esta prestación social, con la esperanza de que su derecho le fuera reconocido total y oportunamente situación que no ocurrió en el sub examine.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La parte demandada contestó oportunamente el libelo oponiéndose a las pretensiones de la demanda y proponiendo las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho e ineptitud sustantiva.

Manifestó, que el actor cumplió sus funciones de docente en la Universidad del Magdalena y se acogió al régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1444 de 1992, que en concordancia con el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 015 de 1996, se estableció un corte de cesantías al 15 de abril de 1994 y al 31 de diciembre de 1996, cesantías que debían cancelarse por la Universidad a más tardar en el mes de mayo de 1994 y febrero de 1997.

Que el Gobierno Nacional adoptó las medidas necesarias para garantizar los aportes presupuestales para el pago del pasivo prestacional, consistente en las cesantías adeudadas a los docentes de las Universidades.

Que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES, establecieron con base en los aportes de la Nación, los Entes Territoriales y las mismas Universidades, el monto de los aportes en que debía concurrir cada ente para el pago del pasivo sobre cesantías a cargo de las Universidades.

Que a la Nación le correspondió aportar en un 80%, al Departamento del Magdalena en el (9.89%) y a la Universidad del Magdalena en el (10.11%) del pago de cesantías adeudadas a los docentes que se acogieron al régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1444 de 1992 de conformidad con la Ley 50 de 1990.

Que la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público situó los dineros correspondientes al (80%) del valor de las cesantías de los docentes acogidos previamente al régimen salarial y prestacional del Decreto 1444 de 1992, procediendo la Universidad a la consignación inmediata de esos recursos en los respectivos fondos, de la misma manera cumplió la Universidad con su aporte del (10.11%) al cancelar al docente sus cesantías en igual porcentaje.

6. EL FALLO RECURRIDO.

El Tribunal Administrativo del Magdalena, declaró probada en forma oficiosa la excepción de caducidad de la acción. Manifestó, que dentro del expediente se observa la Resolución 1133 del 13 de octubre de 1994, que reconoce al actor el pago de una cesantía parcial correspondiente al período

comprendido entre el 29 de marzo de 1979 y el 30 de abril de 1994 a favor del actor en virtud de haberse acogido al nuevo régimen de liquidación del auxilio de cesantía que establece el Decreto 1444 de 1992 por la suma de (\$18'057.607.00) equivalentes al 100% de la misma pero ordenando tan solo el pago de (\$14'446.085.60) correspondiente al 80% del auxilio de cesantía disponiendo que dicha suma se depositara en la administradora de Fondos de Cesantías y Pensiones (Colpatria) escogida por el actor.

Tambien, obra en el plenario el acta de conciliación del 28 de septiembre de 2001 surtida ante la Procuraduría N°. 43 en lo Judicial Asuntos Administrativos de Santa Marta celebrada entre el actor y el apoderado judicial de la entidad demandada dentro de la cual conciliaron el monto correspondiente al 10.11%, quedando un saldo pendiente por pagar equivalente al 9.89% cuya cancelación el actor solicitó a través de escrito elevado en calenda el 22 de septiembre de 2003 siendo resuelto por parte de la entidad demandada el 24 de octubre de 2003, fundamentando tal decisión en el hecho de que la Universidad ya le había cancelado el 80%, monto con el cual concurre la Nación y el 10.11% cuya cancelación corresponde a la Universidad aduciendo que el porcentaje del 9.89%, excedente le corresponde asumirlo al Departamento del Magdalena el cual se encuentra intervenido económicamente y a la fecha no ha cancelado el referido porcentaje con el cual debe concurrir.

Señaló, que por regla general la vía procesal pertinente para controvertir el derecho que le asiste a los empleados públicos al pago del auxilio de cesantía y el reconocimiento de la sanción moratoria que se causa como consecuencia del pago tardío de la cesantía es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante esta jurisdicción. En el caso sub examine existe un acto de reconocimiento del 100% proferido por la Universidad del Magdalena entidad en la que en última recae la obligación de cancelar las sumas correspondientes a las cesantías y demás acreencias laborales de sus empleados, lo que significa según el criterio del Consejo de Estado, que actor no precisaba provocar un pronunciamiento previo de la entidad demandada con la solicitud presentada el 22 de septiembre de 2003, puesto que su acreencia ya se encontraba reconocida lo pertinente era que en sede judicial ante la jurisdicción

ordinaria laboral, se solicitara el cumplimiento de la obligación contenida en el acto de 13 de octubre de 1994, mediante la acción ejecutiva.

Que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado en un caso similar al presente¹, lo procedente era que el demandante presentara demanda ejecutiva ante la jurisdicción ordinaria a fin de que en sede judicial se hiciera efectivo el pago del 100% del auxilio de cesantía, conforme a la obligación contenida en la Resolución 1133 de 13 de octubre de 1994, sin embargo toda vez, que el actor optó por presentar equivocadamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el oficio del 24 de octubre de 2003 proferido por el Rector de la Universidad del Magdalena en respuesta a la petición elevada el 22 de septiembre de 2003, la misma se encuentra caducada, puesto que surge al rompe que lo pretendido por el actor con la solicitud en mención es revivir términos que se encuentran más que fenecidos, toda vez, que su inconformismo se deriva principalmente de la Resolución N°. 1133 del 13 de octubre de 1994 habida consideración que en ésta a pesar de que se reconoce el 100%, solamente se ordena el pago del 80%, y bajo esta óptica, de la fecha en la cual se profirió éste acto a la de la presentación de la demanda en el año 2004 han transcurrido 10 años, razón por la cual, es claro que se encuentra caducada la acción impetrada.

Que a pesar de lo anterior, si aún en gracia de discusión se aceptara que la acción no se encuentra afectada por el fenómeno jurídico de la caducidad, el derecho al pago de las cesantías se encontraría prescrito por cuanto para el caso sub exámine el derecho se hizo exigible a partir del acto administrativo que ordena el reconocimiento y pago de las cesantías parciales Resolución 1133 del 13 de octubre de 1994, por un valor de (\$18'.057.607), esto es, el cien por ciento de la prestación.

Que en el presente caso si el término de prescripción se hubiere empezado a contar a partir de la fecha en que se hizo el reconocimiento a saber: 13 de octubre de 1994, es claro que los tres años para presentar la reclamación fenecieron en el año 1997 y dado que la solicitud sólo fue presentada el 23 de

¹ Radicación N° 47-001-2331-000-2005-00033-01Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez.

septiembre de 2003, es decir 8 años después, es evidente que se encontraba más que prescrito el derecho del demandante.

Que en consecuencia, es factible llegar a la conclusión que aún en el evento hipotético de no aceptarse el planteamiento de hallarse por demás extinguido el plazo para ejercitar la acción, lo pertinente hubiera sido que se declararan extinguidos los derechos invocados por la parte actora por el paso inexorable del tiempo, habida cuenta de que transcurrió el término de los tres años sin que el demandante presentara su reclamación, porque si bien es cierto, que la formulación de la misma interrumpe el lapso trienal es obvio que en el sub exámine no hay lugar a tal interrupción porque la misma se hizo por fuera del término legal.

Así las cosas, si se hubiera declarado probada la prescripción respecto de la pretensión principal, ésta también operaría respecto de la sanción moratoria, siguiendo el aforismo que reza que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Afirmó, que respecto de la solicitud del peticionario de que se le pague el 12% por concepto de intereses sobre las cesantías que le fueron liquidadas a través de los actos que ordenaron el pago del monto del 9.89%, es decir, los intereses aplicables al auxilio de cesantía causada bajo el régimen anterior.

Que atendiendo al hecho de que el actor es un funcionario público del orden departamental, su relación jurídica se encontraba reglamentada por las leyes 6ta de 1945 y 65 del 1946 en cuyo caso la liquidación del auxilio de cesantía debía efectuarse teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o todo el tiempo de servicio, si fuere menor de doce meses. De tal suerte, que la prestación así consagrada tenía un carácter retroactivo; sin embargo, por medio del Decreto 3118 de 1968 se creó el Fondo Nacional del Ahorro como establecimiento público vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico con los objetivos de pagar oportunamente el auxilio de cesantía a

empleados públicos y trabajadores oficiales proteger dicho auxilio contra la depreciación monetaria a través del reconocimiento de intereses sobre las sumas acumuladas a favor del empleado. En tal virtud comenzó el desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías en la rama ejecutiva nacional dando paso al sistema de liquidación anual.

Que en el orden territorial el auxilio monetario siguió rigiéndose a la luz de lo normado en el literal a) de la Ley 6ta de 1945 y los artículos 1° del Decreto 2767 de 1945, 1° de la Ley 65 de 1946 y 1°, 2°, 5° y 6° del Decreto 1160 de 1947, liquidación reconocimiento y pago de las cesantías aún se aplica sin que haya lugar al pago de intereses. Empero, en el año 1990 se profirió la Ley 50 que modificó el sistema liquidatorio y pago del auxilio de cesantía ya que a 31 de diciembre de cada anualidad o por fracción se hará la liquidación correspondiente y sobre ese valor se liquidará por concepto de intereses al 12% o de manera proporcional por fracción de año.

Que este último sistema fue el autorizado para adoptar por parte de las universidades estatales conforme al párrafo del artículo 88 de la Ley 30 de 1992 y efectivamente acogido por medio del artículo 1° de Decreto 15 de 1996 que invitaba a los empleados docentes a optar por este régimen o a continuar con la retroactividad del auxilio de cesantía.

Que en el sub examine, este nuevo sistema fue el acogido por el actor con anterioridad al 30 de abril de 1994, sin que significara per se el reconocimiento de intereses a la cesantía por el tiempo laborado, por la potísima razón de que el auxilio se liquidó con el sistema anterior, esto es, retroactividad de la cesantía lo cual implicaba se excluyera tal reconocimiento. De tal suerte, que sólo a partir de la providencia calendada de acogimiento al nuevo régimen de liquidación de cesantías bien podía el actor impetrar el reconocimiento del 12% de intereses sobre la prestación consignada. Razón por la cual es a todas luces improcedente esta pretensión tomando en consideración, se repite, el carácter retroactivo del auxilio de cesantía reconocido y liquidado al demandante. Así las, cosas tales argumentos sería suficientes per se a fin de despachar en forma desfavorable las pretensiones que se aducen.

7. EL RECURSO

La parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque el fallo de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

Manifiesta, que la afirmación del Tribunal de que el acto que debía haber sido demandado por el actor, era la Resolución 1133 del 13 de octubre de 1994, habida consideración de que en ésta, a pesar de que se reconoció el 100% solamente se ordenó el pago del 80%, es errada como quiera que mal podía estar en desacuerdo con el valor reconocido en dicha resolución cuando este correspondía al monto de sus cesantía consolidada al 30 de abril de 1994.

Que la obligación contenida en tal acto aún no era exigible, toda vez que estaba sometida al plazo inicial de 2 años señalado en el artículo 3° del Decreto 55 de enero de 1994 para la cancelación de las cesantías que se reconocieran a quienes optaran por el régimen salarial y prestacional del Decreto 1444 de 1992, ampliado posteriormente por el Gobierno Nacional en los párrafos primero y tercero del artículo 1° del Decreto 15 de 1996.

Que mal podía considerar el *A Quo* el agotamiento de la vía gubernativa a partir de la impugnación de la Resolución 1133 de 1994, cuando tal acto no había sido atacado como quiera que no desconocía derecho alguno y por lo tanto, el término de gracia para el cubrimiento anticipado de la cesantía reconocida constituía ganancia en el tiempo y no un motivo de inconformidad.

Que no comparte la apreciación de que la vía adecuada para reclamar el porcentaje faltante era la ejecutiva, como quiera que en el presente

caso la obligación que emana de la Resolución 1133 de 1994 no es una obligación pura y simple por cuanto la obligación allí contenida estaba sometida al plazo determinado en los Decretos 55 de 1994 y 15 de 1996 por ministerio de la disposición legal, que establece que en los actos jurídicos operan, al lado de lo convenido por las partes, lo que la Ley haya establecido como imperativo en el asunto de que se trate.

Que de conformidad con lo anterior, todos los docentes que escogieron la opción por traslado al nuevo régimen de cesantías quedaron automáticamente sometidos por Ministerio de la Ley, a ese término de gracia concedido a la administración para el pago de la acreencia; plazo del que cabe anotar la indefinición acerca de su extremo inicial, lo que hace incierta la exigibilidad de la obligación.

Que así las cosas, una Resolución de la administración como la 1133 de 1994, no contiene una obligación claramente exigible, pues si una norma vigente y aplicable al asunto que ella trata, establece un plazo incierto para su pago, como es el señalado en las normas citadas con la expresión “en un plazo no superior a 2 años”, manifiestamente ambigua en virtud de que no señala el extremo cronológico inicial de dicho plazo, da lugar a un abanico de interpretaciones.

Que no es acertada la afirmación del *A Quo* al considerar que lo pertinente habría sido acudir a la ejecución de la Resolución 1133 de 1994, cuando lo relevante no es cual de estas tesis acerca del plazo o de la persona obligada es la acertada, sino el hecho de que la naturaleza del proceso ejecutivo no permite el debate sobre tesis opuestas acerca de alguna de las condiciones esenciales del título ejecutivo.

Que es erróneo considerar que la Resolución 1133 de 1994, es un título ejecutivo, pues al no existir un acto de la Universidad que niega el pago del 9.89% y por ende la imposibilidad de agotar la vía gubernativa, hace imposible contar el término de caducidad a partir de la Resolución N°. 1133 de 13 de octubre

de 1994, porque tal acto no prestaba mérito ejecutivo, y no habiendo razón para impugnarlo dentro del término de ley, no podía ser fuente de agotamiento de la vía gubernativa.

Que por lo tanto, en su parecer, era necesario, como se hizo, provocar un pronunciamiento concreto de la Universidad del Magdalena acerca del pago del aludido 9.89% de cesantías, en un acto administrativo a partir del cual pudiera iniciarse y agotarse la vía gubernativa si aquél fuera adverso, con miras a cumplir el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Que dado que en el presente caso no hubo inicio de la vía gubernativa, y por ende tampoco del término de caducidad, ni respecto de la Resolución 1133 de 1994, ni respecto de la respuesta dada por la Universidad del Magdalena a la solicitud de pago del 9.89% de las cesantías, porque en ninguna de ellas se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 48 del C.C.A., mal puede llegarse a la conclusión que llegó el Tribunal.

Respecto de la prescripción manifiesta, que uno de los rasgos inherentes al régimen retroactivo de la cesantía, común al del régimen anual, es que si bien el valor de ella, se va consolidando a lo largo de la relación laboral o legal y reglamentaria, el pago del mismo sólo es exigible al romperse la vinculación, pero ello no obsta para que el servidor pueda solicitar y obtener el pago parcial de la cesantía, frente al cual se impone la siguiente salvedad: si una vez autorizado el pago parcial solicitado, el trabajador desiste de reclamarlo, su derecho a que ese valor le sea entregado al finalizar la relación no prescribe por ello. En ese momento la relación se liquida en el sistema tradicional, por una sola vez y de manera definitiva con base en el último salario devengado por el servidor.

Que es esta la regla que gobierna el 9.89% que en el presente proceso se reclama, porque dicho porcentaje pertenece a las cesantías causadas bajo aquél régimen y no bajo el de liquidación anual de la prestación. El derecho a recibirlas surge por lo tanto, con el cese definitivo de la relación laboral, independientemente de que el empleador ofrezca y se comprometa, a pagar el valor de ellas en ocasión anterior a la desvinculación del trabajador.

Que los fondos de cesantía no son sino depositarios de unas sumas de dineros anualmente calculadas, destinadas a cubrir el derecho a la cesantía a la finalización del contrato. Luego prescribe el derecho del trabajador a que se le deposite la cesantía en el fondo elegido por él, y la indemnización que ello acarrea, pero no el derecho a percibir la cesantía al final de la relación a la consiguiente sanción moratoria por el retraso en el pago a partir de esa fecha.

Que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar, porque el reclamo del pago del 9.89% del pago parcial ofrecido, se hizo dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que terminó la relación de trabajo con la Universidad del Magdalena.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante reiteró los argumentos del recurso de apelación y señaló que el *A Quo* omitió dar una adecuada valoración al caso puesto a su consideración pues se enfocó en realizar un análisis respecto de un acto que no era objeto de enjuiciamiento.

Que el fenómeno extintivo de la caducidad no ha operado, como quiera que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 446 de 1998, el término de caducidad no correrá desde el recibo de la solicitud en el despacho del Agente del Ministerio Público, hasta por un lapso de 60 días.

Que dado que en el presente caso el día 15 de diciembre de 2003, elevó solicitud extrajudicial de conciliación ante el Procurador 43, es claro que debían sumarse los 60 días a los 4 meses con los que se cuenta para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento en tiempo, razón por la que el actor contaba hasta el 30 de abril de 2004 e interpuso la acción el 29 del mismo mes y año, es claro que interpuso la acción en tiempo.

Que el Tribunal declaró en forma oficiosa la excepción de caducidad de la acción, en virtud de que transcurrieron más de los 4 meses entre la expedición del acto administrativo, esto es la Resolución 1133 del 3 de octubre de 1994 y la presentación de la demanda.

Precisó, que en el sub lite se ha dado una interrupción natural de la prescripción, como quiera que la Universidad del Magdalena, al llevar a cabo la audiencia de conciliación, reconoció su obligación e impidió que siguiera contabilizándose el término de prescripción.

Por su parte, el apoderado de la Universidad del Magdalena solicita se confirme la decisión de a quo y se declare probada la excepción de prescripción propuesta en la contestación de la demanda, como quiera que en su parecer el derecho al auxilio de cesantía surge para el actor el 30 de abril de 1994, toda vez que la Resolución 1133 del 13 de octubre de 1994 estableció que el periodo al cual el actor tiene derecho al pago de su auxilio de cesantía es el comprendido entre el 29 de marzo de 1976 y el 30 de abril de 1994, de tal suerte que el actor tenía tres años a partir de esta última fecha para solicitar el reconocimiento y pago a fin de interrumpir el fenómeno prescriptivo de sus derechos, lo cual solo vino a ocurrir el 22 de septiembre de 2004, siendo que el término feneció el 30 de abril de 1997.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

II. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que el marco de juzgamiento que delimita la segunda instancia, lo determina el recurso de apelación, corresponde a la Sala pronunciarse sobre la inconformidad que manifiesta el apelante, en el sentido de solicitar la revocatoria de la providencia del *A Quo* mediante la cual se declaró probada en forma oficiosa la excepción de caducidad de la acción, en este contexto la Sala debe realizar un análisis de fondo respecto del asunto puesto a su consideración, específicamente respecto de los siguientes puntos: 1) La procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a los actos que en principio son títulos ejecutivos; 2) La necesidad de controvertir el acto que contiene la manifestación de la voluntad de la administración y por ende la pertinencia de demandar la Resolución 1133 de 13 de octubre de 1994, acto mediante el cual se hizo el reconocimiento de unas cesantías parciales por cambio de régimen; 3) El caso concreto 4) La prescripción y 6) Reconocimiento del 12% de las cesantías.

1) Procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente actos que en principio son títulos ejecutivos.

A juicio del Tribunal en el presente caso, para hacer efectivo el pago del 100% del auxilio parcial de cesantías, lo pertinente era que se demandara ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria el acto contenido en la Resolución N°. 1133 de 13 de octubre de 1994, que efectuó el reconocimiento parcial de unas cesantías por cambio de régimen, como quiera que este acto contenía una obligación clara expresa y exigible, que no era susceptible de control ante esta Jurisdicción

Al respecto, esta Corporación en anterior oportunidad² al estudiar un caso similar al ahora puesto en consideración realizó las siguientes precisiones:

“En conclusión:

² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Exp. 76001 23 31 000 2000 02513 01 Número Interno (2777-04) del 27 de marzo de 2007. Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz. Magistrado Ponente DR Jesús María Lemos Bustamante.

(i) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

(ii) Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía.

(iii) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva.

(iv) **Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros, expresos y exigibles, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema.** De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.

Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho.” (negrillas de la Sala)

De lo anterior, es claro que ante esta jurisdicción pueden demandarse los conflictos que se susciten respecto de los elementos que conforman el título ejecutivo, pues al existir controversia sobre el derecho no es válida su ejecución.

El A Quo consideró que la inconformidad del demandante se originaba en la Resolución 1133 del 13 de octubre de 1994 habida cuenta de que en ésta, a pesar de que se reconocía el 100% solamente se ordenaba el pago del 80%, apreciación que de la lectura atenta de la demanda resulta errada, pues como bien lo manifestó el actor mal podía estar en desacuerdo con lo allí resuelto cuando el valor reconocido en dicha resolución se ajustaba al que correspondía a

sus cesantías consolidadas hasta el 30 de abril de 1994, y la obligación de anticipar su pago, no era aún exigible en virtud de que estaba sometido al plazo inicial de 2 años señalado en el artículo 3° del Decreto 55 de 1994, para la cancelación de las cesantías parciales que se reconocieran a quienes optaron, como el actor, por el régimen salarial y prestacional del Decreto 1444 de 1992.

Así las cosas, los docentes universitarios que escogieron la opción de traslado al nuevo régimen de cesantías, como el demandante, quedaron sometidos a ese término de gracia concedido a la administración para el pago de la acreencia, circunstancia que hizo indeterminado el momento de exigibilidad de la obligación y por ende viable la procedencia de demandar vía acción de nulidad y restablecimiento de derecho, un acto que no cuenta con las características propias de un título ejecutivo.

Precisado lo anterior, es del caso señalar que estuvo acertado el peticionario al considerar que para obtener el pago del 9.89% insoluto del auxilio de cesantías parciales, era necesario provocar un pronunciamiento concreto de la Universidad, acto administrativo a partir del cual pudiera iniciarse y agotarse la vía gubernativa si aquél fuere adverso, con miras a cumplir el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

2) Necesidad de controvertir el acto que contiene la manifestación de la voluntad de la administración y por ende la pertinencia de demandar la Resolución 1133 de 13 de octubre de 1994, acto mediante el cual se hizo el reconocimiento de unas cesantías parciales por cambio de régimen.

Como es sabido, para ejercer la acción subjetiva de anulación consagrada en el artículo 85 del C.C.A., es necesario, entre otros requisitos de orden procedimental y sustancial, que la parte actora dentro del libelo introductorio individualice con toda precisión el acto o los actos a demandar, bajo las reglas o directrices establecidas por el Legislador en el artículo 138 del C.C.A.,³ que

³ Artículo 138, Modificado por el decreto 2304 de 1989, artículo 24. Cuando se demande la nulidad del acto que se le debe individualizar con toda precisión.

dispone en síntesis la demandabilidad de la totalidad de los actos que hayan conformado el agotamiento de la vía gubernativa salvo aquellos casos en los que el acto definitivo es revocado, evento en el que tan sólo procede demandar la última decisión.

Que por lo anterior, es claro que en todo caso debe demandarse el acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la Administración frente a una situación jurídica particular, junto con aquellas decisiones que en vía gubernativa constituyan una unidad jurídica con el mismo, pues ello compone necesariamente la órbita de decisión del Juez frente a una pretensión anulatoria, precisamente por la identidad y unidad de su contenido y de sus efectos jurídicos, sin que pueda segmentarse bajo tales condiciones el análisis de su legalidad.

Que la inobservancia de lo expuesto vicia sustancialmente el contenido de la pretensión anulatoria en el marco de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, lo que se traduce en la configuración de la denominada proposición jurídica incompleta que impide el ejercicio de la capacidad decisoria del Juez frente al litigio propuesto, tornando procedente la declaración inhibitoria al respecto.

Que a nivel del *petitum* la situación en mención se suscita en dos casos de ocurrencia alternativa o sumada a saber: i) Cuando el acto acusado torna lógicamente imposible la decisión de fondo debido a una irreparable ruptura de su relación con la causa petendi, o ii) Cuando el acto demandando no es autónomo por encontrarse en una inescindible relación de dependencia con otro u otros no impugnados que determinan su contenido, validez o su eficacia, eventos en los que como se expresó resulta imposible emitir una decisión de fondo por parte del Juez.

A juicio del *Tribunal* el acto respecto del cual procede el estudio por parte de esta jurisdicción es el contenido en la Resolución 1133 de octubre de 1994, toda vez que mediante esta se reconoció el 100% del auxilio parcial de

(...)

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; sólo procede demandar la última decisión. (...)"

cesantías y ordenó el pago de sólo el 80% de la misma, razón por la cual este es el acto que afectó la situación del demandante y por ende el llamado a ser demandado.

Que, en su parecer, el peticionario al optar por presentar acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto calendarado el 24 de octubre de 2003, proferido por el Rector de la Universidad del Magdalena en respuesta a la petición elevada el 22 de septiembre del mismo año, se equivocó, pues presentó la acción cuando ya se encontraba evidentemente caducada, como quiera que al presentar la demanda no tuvo otra intención que revivir términos que se encuentran más que fenecidos, toda vez que su inconformismo deriva principalmente de la Resolución 1133 de octubre de 1994, habida consideración de que en ésta a pesar de que se reconoce el 100% solamente se ordena el pago del 80% y bajo esta óptica de la fecha en la cual se profirió este último acto administrativo a la de la presentación de la demanda el 29 de abril de 2004, han transcurrido 10 años, encontrándose extinguida en demasía la acción.

En sentir del recurrente tal afirmación contraviene la realidad fáctica y normativa, como quiera que, se repite, mal podía estar inconforme con lo consignado en la Resolución 1133 de 2004, cuando el valor allí reconocido se ajustaba al que correspondía a su cesantía consolidada hasta el 30 de abril de 1994, es decir, no le desconocía, negaba o mermaba derecho alguno.

Que dado que no existía un pronunciamiento expreso respecto del reconocimiento y pago del 9.89% del pago del auxilio parcial de cesantías, se vio en la obligación de elevar una petición el día 22 de septiembre de 2003, para provocar una manifestación por parte de la Universidad del Magdalena, como efectivamente se hizo mediante el acto calendarado el 24 de octubre del mismo año, que negó el reconocimiento y pago del porcentaje en mención y que era el que faltaba para completar el 100% del auxilio de cesantía parcial que le fuera reconocido y que aún no le han pagado.

Para llegar a una decisión respecto de la posición asumida por el A Quo, se realizaran las siguientes precisiones:

Se observa a folios 22 y siguientes del expediente, el derecho de petición elevado el 22 de septiembre de 2003, por el señor Rodrigo Oñate Villa, al Rector de la Universidad del Magdalena, en el que solicita:

“Se me reconozca y se me pague el 9.89% del valor total de las cesantías que me corresponde y no se me han cancelado hasta la fecha, a pesar de, haber sido desvinculado como Docente de Tiempo Completo de la Universidad del Magdalena y haberseme reconocido mi pensión vitalicia de jubilación, mediante la Resolución 0073 del 17 de febrero de 2003, tomando como base de liquidación el último salario devengado, en desarrollo del Artículo 88 de la Ley 30 de 1992 y el acto administrativo que debió ordenar el pago.

...

Reconocer y pagar la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora en el pago, a partir del día en que se hizo exigible la obligación, hasta cuando definitivamente se cancele, consagrada en el parágrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995.

...

Reconocer y pagar el 12% de intereses sobre las cesantías causadas y no canceladas.

...

La suma adeudada deberá ser reconocida y pagada con la actualización o ajuste de valor, teniendo como base el I.P.C., certificado mes por mes por el DANE.

...

También se deberá reconocer y pagar los intereses moratorios desde e momento en que se hizo exigible la obligación hasta cuando efectivamente se cancele, de conformidad con los parámetros establecidos por la Corte Constitucional en sentencia T-418 de septiembre de 1996.

...

Tomar como, base al reconocer y pagar, la liquidación del 9.89% de las cesantías que me adeudan, el último salario base, de acuerdo a lo ordenado en la Ley 50 de 1990, esto es, a lo preceptuado en el artículo 253 del Régimen Laboral Colombiano, y aplicar la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995, a partir del 10 del mes de marzo de 1994, ya que me acogí a partir del 11 de enero de 1994, al régimen de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990, y al régimen prestacional y salarial previsto en el Decreto 1444 de 1992, y modificado a su vez por el Decreto 26 de 1993, más el 12% de los intereses causados hasta la fecha, y la actualización o ajuste del valor de la moneda, teniendo como base el I.P.C., certificado por el DANE, más los intereses moratorios de conformidad con la Sentencia de la Corte Constitucional N°. T-188 de marzo de 1999.

...

Que en desarrollo del artículo 88 de la Ley 30 de 1992, el pago del auxilio de mis cesantías, correspondió proporcionalmente a la Nación y a la Universidad del Magdalena, acuerdo a la participación de cada una de las entidades en el presupuesto del ente educativo, en un ochenta por ciento (80%) a cargo de la primera y el veinte por ciento (20%) restante a cargo de la última.

...

Para el reconocimiento y pago del ochenta por ciento (80%) a cargo de la Nación, se hicieron los trámites administrativos correspondientes y fue cancelado en el mes de mayo de 1994, tal como consta en mi hoja de vida que reposa en los archivos de la Universidad del Magdalena.

...

Al hacer el pago del porcentaje que por ley Asumió la Nación (80%) quedo pendiente de cancelar el 12% de interés a las cesantías.

...

La Universidad del Magdalena, mediante conciliación del 28 de septiembre del año 2001, con el suscrito, canceló el 10.11% de las Cesantías causadas y liquidadas a 31 de mayo de 1994 a mi favor, con corte al 31 de julio de 2001, incluyendo el valor de la sanción moratoria, el valor de la indexación y los intereses del 12% anual causados.

...

Que la Universidad del Magdalena, en este mes de Septiembre ha negociado con un grupo de profesores el pago de este porcentaje faltante y les ha cancelado.

...

La Universidad del Magdalena, no ha adelantado ninguna gestión hasta la fecha de presentación de esta petición, tendiente a cancelarme el nueve punto ochenta y nueve por ciento (9.89%), faltante para el pago total de mis cesantías, a pesar de mi retiro y haber obtenido mi pensión en el mes de febrero del presente año, no obstante existir plazo perentorio de tal obligación, cual es el señalado en el Decreto 15 de 1996...

Obra a folios 28 y 29 del plenario el acto administrativo demandado, del 24 de octubre de 2003, mediante el cual se dio respuesta a la petición anteriormente transcrita, en el que consta:

“1. El artículo 86 de la Ley 30 de 1992, que desarrollo lo concerniente a la autonomía Universitaria de la Universidades Estatales, determinó la obligación de la Nación y Entidades Territoriales de concurrir al financiamiento de estas instituciones.

2. La Universidad del Magdalena le canceló las cesantías definitivas en porcentaje del 80 % y el 10.11 correspondiente a la Nación y a la Universidad respectivamente, tal como usted lo manifiesta en su escrito petitorio, adeudándole solamente el porcentaje del 8.89% correspondiente al Departamento, como también usted lo manifiesta en su comunicación en el numeral primero de la misma.

3. Como es de conocimiento público, el Departamento del Magdalena, se encuentra intervenido económicamente, motivo por el cual en la oportunidad legal, esta institución solicitó la inclusión de la masa de acreedores de lo adeudado a los docentes de la Universidad por concepto de cesantías en el porcentaje en ellos adeudados.

4. A la fecha el Departamento del Magdalena y/o la Gobernación del Departamento, no ha transferido los recursos correspondientes a la Universidad para el pago del porcentaje del 9.89% en que este Ente territorial, debe concurrir al pago de las cesantías de los docentes de la Universidad del Magdalena.

5. Es nuestra intención corresponder a estas solicitudes, una vez el departamento del Magdalena, nos asigne los correspondientes recursos.

En este orden de ideas y de acuerdo a lo expresado anteriormente, teniendo en cuenta que el resto de sus peticiones se generan de la no cancelación por parte de la gobernación del Porcentaje del 9.89% de sus cesantías definitivas, esta institución, no puede acceder a su solicitud. (negrillas de la Sala)

El Tribunal Administrativo del Magdalena, declaró probada en forma oficiosa la excepción de caducidad de la acción del proceso, como quiera que en su parecer en el sub examine la acción se interpuso por fuera de los cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, que contempla el artículo 136 del C.C.A, para instaurar la acción en tiempo.

Como es sabido, la caducidad de la acción, es un fenómeno de creación legal, por cuyo efecto, el simple paso del tiempo impide el debate judicial sobre la legalidad de los actos de la Administración. Tradicionalmente se ha entendido como una manera de darle firmeza a las decisiones administrativas y de otorgar seguridad jurídica a los ciudadanos.

De la lectura atenta de los hechos, de las pretensiones y del acervo probatorio del presente proceso, es claro que el acto administrativo que afectó la situación particular y concreta del demandante, es el acusado, es decir, el calendado el 24 de octubre de 2003, de manera que mal podía el Tribunal declarar probada en forma oficiosa la excepción de caducidad de la acción respecto de la Resolución 1133 de 1994, que al no contener una decisión desfavorable para el actor, no había sido enjuiciado en el sub lite.

3) CASO CONCRETO.

El artículo 88 de la Ley 30 de 1992, "Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior", señala:

“ Con el objeto de hacer una evaluación y posteriormente sanear los pasivos correspondientes a las cesantías de las universidades estatales u oficiales, éstas en un término no mayor de seis meses deberán presentar a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (Icfes) la información satisfactoria correspondiente.

El Gobierno Nacional en un término no mayor a dos años y con la asesoría del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), adoptará las medidas necesarias para garantizar los aportes correspondientes del Presupuesto Nacional, de los entes territoriales y de los esfuerzos de las mismas universidades.

PARÁGRAFO. Facúltase a las universidades estatales u oficiales para adoptar el régimen de cesantías previsto en la Ley 50 de 1990. Este se podrá acoger como obligatorio para quienes se vinculen laboralmente a la universidad a partir de la vigencia de la presente ley.

Con respecto a quienes ya estuvieran vinculados, el traslado al nuevo régimen quedará al criterio exclusivo del docente o funcionario.”.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 413 de 1997 dispuso que la Nación concurriría en el saneamiento del pasivo por cesantías de las universidades estatales u oficiales del personal administrativo acogido al nuevo régimen prestacional mediante la expedición de Bonos:

“Con el propósito de sanear los pasivos correspondientes a las cesantías de las Universidades Estatales, a que se refiere el artículo 88 de la Ley 30 de 1992 del personal administrativo y docentes no acogidos al nuevo régimen salarial, se podrán emitir bonos en condiciones de mercado sin que implique operación presupuestal alguna. Estos bonos deberán presupuestarse para efectos de su redención.”.

Mediante el Decreto 1202 de 26 de junio de 1998⁴ se autorizó la expedición de los mencionados títulos valores durante el año 1998. Para el efecto, las universidades debían calcular sus pasivos con corte a 31 de diciembre de 1997. Las condiciones para su expedición fueron establecidas en el artículo 3 ibídem, en los siguientes términos:

“Artículo 3.- Como condición previa para la expedición de los bonos, las universidades estatales u oficiales deberán certificar ante el ICFES, que han dado cumplimiento a los siguientes requisitos:

⁴ Modificado parcialmente por el Decreto 033 de 14 de enero de 1999.

1. El cálculo del pasivo en las condiciones establecidas en el artículo anterior.

2. El traslado de los servidores públicos incluidos en el cálculo a una entidad autorizada para administrar cesantías, siempre y cuando dichos servidores se hubieren acogido previamente al régimen de cesantía sin retroactividad. Para la adecuada acreditación de este requisito, el ICFES podrá solicitar la información adicional que estime pertinente.

A partir del traslado la universidad estatal u oficial continuará realizando los aportes anuales por concepto de cesantía a la entidad administradora.

3. El traslado en efectivo de la porción del pasivo a cargo de la universidad estatal u oficial y de la entidad territorial a la cuenta individual del trabajador en la entidad administradora.

Si no existieren recursos en efectivo a la fecha del traslado del servidor, la porción del pasivo a cargo de la universidad y de la entidad territorial podrá estar representada en un pagaré emitido por la universidad en beneficio del servidor público, con las mismas características establecidas en los numerales 4o, 5o y 6o del artículo 4o de este decreto. Sin embargo, el pagaré deberá permitir su exigibilidad incondicional a la vista en caso de que el trabajador solicite una liquidación parcial o definitiva del auxilio de cesantía.

En el evento anterior, el pagaré deberá registrarse en las cuentas de orden de control de la entidad administradora y su valor será abonado en la cuenta individual del servidor público en la fecha en que se haga efectivo.

Los bonos emitidos por la Nación conjuntamente con los recursos aportados o el pagaré emitido por la universidad, respaldan el traslado del servidor a la entidad administradora.

Si la universidad estatal u oficial hubiere emitido el pagaré a que hace referencia este numeral, la porción del pasivo a cargo de la entidad territorial deberá ser cancelada en favor de la universidad en un plazo máximo de tres años, en tres cuotas anuales sucesivas. Para estos propósitos las entidades territoriales deberán adoptar las medidas presupuestales necesarias.” (Resaltas fuera de texto).

Por medio de la Resolución 1133 del 13 de octubre de 1994, (ver folios 17 y 18 del expediente) el Rector de la Universidad del Magdalena, en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confirió el Acuerdo 038 de 1993 y el Decreto 055 de 1994, reconoció una cesantía parcial a favor del docente

Rodrigo Oñate Villa por el período comprendido entre el 29 de marzo de 1976 al 30 de abril de 1994.

Como ya se precisó, el actor solicitó mediante derecho de petición del 22 de septiembre de 2003 a la Universidad del Magdalena, el pago del 9.89% del auxilio de cesantías parciales. Que como respuesta a tal solicitud el Rector de la Universidad del Magdalena profirió el acto demandado del 24 de octubre de 2003, que negó tal reconocimiento con el argumento de que a la fecha el Departamento del Magdalena y/o la Gobernación del Departamento, no ha transferido los recursos correspondientes a la Universidad para el pago del porcentaje del 9.89% en que este Ente territorial debe concurrir al pago de las cesantías de los docentes de la Universidad del Magdalena.

Que la situación excepcional para el cubrimiento del pasivo de cesantías de las Universidades Estatales, no las excluye de la obligación de pagar dentro de los términos establecidos en la Ley 244 de 1995, el auxilio de cesantía.

Que de conformidad con el acervo probatorio obrante en el plenario a la fecha de presentación de la demanda aun la parte demandada no ha pagado el porcentaje del 9.89% que le adeuda para completar el 100% del auxilio de cesantía parcial que le fuera reconocido al señor Rodrigo Oñate Villa por haberse acogido al régimen salarial y prestacional del Decreto 1444 de 1992, motivo por el cual esta Corporación declarara la nulidad del acto acusado para en su lugar ordenar a la parte demandada realizar la cancelación del porcentaje que aún se le adeuda al peticionario y que se encuentra insoluto, monto que deberá ser consignado en el fondo respectivo.

No obstante, es del caso precisar que como quiera que el empleador del accionante fue la Universidad del Magdalena, es esta la entidad que debe responder por las obligaciones generadas con ocasión de la vinculación laboral. Esto sin perjuicio de que la Universidad repita contra el Departamento por el giro tardío de los dineros a que estaba obligada.

Ahora bien, sobre la suma aquí reconocida se ordenara el ajuste de valor contemplado en el artículo 178 del C.C.A. (indexación) y se pronunciará la sentencia en tal sentido, habida consideración de que se trata de un factor de equidad, en virtud del cual se conserva la capacidad adquisitiva de esas sumas, por manera que lo contrario implicaría un desmedro o un empobrecimiento para el actor, y consecuentemente, un enriquecimiento sin causa para el organismo oficial.

Para liquidar la indexación la entidad demandada deberá aplicar la fórmula que se señalará en la parte resolutive de esta providencia, multiplicando el valor correspondiente al 9.89% del auxilio parcial de cesantías por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en que se causó la obligación.

4) PRESCRIPCIÓN.

Como es sabido, para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se hizo exigible.

Dado que en el sub exámine lo que se reclama es el porcentaje del 9.89% faltante del total del auxilio de cesantías parciales, porcentaje que pertenece a las cesantías causadas bajo el régimen retroactivo y no el anual. El derecho a reclamarlas surge con el cese definitivo de la relación laboral, independientemente de que el empleador (Estado o particular) ofrezca y se comprometa, por razón legal, convencional, por liberalidad o conveniencia, a pagar el valor de ellas en oportunidad anterior a la desvinculación del trabajador.

Que si bien el gobierno nacional mediante el Decreto 1444 de 1992 ofreció a los docentes de universidades públicas y oficiales la prerrogativa de pasarse al nuevo régimen de cesantías, tal ofrecimiento no implicó y no podía implicar y transformar la naturaleza del que los había regulado hasta ese instante no podía variar el momento de su exigibilidad, porque la legislación no es retroactiva dado que al legislador no le es permitido disponer hacia el pasado para modificar una de las características esenciales del régimen bajo el cual se consolidaron las cesantías causadas hasta ese momento. Podía si ofrecer su cancelación anticipada, a quienes optaran por el nuevo régimen, pero sin que ello pudiera afectar lo que ya era el derecho adquirido a recibir la cesantía consolidada hasta ese momento, esto es, a partir de la finalización de la relación laboral.

Que la esencia del cambio no era la naturaleza misma de la cesantía como prestación final de la relación de trabajo, sino la forma de liquidación de la misma, pues se repite, el cambio de régimen implicaba el abandono de la retroactividad por el de liquidación anual y definitiva en cuanto el valor de la misma, no en cuanto a la fecha de su disfrute, pues en ambos regímenes, el servidor no puede disponer libremente de las cesantías acumuladas sino hasta el final de la relación de trabajo.

En conclusión, le asiste razón al recurrente al considerar que la excepción de prescripción no estaba llamada a prosperar, porque el reclamo del pago del 9.89% del pago parcial ofrecido, se hizo dentro de los tres años siguientes a la fecha en que terminó su relación de trabajo con la Universidad, esto es 28 de febrero de 2003 (ver folio 13 del expediente).

5) Doce por ciento sobre las cesantías.

Respecto de la negativa del reconocimiento del 12% de las cesantías esta Sala precisará:

El Auxilio de Cesantía definitivo se liquidaba y cancelaba a la fecha de terminación de la relación laboral y el porcentaje (%) del 12% debía cancelarse anualmente antes del mes de febrero de la siguiente vigencia.

Que dado que en el sub examine el auxilio de cesantías del actor se liquidaba con fundamento en el régimen retroactivo, es claro que se reconocía de igual manera un porcentaje en el equivalente al 1% mensual y el 12% anual sobre lo devengado en cada año, como una forma de compensar y mitigar el ingreso per capita de cada empleado.

Que el auxilio de cesantía y el % anual señalado en la ley no eran excluyentes sino que el uno era complemento del otro y así debían liquidarse es decir, tomando como base la retroactividad que resultaba de multiplicar el salario devengado a la fecha del retiro, multiplicado por el numero de días laborados y divididos sobre 360 días. Así las cosas, es evidente que debe reconocérsele el 12% de los intereses sobre sus cesantías sobre el saldo insoluto del (9.89%) de sus cesantías parciales.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del veintiuno (21) de octubre de dos mil nueve (2009) proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, dentro del proceso instaurado por Rodrigo Oñate Villa contra la Universidad del Magdalena y el Departamento del Magdalena.

En su lugar se dispone:

1. DECLÁRASE la Nulidad del Acto Administrativo de 24 de octubre de 2003, proferido por el Rector de la Universidad del Magdalena por medio del cual se negó el reconocimiento y pago del 9.89% del auxilio parcial de cesantías.

2. CONDÉNASE a la Universidad del Magdalena al reconocimiento y pago del porcentaje del 9.89% del auxilio parcial de cesantías que aún le adeuda al peticionario.

Ordenáse la actualización de las condenas en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$R = R.H. \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$

Índice inicial

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R. H), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto del porcentaje del 9.89% del auxilio parcial de cesantías, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causó la suma adeudada.

3. Niégase la prosperidad de la excepción de prescripción formulada por la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

4. Ordénase el pago del doce (12%) anual sobre las cesantías.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior decisión la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada en la precitada fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO