



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

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla D.E.I.P., quince (15) de marzo de dos mil diecinueve (2019).-

Radicado	0800133330062017000900
Medio de control o Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	Horacio Javier Arana Moreno.
Demandado	Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
Jueza	MARIANA DE JESÚS BERMÚDEZ CAMARGO.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral instaurada, a través de apoderado judicial, por el señor Horacio Javier Arana Moreno contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

II.- ANTECEDENTES.

II.1 Pretensiones.

- Que se declare la nulidad del **acto ficto** configurado respecto de la petición formulada el 20 de febrero de 2015, por medio del cual se denegó al demandante el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías, de conformidad a lo consagrado por la Ley 1071 de 2006.
- Que como consecuencia de tal declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la sanción por mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante dicha entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de las mismas.
- Que se ordene la actualización de las sumas que resulten deberse, así como el pago de intereses comerciales y moratorios correspondientes, conforme con los términos previstos en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.
- Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

II.2. Hechos.

Se sintetizan como sigue:

- . Que a través de la Resolución No. 0566 de 02 de septiembre de 2013 le fueron reconocidas las cesantías parciales al demandante.
- . Que el pago de la suma reconocida por concepto de cesantías parciales, se efectuó el 2 de diciembre de 2013 por valor de \$11.539.703.00, tal y como consta del sello que en la misma fecha expidió el Banco BBVA.
- . Que transcurrieron 100 días de mora, contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la demandada para cancelar las cesantías hasta el momento en que finalmente fue efectuado el pago.
- . Que mediante petición radicada el 20 de febrero de 2015, solicitó a la entidad demandada el pago de la sanción moratoria generada a consecuencia de la cancelación extemporánea de sus cesantías parciales.
- . Que el 07 de julio de 2016 fue adelantada la audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 63 Judicial I para Asuntos Administrativos de Barranquilla, trámite que corresponde al radicado con el número 1980-144417 de 25 de abril de 2016.

II.3. Normas violadas.

Como tales son enunciadas las siguientes disposiciones:

Artículo 1º de la Ley 244 de 1995, -por medio de la cual fueron fijados términos para el pago oportuno de las cesantías para los servidores públicos, fueron establecidas sanciones y son dictadas otras disposiciones-, subrogado por el artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, por la que fueron establecidos los términos con que cuentan las entidades para dar respuesta ante solicitudes de liquidación de cesantías.

II.4. Posición de las partes.

Demandante:

Sostiene que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, *“mediante las cuales se reguló la*

situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, conformado por los 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder al pago al servidor, una vez expedido el acto administrativo de reconocimiento”.

En tal sentido, asegura que la entidad demandada no está cumpliendo dichos plazos, pese a que en forma reiterada el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha establecido que entre el reconocimiento y pago de las cesantías (parcial o definitiva) no debe superarse el término de 70 días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud, motivo por el cual estima debe ser condenada al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada.

Reafirma lo expuesto, trayendo a colación sentencias del Consejo de Estado – Sección Segunda, relacionada con el tema en estudio.

-. Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Esta entidad manifestó no ser ciertos algunos hechos de la demanda, y sobre los demás se atuvo a lo que fuese demostrado en el juicio.

Se opuso a las pretensiones por considerar son carentes de fundamentos de hecho y derecho que avalen su prosperidad. Para lo que advierte que, el acto acusado no viola las disposiciones en que debe fundarse, toda vez que las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales se encuentran reguladas por una norma de carácter especial, aspecto por lo que no es posible incluir sanciones fuera de su ámbito normativo, además que el pago se encuentra sujeto al turno y disponibilidad según lleguen las solicitudes como se sustenta en las sentencias C-314 y C-552, ambas de 1998, que en el caso de configurarse mora, a partir del día sesenta y uno (61) reconocer intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada.

Bajo las anteriores precisiones, esta entidad presentó las excepciones de *“inexistencia de derecho por errónea interpretación de norma”, “pago”, “cobro de lo no debido”, “compensación”, “excepción genérica o innominada” y “Buena fe”.*

I.5. Concepto del Ministerio Público.

No emitió concepto.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda fue presentada el 18 de enero de 2017¹ ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, siendo asignada por reparto a este estrado judicial.

Por auto de 23 de enero de 2017² fue admitida la demanda. Notificado el auto admisorio en debida forma las entidades demandadas, presentaron en tiempo sus respectivas contestaciones con la promoción de excepciones de fondo; el 06 de julio de 2017 por el Departamento del Atlántico³ y el 19 de mayo de 2017 por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Surtido el trámite de las excepciones con su correspondiente traslado, fue señalada fecha y hora para el desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. a través de proveído de 13 de diciembre de 2017⁴.

Por auto calendado 05 de febrero de 2018, se dispuso la vinculación de la Fiduprevisora S.A. y la suspensión de la audiencia para que fuera adelantada la notificación y se le preservara a la vinculada de la oportunidad para contestar la demanda.

Mediante providencia de 16 de octubre de 2018⁵ fue señalada fecha y hora para continuar con la audiencia inicial, quedando programada para el 05 de diciembre de 2018 calenda en la que finalmente fue agotada en todas sus fases⁶, disponiéndose la preclusión del periodo probatorio y el surtimiento de la etapa de alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la realización de la misma, tras haberse prescindido de la audiencia de alegatos, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandante en actuación de 07 de diciembre de 2018⁷ y la Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG con memorial del 18 de diciembre de 2018⁸.

IV.- CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente, dejando sentado cuál ha de ser el problema jurídico a resolver

¹ Fl.25.

² Fl. 27

³ Fls.65-83.

⁴ Fl.103, reverso.

⁵ Fls.126-reverso.

⁶ Fls.138-140.

⁷ Fls.141-151.

⁸ Fls.152-161.

en este asunto, atendiendo a la fijación del litigio establecida en audiencia inicial llevada cabo el 15 de junio de 2018 y la que fue establecida en la posibilidad jurídica de declarar la nulidad del acto administrativo por cuya virtud le fue negada a la demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales.

IV.1. Excepciones.

La apoderada judicial de La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó excepciones, entre las que denominó “inexistencia de derecho por errónea interpretación de norma”, respecto de la cual se argumenta que no corresponde ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida, toda vez que no existe obligación prestacional correlativa a cargo de la entidad, que se derive de la aplicación de la normatividad y de la jurisprudencia contenciosa y constitucional en esa materia para el sector del magisterio.

De igual manera presentó las exceptivas enunciadas como “pago”, “cobro de lo no debido”, “compensación”, “excepción genérica o innominada” y “buena fe”. Las dos (2) primeras causas -interrelacionadas en cuanto fundamento fáctico-, son sustentadas en el hecho que la entidad ha cancelado a la demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas causadas a su favor, por consiguiente, no existe sustento normativo o jurisprudencial que justifique la pretensión de un pago de sanciones, cuando no hay lugar a ello.

Mientras tanto, la de compensación tiene por argumento que, en el evento de suscitarse la prosperidad de las pretensiones de la demanda, el Despacho se perfile a declarar la “compensación” de las sumas de dinero pagadas a la demandante por concepto de prestaciones sociales.

La excepción genérica fue alegada a partir de solicitar la declaración de cualquier excepción que el Juzgado se llegue a encontrar probada.

Finalmente, respecto a la excepción de “buena fe”, expuso que el FOMAG ha actuado con la más absoluta buena fe durante la recepción de los aportes del afiliado, al momento de la consolidación del derecho a favor de la demandante, donde ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de las normas pertinentes.

Frente a los anteriores reproches, baste con decir que el Despacho, tal y como lo expondrá más adelante, encuentra suficientes fundamentos legales y constitucionales para concluir

la prosperidad del reconocimiento de la sanción moratoria para el sector docente, lo que fulmina en conjunto sus fundamentos.

Luego, si por el cumplimiento tardío del pago de las cesantías totales o parciales emergen unas consecuencias pecuniarias, de persistir la exigibilidad de la sanción moratoria, no es posible tenerla por extinta por pago o compensación de no encontrarse acreditado en el plenario ninguno de esos dos eventos.

Entonces, como quiera que la sanción moratoria es una obligación exigible, no resulta admisible enrostrar cobro de lo no debido como tampoco la buena fe, porque de cualquier manera, tanto la Ley 244 de 1995 como la Ley 1071 de 2006, legislación aplicable a este asunto, no presuponen una responsabilidad subjetiva de la administración sino objetiva, concretada en el incumplimiento del FOMAG de unos tiempos legales perentorios de los que ha dado alcance la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, que de encontrar desbordados, dan lugar al reconocimiento de sus consecuencias.

No sobra advertir, que este estrado judicial escrutó si ha operado en este juicio alguna circunstancia que pudiera conllevar a su declaratoria como excepción genérica, no obstante ese análisis y en especial de detenerse en la prescripción de los derechos reclamados, llegó a la conclusión que situación semejante no se ha consolidado en esta Litis.

IV.2. Problema jurídico.

Corresponde al Juzgado establecer si a los docentes oficiales regidos por la Ley 91 de 1989⁹, les es aplicable la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006¹⁰, que regula los términos correspondientes al pago oportuno de cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos. En caso positivo, determinar si se configuró la prescripción de los derechos reclamados.

IV.3.- Marco Jurídico y Jurisprudencial.

La Ley 244 de 1995 fijó unos términos perentorios para el pago oportuno de cesantías definitivas para los servidores públicos o de lo contrario se incurriría en sanción por la mora en el pago de dicha prestación, así

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores

⁹ « Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

¹⁰ «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 disposición.»

públicos de todos los órdenes, la entidad patronal 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 informárselo al penitenciaro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

La anterior disposición normativa, fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006¹¹, que en su artículo 2º, precisó su ámbito de aplicación así:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro”.

De igual manera, la ley en comento hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de los servidores públicos. Dice la norma:

“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

¹¹ 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

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". (Se resalta).

De lo anteriormente expuesto, es posible inferir que la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, tiene un plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir la resolución correspondiente, y la entidad pública pagadora, tiene un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto de reconocimiento, para cancelar esta prestación social, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

Al establecerse un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas se buscó que la Administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarreen perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración¹².

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado con el objeto de definir la naturaleza jurídica de los docentes oficiales, dictó la sentencia SUJ-012-S2¹³, a través de la cual unificó jurisprudencia para señalar que a los docentes oficiales les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional en las sentencias C-741 de 2012 y SU-336 de 2017.

En efecto, para la referida Sección *"los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su*

¹² Sala Plena del Consejo de Estado. 27 de marzo de 2007. Expediente No. 2777-04. Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena Sección Segunda, Sentencia de unificación por Importancia jurídica SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En dicha sentencia se unificó jurisprudencia sobre los siguientes puntos: i) La naturaleza del empleo docente y la aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial; ii) La exigibilidad de la sanción moratoria; iii) El salario base de liquidación de la sanción moratoria; y iv) La compatibilidad de la sanción moratoria con la indexación.

*ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.*¹⁴

Es importante anotar que la tesis expuesta por el Consejo de Estado en cuanto a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus modificaciones a los docentes oficiales, es de obligatorio acatamiento para los trámites pendientes de resolver, pues así quedó señalado en la sentencia de unificación aludida líneas arriba, al indicar que las reglas contenidas en dicha providencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos a la espera de decisión tanto en vía administrativa como judicial.

De otro lado, en lo que atañe al momento a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria, ora por falta de pronunciamiento o pronunciamiento tardío de la administración; ora por acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁵, al evidenciar que con relación al reconocimiento de la sanción moratoria tanto a docentes del sector oficial, como a la generalidad de los servidores públicos, existían imprecisiones en tanto el momento a partir del cual se hace exigible tal penalidad, unificó jurisprudencia para señalar que en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, deben observarse las reglas que a continuación se enuncian:

"i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto."

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena Sección Segunda, Sentencia de unificación por Importancia jurídica SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En dicha sentencia se unificó jurisprudencia sobre los siguientes puntos: i) La naturaleza del empleo docente y la aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial; ii) La exigibilidad de la sanción moratoria; iii) El salario base de liquidación de la sanción moratoria; y iv) La compatibilidad de la sanción moratoria con la indexación.

En este punto de la providencia, resulta pertinente señalar que frente al salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria, la Sección Segunda del Consejo de Estado, se pronunció a través de la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016¹⁶, en la que fijó como regla que sería el devengado por el empleado al momento en que se produce el retardo, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías sucesivos, la asignación salarial cambia por cada anualidad; sin embargo, dado que la controversia se originó en la consignación tardía de las cesantías de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990¹⁷, solo ello fue objeto de unificación, sin hacer referencia a los demás regímenes, así como tampoco a la penalidad que se origina por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos.

Evidenciado lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018¹⁸, se ocupó del tema en cuestión, precisando que la postura fijada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, en tanto el salario base de liquidación para la sanción moratoria en la consignación tardía de las cesantías de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, se mantiene incólume; estableciendo además que respecto de la penalidad originada en el retardo o pago tardío de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos en aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus complementarias, debe observarse lo siguiente regla jurisprudencial:

*"3.5.3 (...) tratándose de **cesantías definitivas**, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las **cesantías parciales**, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo." (Se destaca)*

CASO CONCRETO

Hechos probados

Con la demanda se aportaron los siguientes medios de prueba:

1.- Copia de la **Resolución No. 0566 de 02 de septiembre de 2013** proferida por el Secretario de Educación del Departamento del Atlántico con la que se dio respuesta a la

¹⁶ C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁷ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

¹⁸ Expediente radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jorge Luis Ospina Cardona contra La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Departamento del Tolima.

solicitud de reconocimiento y pago de cesantías, radicada bajo el No. 2013-CES-015441 de 07 de mayo de 2013¹⁹.

El anterior acto administrativo le fue notificado a la titular el 13 de septiembre de 2013.

2.- Constancia del pago efectuado el 02 de diciembre de 2013 por intermedio de la entidad bancaria BBVA Colombia, por valor de \$11.539.703²⁰.

3.- Formato único para la expedición de certificado de salarios – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual se hace constar que el demandante para el año 2013 devengó una asignación básica equivalente a \$2.089.745²¹

4.- Copia de la petición de 20 de febrero de 2015, a través de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por la cancelación tardía de cesantías parciales²².

Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico planteado.

Pues bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial unificado expuesto en párrafos precedentes, según el cual ***“a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos”***, y de acuerdo con los elementos de prueba aportados al proceso, se encuentra acreditado que la administración incurrió en un retardo en el reconocimiento de las cesantías parciales, toda vez que el acto de liquidación de la aludida prestación social fue expedido fuera del término de 15 días previsto en el artículo 4o de la Ley 1071 de 2006, en tanto la actora radicó la petición el 07 de mayo de 2013, de manera que el plazo venció el 29 de mayo de 2013 y la entidad expidió la Resolución No.0566, el 2 de septiembre de 2013, esto es, 93 días después.

Conforme a lo expuesto, dado que la resolución no se profirió dentro de la oportunidad legal, el Despacho aplicará la regla jurisprudencial fijada en la Sentencia de Unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado²³, relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, según la cual la sanción moratoria corre 70 días hábiles

¹⁹ Fls. 16-18

²⁰ Fl. 16-18.

²¹ Fls. 20-21

²² Fl. 22-23.

²³ Expediente radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jorge Luís Ospina Cardona contra La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Departamento del Tolima.

después de radicada la solicitud de reconocimiento, que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

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

Fecha reclamación cesantías parciales: 07 de mayo de 2013.

Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 29 de mayo de 2013.

Vencimiento término de ejecutoria: 14 de junio de 2013.

Vencimiento término para efectuar el pago: 21 de agosto de 2013.

Fecha de reconocimiento: 02 de septiembre de 2013.

Fecha de pago: 02 de diciembre de 2013.

Período de mora: desde el 22 de agosto de 2013 hasta el 01 de diciembre de 2013, equivalente a 99 días.

En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción, como se expuso en precedencia, se aplica la regla fijada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018²⁴, y por ende, será la vigente al momento de la causación de la mora, esto es, la devengada en el año 2013.

.- De la prescripción de los derechos reclamados.

El Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016 de 25 de agosto de 2016 proferida por la Sección Segunda²⁵, en cuanto a la norma que se ha de invocar para efectos de estudiar la prescripción de los salarios moratorios, precisó:

“(…) Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

“Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969²⁶, previamente

²⁴ Ibídem 19.

²⁵ Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

²⁶ Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente

citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990."

Ahora bien, observa el Juzgado que en el presente caso la sanción moratoria se hizo exigible desde el **22 de agosto de 2013**, y la petición²⁷ dirigida a la entidad demandada – Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, tendiente a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, se radicó el **20 de febrero de 2015**²⁸, de lo que se sigue que el reclamo formulado por el demandante se hizo en forma oportuna, si se tiene en cuenta que entre una y otra data no se consolidó el plazo de los tres (3) años de que habla el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, motivo por el cual el Juzgado no declarará la prescripción de los derechos reclamados, y en consecuencia, accederá las súplicas de la demanda.

.- De la actualización de la suma reconocida por concepto de sanción moratoria.

Solicita la parte actora en su demanda se reconozca el pago de los intereses comerciales y moratorios correspondientes, conforme con los términos previstos en los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, así como la actualización de las sumas que resulten deberse por concepto de sanción moratoria.

Al respecto, ha de advertirse que según lo considerado por el Consejo de Estado²⁹ en su decantada jurisprudencia, no hay lugar a ordenar los ajustes de valor de acuerdo al IPC en los casos de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contemplado en la Ley 1071 de 2006, debido a que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria toda vez que constituiría una doble penalidad. Sobre el particular, es pertinente traer a colación la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda de esa Corporación en este punto, a saber:

"[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁷ ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la

Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).

²⁷ La petición que debe tenerse en cuenta para contabilizar la prescripción es aquella concerniente a la sanción, al no ser accesoria a la prestación social – cesantías.

²⁸ Fl.207, de la Copia de la Historia Laboral, allegada el 19 de noviembre de 2018 por la Secretaría Distrital de Educación.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia O-032-2016 de 17 de noviembre de 2016 proferida dentro del expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01, Número Interno: 1520-2014, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz contra Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Revoca ordinal tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda y niega indexación.

actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]"³⁰ (Subraya de la Subsección).

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria. (...)"

V.- COSTAS.

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

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR infundadas las excepciones de "pago", "cobro de lo no debido", "compensación", "excepción genérica o innominada" y "buena fe", planteadas por la apoderada judicial de La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, por lo expuesto en las consideraciones.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto ficto configurado respecto de la petición formulada el 20 de febrero de 2015 ante la entidad demandada, a través del cual se denegó el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales al señor Horacio Javier Arana Moreno, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al

³⁰ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: "Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...). En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella" (Resaltado no es del texto original).

reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 22 de agosto de 2013 hasta el 01 de diciembre de 2013, a título de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, liquidable con base en la asignación básica mensual devengada para el año 2013 por el señor Horacio Javier Arana Moreno, por las consideraciones anotadas en precedencia.

CUARTO: No condenar en costas.

QUINTO: DÉSELE cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

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

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

Octavo: DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIANA DE JESÚS BERMÚDEZ CAMARGO
Jueza

