



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., treinta (30) de junio dos mil veintidós (2022).

| | |
|------------------|---|
| Radicado | 08-001-3333-006-2019-00170-00 |
| Medio de control | Nulidad y Restablecimiento del Derecho. |
| Demandante | Víctor Manuel Iglesias Martes |
| Demandado | Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG, Departamento del Atlántico |
| Jueza | Lilia Yaneth Álvarez Quiroz |

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 Víctor Manuel Iglesias Martes contra Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG, Departamento del Atlántico.

II.- ANTECEDENTES.

2.1 Pretensiones.

-. Que se declare la Nulidad del acto administrativo expreso contenido en el Oficio número 1567 de fecha 29 de Agosto de 2017 y recibido el 30 de agosto de la misma anualidad, por medio del cual se da respuesta desfavorable a la petición consistente en:

- El reconocimiento y pago correspondiente a la diferencia entre la cesantía definitiva pagada y la cesantía definitiva reconocida.
- El reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo por la no consignación oportuna de la diferencia entre la cesantía definitiva pagada y la cesantía definitiva reconocida.
- La indexación a que haya lugar hasta que se realice el respectivo pago de lo solicitado.
- El reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago total y oportuno de la cesantía definitiva desde el día siguiente en que se vencieron los términos para ser pagada la prestación social en mención, según lo contemplado en la Ley 1071 de 2006 artículo 5, Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes y complementarias.
- Como consecuencia de la prestación anterior indexar la cesantía reconocida teniendo en cuenta fecha de solicitud y la fecha de pago.

- Que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del Derecho se condene a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio y el Departamento del Atlántico a:

- Que se efectúe el reconocimiento, liquidación y pago de la suma de Dos Millones Ciento Sesenta Mil Seiscientos Treinta y Tres Pesos (\$2.160.633.00), correspondiente a la diferencia entre la cesantía definitiva pagada el día 31 de enero de 2017 por el Banco BBVA en la ciudad de Barranquilla y la cesantía definitiva reconocida mediante Resolución No. 0141 del 31 de marzo de 2016.
- Que se reconozca, liquide y pague la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo por la no consignación oportuna de la suma de \$2.160.633.00, diferencia entre la cesantía definitiva pagada el día 31 de enero de 2017 por el Banco BBVA en la ciudad de Barranquilla y la cesantía definitiva reconocida mediante Resolución No. 0141 del 31 de marzo de 2016.
- Que se reconozca, liquide y pague la indexación o corrección monetaria tomando como base la certificación expedida por la Superbancaria hasta que se realice su respectivo pago.
- Que se reconozca, liquide y pague la sanción moratoria por no pago total y oportuno de la cesantía definitiva a favor de mi poderdante, desde el día siguiente en que se vencieron los términos para ser pagada la prestación social en mención, es decir, desde el 22/08/2015 hasta el 31/01/2017, tomando como base el salario acreditado, según lo contemplado en la Ley 1071 de 2006 artículo 5, Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes y complementarias.
- Que se reconozca, liquide y pague la sanción moratoria por no pago total y oportuno de la cesantía definitiva a favor de mi poderdante, desde el día siguiente en que se vencieron los términos para ser pagada la prestación social en mención, es decir, desde el 22/08/2015 hasta el 31/01/2017, tomando como base el salario acreditado, según lo contemplado en la Ley 1071 de 2006 artículo 5, Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes y complementarias.
- Que se condene a la demandada al pago de las costas procesales en que debió incurrir mi poderdante, conforme a lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "C.P.A.C.A" (Ley 1437 de 2011).

2.2. Hechos.

Se sintetizan como sigue:

1. El señor **Víctor Manuel Iglesias Martes**, fue vinculado al Magisterio Oficial de la Secretaria de Educación del Departamento del Atlántico, en calidad de docente.

2. Que solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaria de Educación del Departamento del Atlántico, el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, solicitud radicada bajo el No. 2015-PQR9164 de fecha 13 de mayo de 2015.
3. Posteriormente mediante Resolución No. 0141 del 31 de Marzo de 2016 la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Atlántico - Secretaria de Educación, procedió a reconocer la cesantía definitiva al señor Víctor Manuel Iglesias Martes.
4. En virtud de una deuda hipotecaria contraída con el Banco BBVA, autorizó descontar del valor a recibir, el valor de \$15.025.915 y que el mismo fuera girado a la entidad bancaria, autorización que fue radicada en fecha 12 de mayo de 2015.
5. La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Atlántico - Secretaria de Educación, mediante Resolución No. 0141 del 31 de marzo de 2016, reconoce y ordena pagar la suma de \$69.691.633, y de la suma reconocida descontar la suma de \$37.042.118 por concepto de cesantías parciales pagadas.
6. Que de la diferencia entre las cesantías reconocidas mediante la Resolución No. 0141 del 31 de marzo de 2016 y el valor por concepto de cesantías parciales pagadas, quedó un saldo líquido por valor de \$32.649.515.00
7. En virtud de la autorización radicada por mi mandante en fecha 12 de mayo de 2015 a favor del Banco BBVA, del saldo líquido de \$32.649.515 se giró a favor de éste el valor de \$15.025.915.
8. De la diferencia entre el saldo líquido de \$32.649.515 y del valor girado al Banco BBVA de \$15.025.915, quedó un saldo a favor de mi mandante por valor de \$17.623.600.
9. Que cuando el señor Víctor Manuel Iglesias Martes se acercó al Banco BBVA a cobrar el saldo líquido a su favor de acuerdo al numeral anterior, en la entidad Banco BBVA le informan que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. solo le consignó la suma de \$30.488.882 y NO la suma de \$32.649.515.00 tal como se encuentra señalada en el parágrafo Primero del artículo Segundo de la Resolución No. 0141 del 31 de marzo de 2016.
10. Que existe una diferencia entre la suma reconocida mediante Resolución No. 0141 del 31 de marzo de 2016 y la suma pagada al demandante el 04 de noviembre de

2016 por valor de Dos Millones Ciento Sesenta Mil Seiscientos Treinta y Tres Pesos (\$2.160.633.00). Por lo tanto se le debe la diferencia entre la cesantía definitiva pagada y la cesantía definitiva reconocida, y al estar en la situación contemplada en la ley 1071 de 2006 artículos 42 y 52, tiene todo el derecho a que se le reconozca y pague la indemnización moratoria deprecada por el no pago total y oportuno de la cesantía definitiva.

11. El día 13 de diciembre del año 2017 se llevó a cabo audiencia de Conciliación Extrajudicial en la Procuraduría 118 Judicial II asignada para asuntos administrativos de la ciudad de Barranquilla, la cual se declaró fallida según constancia proferida por ese despacho.

2.3. Fundamentos de Derecho, Normas Violadas y Concepto de Violación.

Como fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de su violación, presentó la parte actora los argumentos que a continuación se resumen:

2.3.1. Normas Violadas

Constitución Política: Artículos 1,2, 5, 6, 11, 13, 25, 29, 48, 53, 58, 95 y 230.

Ley 244 de 1995 artículos 1 y 2 – Normatividad adicionada y modificada por los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

2.3.2. Concepto de violación

Que el acto administrativo demandado es nulo en cuanto la contradicción entre este con el ordenamiento jurídico es evidente, en especial con las normas que obligan a resarcir el incumplimiento de una obligación prestacional-dineraria, compensación que se concreta en el reconocimiento de una indemnización en dinero, la cual se materializa en el reconocimiento de intereses moratorios por la no utilización del mismo (prestación) durante el tiempo en que se causó, o lo que también se puede denominar la retribución a favor del trabajador por parte de su empleador por el incumplimiento sin justificación razonable de una o varias obligaciones a su cargo, ocasionado que el trabajador no pueda ver compensado de forma completa y real su trabajo.

El pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siempre han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la prestación, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que al momento de solicitarlas, están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado, para cuando éste, quede CESANTE en su actividad.

Que en virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la ley 244 de 1995 y 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, de los 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Sostiene que sin embargo, esta circunstancia, y muy a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa ha de entenderse en que entre el reconocimiento y pago, no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos en la ley dicha prestación, lo que genera una SANCION para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contado hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.

2.4 Contestación de la demanda

2.4.1. Nación- Ministerio de Educación- FOMAG

A través de apoderada judicial, la entidad manifestó que se opone a las pretensiones de la demanda, como quiera que la parte accionante no le asiste el derecho al reconocimiento de las cesantías en los términos indicados; en suma, debe ponerse de presente que, la Ley 1071 de 2006 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por el pago inoportuno de una diferencia de cesantías o de reliquidación de estas, aunado al hecho de que esta disposición regula lo concerniente a una figura de carácter sancionatorio, lo que implica que no puede ser aplicable por analogía a situaciones que no estén previstas en dicha ley.

Que el acto administrativo acusado, se profirió en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes ya aplicables al caso de la demandante, sin que se encuentre vicio de nulidad alguna, toda vez que el acto administrativo acusado de ninguna manera ha perdido su presunción de legalidad, ya que la demanda carece de fundamento jurídico que la sustente.

Respecto a la sanción moratoria por el pago tardío del reajuste de las cesantías, es del caso indicar que el Consejo de Estado en reiteradas providencias se ha pronunciado sobre su improcedencia, ya que la penalidad procede frente al reconocimiento y pago tardío de la prestación inicial, pero no frente el pago tardío de ajustes realizados a la liquidación de la cesantía.

Por lo expuesto, se concluye que el propósito de la Ley 1071 de 2006 no consagra la obligación de pagar sanción moratoria por el pago inoportuno de una diferencia de cesantías o de reliquidación de las mismas, sino por el pago inoportuno de las cesantías, bien sea parciales o definitivas.

2.4.2 Departamento del Atlántico

En su contestación manifiesta el apoderado de la entidad demandada, que resulta improcedente que dicha entidad sea avocada a fungir como responsable de las pretensiones perseguidas por la parte actora, cuando de conformidad con lo establecido en el artículo 4° y en el inciso 1° del artículo 5 de la ley 91 de 1989. Todo pago de las prestaciones económicas de un afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones económicas de un afiliado al FOMAG, entre ellas, pago de cesantías, le corresponde efectuarlo al fondo en mención, por medio del administrador de los recursos de aquel.

En ese sentido, pese a que la Secretaria de Educación del Departamento del Atlántico fue la encargada de expedir la Resolución No. 000141 del 2016, lo cierto es que esta solo actuó en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón de las funciones de gestión que le fueron asignadas por disposición expresa del artículo 3° del Decreto 2831 de 2005, aplicada por el Departamento en consonancia con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, funciones que, al ser de mera tramitología, no eliminan la responsabilidad del FOMAG y del ente de administración, como responsables directos de aprobar o denegar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Propuso las excepciones: Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación reclamada y excepción genérica o de oficio.

2.5.- Actuación Procesal.

La demanda fue presentada el 12 de julio de 2019 ante la oficina de servicios de los Juzgado Administrativos de esta ciudad, siendo asignada por reparto a este estrado judicial.

Por auto de 05 de agosto de 2019 fue admitida, siendo notificada en debida forma las entidades demandadas. Vencido el término de traslado y surtido el trámite de las excepciones con su correspondiente traslado el 23 de febrero de 2020, mediante fijación en lista. El 08 de marzo de 2021 se señaló fecha para la celebración de audiencia inicial, la cual fue celebrada el 05 de mayo de 2021.

En la diligencia, se encontró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por el Departamento del Atlántico, por lo tanto, se dispuso su desvinculación. Se decidió que la realización de la audiencia de pruebas resultaba innecesaria, en razón a la naturaleza

documental de las pruebas pendientes por recaudar, por lo que se dispuso que una vez éstas fueran allegadas al expediente, se les daría traslado a las partes, y una vez vencido se dispondría lo relacionado con la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

El 04 de junio de 2021, una vez vencido el traslado de la prueba documental allegada, se ordenó la presentación de alegatos, por el término de diez (10) días. Término que se encuentra vencido.

2.6. Alegaciones

2.6.1. Parte Demandante

Presentó alegatos dentro del término legal establecido, manifestando que se logró demostrar a través de los medios probatorios aportados con el libelo de demanda, que el acto administrativo censurado de nulidad fue expedido con falsa motivación, contrariando el ordenamiento jurídico, además de que desconoce y por lo tanto quebranta los mandatos contemplados en la Constitución Política, por lo cual queda desvirtuada su presunción de legalidad.

2.6.2. Nación- Ministerio de Educación- FOMAG

No presentó alegatos de conclusión en el término concedido para tal efecto.

2.6.3. Concepto del Ministerio Público.

No emitió concepto.

III. CONTROL DE LEGALIDAD

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Excepciones o Cuestiones previas

La parte demandada – FOMAG, con la contestación de la demanda formuló la excepción de caducidad, la cual, atendiendo a las disposiciones actuales deberá ser resuelta al momento de resolver la litis.

4.2. Problema Jurídico

En el presente asunto, le corresponderá al Juzgado establecer si hay lugar a cancelar la diferencia entre la cesantía reconocida y pagada y si a la parte actora le corresponde

el reconocimiento y pago de 527 días de sanción mora por el retardo en el pago de la diferencia solicitada.

4.3. Tesis

Se sostendrá como tesis que el actor, tiene derecho al pago de la diferencia del valor de las cesantías reconocidas mediante Resolución N° 141 de 2016, con el valor consignado al actor en fecha 04 de noviembre de la misma anualidad.

Con relación al reconocimiento a la pretensión de reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de la diferencia arriba solicitada o por no pago total de las cesantías definitivas, la misma será denegada atendiendo a que según lo ha precisado el Honorable Consejo de Estado la norma que prevé la figura de la sanción moratoria hace referencia **al no pago de la misma**, mas no de las diferencias que se llegaren a causar con posterioridad a causa de un incremento salarial tardío, la consecuente reliquidación de la prestación o en este caso, al pago incompleto por presentarse error al momento de la consignación.

Siendo así, se tiene que la indemnización moratoria que se pretende en el caso objeto de estudio, no tiene como fundamento el pago tardío del auxilio de cesantías como tal, sino de la diferencia de valor de las cesantías definitivas reconocidas con el valor realmente consignado.

4.4. 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 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 2006¹, 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 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 que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

¹ 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.

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 perjuicios 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 administración².

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-S2³, 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. Así mismo, quedó señalado que la tesis expuesta en dicha sentencia es de obligatorio acatamiento para los trámites pendientes de resolver, debiéndose aplicar 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, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴, 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

² Sala Plena del Consejo de Estado. 27 de marzo de 2007. Expediente No. 2777-04. Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

³ 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.

Selaño: *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 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*

⁴ 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.

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.”

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 Estado⁵, en la Sentencia de Unificación referenciada 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 por 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 la 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)*

4.5. Caso concreto

4.5.1 Hechos probados

1.- Las cesantías definitivas solicitadas por el actor el 21 de mayo de 2015 con radicado 2015-CES-01635, fueron reconocidas mediante Resolución No. 141 de 31 de marzo de 2016⁶, la cual fue notificada el 04 de abril de esa anualidad.

2.- En la mencionada Resolución se reconoció el valor de \$69.691.633 por concepto de cesantías definitivas, de los cuales, se ordenó descontar la suma de \$37.042.118, quedando un saldo líquido de \$32.649.515, de dicho valor, por autorización expresa del demandante, se descontó la suma de \$15.025.915, los cuales fueron girados el banco BBVA, siendo así, el valor a consignar al actor era la suma **\$17.623.600**.

⁵ 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.

⁶ Resolución expedida por la Secretaria de Educación del Departamento del Atlántico por el cual se reconoce las cesantías a un docente. Documento digitalizado como anexo de la demanda. También allegada en el expediente administrativo debidamente digitalizado,

3.- El pago de las cesantías se realizó el 04 de noviembre de 2016, por parte de la Fiduprevisora, por conducto del banco BBVA, por valor de **\$15.025.915**⁷.

3.- El 02 de agosto de 2017, la parte actora presentó solicitud de reconocimiento y pago de indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías⁸, la cual fue contestada de manera desfavorable mediante oficio N° 1567 del 29 de agosto de 2017.

4.5.2 Análisis de las pruebas en el caso concreto

De las pruebas obrantes en el proceso se tiene que, efectivamente existió una diferencia entre lo reconocido al actor en la Resolución N° 141 de 2016 y lo cancelado el 04 de noviembre de la misma anualidad, diferencia que asciende a la suma de **\$2.597.685**, diferencia que no se encuentra justificada por la entidad demandada, pues en la contestación de la demanda, sólo se hizo alusión a la no procedencia de la sanción moratoria en caso de reliquidación o diferencias en el pago de cesantías.

Atendiendo a lo anterior, es claro que al actor se le reconoció una suma de dinero por concepto de cesantías, pero se le consignó una suma diferente sin ninguna justificación, por lo que, en tal sentido, es procedente ordenar el pago de la diferencia causada entre dichos montos.

Ahora bien en lo relacionado al reconocimiento de sanción moratoria por la diferencia dejada de cancelar, es importante mencionar que conforme a lo establecido y contrario a lo señalado por la parte actora, **la sanción moratoria solo tiene lugar en el evento en que la administración no cumpla con la obligación de cancelar las cesantías dentro del plazo legal previsto por el legislador**, que puede variar de acuerdo a la situación concreta de cada beneficiario, **de manera que el hecho de que la administración haya liquidado un monto por cesantías definitivas que luego haya sido objeto de un reajuste, no conlleva a determinar que desde la fecha de la solicitud de reconocimiento de la prestación hasta el pago de la misma, no se hayan cumplido con los términos establecidos por la ley para tal efecto.**

En ese sentido, no son de recibo los argumentos expuestos por la parte demandante fundadas en que la penalidad por mora se causó a su favor ante el supuesto pago incompleto de la prestación social, por concepto de la diferencia entre lo liquidado y realmente pagado, ello atendiendo a que el H. Consejo de Estado en varias oportunidades en relación con este tema - pagos incompletos cesantías por reajustes posteriores o indebidas liquidaciones por pagos incompletos (dentro de esta categoría podemos

⁷ Comprobante de pago en efectivo del BBVA, digitalizado como anexo de la demanda.

⁸ Solicitud allegada digitalizada como anexo de demanda, con constancia de recibido.

encuadrar el caso sub-judice, pues si bien no se trata de una indebida liquidación si de un pago incompleto)

Al respecto ha indicado el máximo órgano contencioso:

“una indebida liquidación de las cesantías por un pago que en sentir de la parte actora fue incompleto, no implica que el empleador haya incurrido en el supuesto de la norma que lo penaliza con una sanción económica al no haber cancelado dentro de la oportunidad legal las cesantías definitivas, pues una cosa es efectuar la liquidación y cancelación de la prestación social de acuerdo a las directrices tomadas por la entidad demandada en su momento y, otra es, reconocer fuera del plazo determinado por el legislador la prestación aludida⁹.

Así mismo, en sentencia del 13 de junio de 2019, radicado 73001-23-33-000- 2016-00002-01(0925-17) C.P. Luis Enrique Fajardo Sánchez, la misma corporación, en un asunto similar al objeto de estudio, consideró que la sanción moratoria producto de la tardanza en el pago del ajuste en el pago de la cesantías definitivas (en este caso diferencias), no tenía como fundamento el pago tardío del auxilio de las cesantías como tal, sino de la diferencia de valor de las cesantías que se había generado producto del ajuste ordenado (en este caso, la diferencia viene de lo liquidado y lo realmente pagado) en una resolución posterior a la que había reconocido inicialmente la prestación definitiva, y que por lo tanto no era procedente su reconocimiento. En ese sentido señaló:

*“Lo anterior quiere decir que la indemnización moratoria que se pretende en la demanda no tiene como fundamento el pago tardío del auxilio de cesantías como tal, sino **de la diferencia de valor de cesantías** que se generó como consecuencia del ajuste ordenado en una resolución posterior a aquella que reconoció la prestación definitiva -se precisa que el acto que concedió la prestación definitiva fue la Resolución 0723 del 09-04-2008, mientras que de la que se pretende la sanción moratoria es la 03781 del 07-09-12, que dispuso la reliquidación de la prestación-.*

Por ello, es necesario precisar que la Sala, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de tal prestación que se originen a causa de un incremento salarial tardío y la consecuente reliquidación de la prestación. Sobre el particular, se ha dicho:

*En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación¹⁴; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, **se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma trascrita¹⁰.** (Se resalta).*

En similares términos se señaló en sentencia¹¹ cuyo aparte se transcribe:

⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda –Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2017, Rad. 2014-00355-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de octubre de 2017, radicación 08001-23-33-000-2012-000171-01, número interno: 2839-14, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

*[...] En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, **la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en la pago de tal prestación**, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.*

[...]

*La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, **sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley**¹². (Negrilla fuera de texto).*

Debe precisarse en todo caso, que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías, ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley. Entonces, el hecho de que haya existido error al momento del pago de las cesantías reconocidas y liquidadas de manera oportuna a través de la Resolución 141 de 2016, no da lugar a reconocer la indemnización moratoria que se reclama en la demanda.

Es claro entonces que la indemnización moratoria que se pretende en el caso objeto de estudio, no tiene como fundamento el pago tardío del auxilio de cesantías como tal, sino de la diferencia de valor de cesantías reconocidas con el valor realmente cancelado.

Así las cosas, es necesario precisar que la norma que prevé la figura de la sanción moratoria hace referencia al no pago de la misma, mas no de las diferencias que se llegaren a causar con posterioridad a causa de un incremento salarial tardío, la consecuente reliquidación de la prestación o en este caso, al pago incompleto por presentarse error al momento de la consignación, como se dio en párrafos que preceden.

En conclusión, se declarará la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio N° 1567 de 29 de agosto de 2017 y se ordenará el pago de la diferencia del valor reconocido mediante Resolución 141 de 2016, cancelado el 04 de noviembre de 2016, esto es la suma **\$2.597.685,**

¹² Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

En lo relacionado con la sanción moratoria, se denegarán las pretensiones de la demanda, pues el pago inoportuno de la diferencia solicitada, no conllevan al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, tal y como lo precisó el Honorable Consejo de Estado en la sentencia precedente transcrita.

4.5.3. Excepción de caducidad

La entidad demandada Fomag, propuso la excepción de caducidad aduciendo que el acto administrativo no fue demandado dentro de la oportunidad legal prevista por la norma.

Al respecto se tiene que, el acto administrativo demandado fue notificado el 30 de agosto de 2017, por lo que, el término de caducidad fenecía el 31 de diciembre de 2017, la parte demandante presentó solicitud de conciliación el 16 de noviembre de 2017, suspendiendo el término de caducidad, faltando 1 mes y 15 días para que se venciera el término inicial. La constancia de no conciliación fue expedida el 19 de diciembre de 2017 y la demanda fue presentada el 29 de enero de 2018, esto es, dentro de la oportunidad legal, por lo que, la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

4.6. Costas.

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, teniendo en cuenta que no asumió en el proceso una conducta que la 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.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada – Fomag, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio N° 1567 del 29 de agosto de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG, al pago de la diferencia de las cesantías definitivas causada en relación con el valor reconocido en la Resolución N° 141 de 2016 con el valor realmente consignado al actor, esto es la suma de \$2.597.685 de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO: Las sumas que resulten a favor del demandante, deberán ser indexadas conforme a la fórmula que tiene acogida de tiempo atrás el Consejo de Estado para estos casos.

QUINTO: DENIÉGUESE las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: Désele, cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en el artículo 192 a 195 del CPACA.

SÉPTIMO: Sin costas en esta instancia

OCTAVO: NOTIFÍQUESE personalmente el presente fallo a las partes y a la señora Procuradora, delegada del Ministerio Público ante este juzgado.

NOVENO: Ejecutoriada esta sentencia **ARCHÍVESE** el expediente

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

LPM

Firmado Por:

Lilia Yaneth Alvarez Quiroz
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Contencioso 006 Administrativa
Barranquilla - Atlantico

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 145d1bca17873b25fb03a0a5f1cc5847761e8569062c7c525bfe8edffb01c576

Documento generado en 30/06/2022 06:55:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>