

Cartagena de Indias D.T y C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-23-33-000-2019-00181-00</b>
<b>Demandante</b>	<b>ROGELIO ALBERTO ESPAÑA VERA</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG</b>
<b>Tema</b>	<i>Reconocimiento de sanción moratoria por no inclusión de prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías definitivas</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de decisión No. 004 de Decisión de esta Corporación, decide en primera instancia la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor Rogelio Alberto España Vera contra el Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda<sup>1</sup>.

#### 3.1.1 Pretensiones<sup>2</sup>

PRIMERA: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución 6083 del 07 de septiembre del 2018, proferida por la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena, por medio de la cual se revisa la liquidación de las cesantías definitivas del docente Rogelio Alberto España Vera y se niega el pago de la sanción moratoria.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada a reconocer y pagar la indemnización moratoria, equivalente a \$85.534.041, por no haber incluido la prima de servicios como factor salarial para liquidar las cesantías del demandante.

#### 3.1.2 Hechos<sup>3</sup>

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Manifiesta que, el demandante laboró en el magisterio por más de 40 años; y, a través de la Resolución 8326 del 19 de octubre del 2016, se le reconocieron sus cesantías definitivas; sin embargo, el acto administrativo

<sup>1</sup> Fols. 01-09 pdf 01

<sup>2</sup> Fols. 2 pdf 01

<sup>3</sup> Fols. 2-5 pdf 01

indicado no tuvo en cuenta la prima de servicios como factor salarial para liquidar dicha prestación.

Que, teniendo en cuenta que la solicitud de liquidación de cesantías definitiva se presentó el día 26 de agosto del 2016, los 70 días para el pago de las cesantías definitiva se vencieron el 09 de diciembre del 2016 fecha a partir de la cual comenzó a correr la sanción moratoria, debido a la no inclusión de la prima de servicios como factor salarial en la liquidación de las cesantías.

El día 13 de julio del 2018, el actor elevó derecho de petición a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, donde se solicitó el reconociendo y pago de la prima de servicios para liquidar las cesantías, por lo cual, se expidió la Resolución 6083 del 07 de septiembre de 2018, en la cual se revisó la situación del accionante y se reconoció que a omisión de la inclusión de la prima de servicios por lo que se ordenó su pago. No obstante, negó a la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria.

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de violación**

Legales: Ley 6 de 1945, ley 65 de 1946, ley 244 de 1995 y ley 1071 del 2006, ley 1755 del 2015. Reglamentarias: Decreto 1160 de 1947, decreto 1045 de 1978 y el decreto nacional 1545 del 2013.

Manifestó que, si la administración motu proprio se dio cuenta del error cometido al momento de liquidar las cesantías definitivas del demandante, pues omitió el pago de la prima de servicios como factor salarial, debió también reconocerle la sanción moratoria al docente en el entendido que no le había pagado la totalidad de su prestación definitiva.

## **3.2 ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda en comento, fue repartida a este Tribunal el 14 de marzo de 2019<sup>4</sup>; por auto del 22 de mayo de 2019<sup>5</sup>, se inadmitió la demanda para que se precisaran las pretensiones de la misma; el 28 de mayo de 2019 la parte actora presentó la debida corrección<sup>6</sup>, por lo que se admitió la demanda el 24 de febrero de 2020<sup>7</sup>.

La parte demandada fue notificada el 25 de febrero de 2020<sup>8</sup>, dando contestación a la demanda el 13 de mayo de 2021<sup>9</sup>. El 18 de marzo de 2022 se dictó auto de sentencia anticipada<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> Folio 36 pdf 01

<sup>5</sup> Folio 38-39 pdf 01

<sup>6</sup> Folio 42-43 pdf 01

<sup>7</sup> Folio 45-47 pdf 01

<sup>8</sup> Folio 49-50 pdf 01

<sup>9</sup> Doc. 50-63 pdf 01

<sup>10</sup> Pdf 02

### **3.3 CONTESTACIÓN<sup>11</sup>**

Señaló que, a pesar de que la mayoría de los hechos son ciertos, la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda argumentado que, dentro del asunto estaba probada la excepción de caducidad por cuanto la demanda debió presentarse dentro del término de cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, so pena de configurarse dicho fenómeno.

De igual forma, presentó las siguientes excepciones: (i) legalidad del acto administrativo demandado; (ii) improcedencia de la sanción moratoria en casos de reajuste de la liquidación de cesantías, conforme a la jurisprudencia; (iii) improcedencia de reconocimiento de sanción moratoria por ser beneficiario del régimen retroactivo de cesantías; (iv) improcedencia de condena en costas; y (v) genérica.

### **3.5 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes en litigio no presentaron alegatos, y el Ministerio Público no rindió el concepto de su competencia.

## **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

### **5.2 Problema jurídico**

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

*¿Está demostrada la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho?*

*¿Tiene derecho el señor ADALBERTO DÍAZ SANTANA al reconocimiento la sanción moratoria por la no inclusión de la prima de servicios como factor para liquidar las cesantías definitivas?*

---

<sup>11</sup> Doc. 63-76 pdf 01

### **5.3 Tesis de la Sala**

La Sala encuentra que no existe caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que el acto administrativo demandable, en este evento, es aquel que mediante el cual se negó la sanción moratoria, por lo tanto, era dentro de los 4 meses posteriores a su notificación que debía presentarse la demanda ante esta Jurisdicción, y este presupuesto se cumplió.

Por otro lado, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por no haberse incluido la prima de servicios en la liquidación de sus cesantías definitivas, toda vez que, dicha sanción solo fue contemplada para los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías, pero no en caso de mora en la reliquidación de las cesantías.

### **5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

#### **5.4.1. De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes.**

La sanción moratoria se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995, la cual en su artículo 1 prescribe, que los servidores públicos de todos los órdenes, pueden solicitar las cesantías ante la entidad patronal, a quien le asiste la obligación de expedir la Resolución correspondiente dentro de los 15 días hábiles siguientes a su presentación, si reúne los requisitos determinados por la Ley. Cuando la solicitud está incompleta se debe informar al solicitante dentro de los 10 días hábiles siguientes a su recibo, señalándole de manera expresa los requisitos faltantes, y una vez aportados, esa solicitud se debe resolver dentro de los 15 días hábiles siguientes.

De igual forma, preceptuó en su artículo 2º que la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

En el párrafo del citado articulado, se señaló que, en caso de mora en el pago de esas cesantías definitivas, la entidad incumplida debe reconocer y cancelar al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que su pago se haga efectivo, para lo cual solo basta la acreditación de la no cancelación dentro del término legal previsto. Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.

Sobre la interpretación de estas normas, el H. Consejo de Estado, en sentencia de la Sala Plena de fecha 27 de marzo de 2007, expediente No. 2777-2004, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se llegó a las siguientes conclusiones relevantes:



"(...) 5.3. Formulación de las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas. (...) Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así: 5.3.1 La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías. 5.3.2 La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga. 5.3.3. Lo administración efectúa el reconocimiento de las cesantías. En este caso pueden ocurrir varias posibilidades: 5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga. 5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente. 5.3.3.3. Los reconoce extemporáneamente y no las paga. 5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente. 5.3.4. Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido. En las situaciones aludidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral.

En ese orden de ideas, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa<sup>12</sup> establece que, de conformidad con la regla jurisprudencial fijada por la Sección Segunda de dicha Corporación, la sanción moratoria es exigible de acuerdo a distintas hipótesis que se pueden apreciar en el siguiente cuadro que se transcribe:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TERMINO PAGO CESANTIA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal <sup>118</sup>	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

Como se aprecia del anterior cuadro, en las hipótesis planteadas los términos inician a correr desde la petición o solicitud del reconocimiento de las cesantías o bien desde que exista el acto escrito que resuelve sobre el reconocimiento de las cesantías. Es decir, en ninguna de las hipótesis analizadas por esa Alta Corporación, se contempló la posibilidad que corriera la sanción moratoria en los casos en que se hayan reconocido y pagado las cesantías y posteriormente se ajuste el valor liquidado por algún error en la liquidación.

Ahora bien, se debe precisar que la Ley 91 de 1989, modificada por el Decreto 2831 de 2005, norma que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma especial reguló lo atinente al

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de fecha 18 de julio de 2018. Radicado No. 73001233300020140058001 (4961-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



reconocimiento y pago de las cesantías del sector docente, en la cual no se contempló la figura de la sanción por mora, situación que ha generado controversias y posiciones encontradas al respecto.

No obstante, el H. Consejo de Estado<sup>13</sup>, en proveído cuyos fundamentos se comparten, ha reconocido la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector públicos<sup>14</sup>, siendo esta posición, a criterio de esta Sala de Decisión, la que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral y al de igualdad material de los docentes frente a los otros servidores públicos que sí se ven cobijados por dicha prerrogativa. Así las cosas, ha de concluir la Sala que para el caso de los docentes del sector público también resulta aplicable la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

## **5.5 CASO CONCRETO**

### **5.5.1 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

El señor Rogelio Alberto España Vera solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mediante petición elevada el 26 de agosto de 2016<sup>15</sup>.

En virtud de lo anterior, la Secretaria de Educación de Cartagena, procedió a expedir la Resolución 8326 del 19 de octubre de 2016<sup>16</sup>, mediante la cual liquidó las cesantías del actor, tasándolas en la suma de \$140.858.019, teniendo en cuenta los siguientes factores salariales: sueldo básico, prima de navidad y prima de vacaciones.

En el proceso se encuentra probado también, que a través de derecho de petición del 13 de julio de 2018<sup>17</sup>, el señor España Vera solicitó la reliquidación de las cesantías con la inclusión de la prima de servicios y las horas extras; además solicitó, el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en razón de la errada liquidación.

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado- Sección Segunda del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B". M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación No. 23001-23-31-000-2004-00069-02(0859-08). actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo. sentencio del 21 de mayo de 2009.

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN 13-Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELE-Bogotá, D.C. veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015)-Radicación número: 73001-2331-000-2013-00192-01 (0271-14J-Actor: YANETH LUCIA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ-Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MUNICIPIO DE IBAGUÉ (TOLIMA)-Referencia: AUTORIDADES NACIONALES - LEY 1437 DE 2011.

<sup>15</sup> Según consta en Resolución 8326 del 19 de octubre de 2016 fl. 22

<sup>16</sup> Folio 22-23 pdf 01

<sup>17</sup> Folio 18-21 pdf 01

Conforme con lo expuesto, la Secretaría de Educación de Cartagena profirió la Resolución 6083 del 7 de septiembre de 2018<sup>18</sup>, reliquidando las cesantías del actor, incluyó las horas extras y la prima de servicio; en consecuencia, la administración ordenó el pago de un excedente de \$5.572.868 en favor del señor España Vera; actuación esta que se hizo efectiva el 13 de noviembre de 2018<sup>19</sup>.

Es de resaltar que, el acto administrativo en cuestión no se refirió, en ninguno de sus apartes, a la petición referente a la sanción moratoria, por lo que se entiende que la misma fue denegada, a través del silencio administrativo negativo.

- **Caducidad del medio de control:**

La parte demandada solicita que se declare la caducidad de este medio de control, toda vez que a su juicio el acto administrativo que debía demandarse era la Resolución 8326 del 19 de octubre de 2016, por medio de la cual se liquidaron inicialmente las cesantías.

Sin embargo, esta Sala no comparte esa posición, teniendo en cuenta que el acto que le negó al accionante el reconocimiento de la sanción moratoria fue un acto ficto, nacido en virtud del silencio administrativo negativo surgido en la Resolución 6083 del 7 de septiembre de 2018. Bajo ese entendido, el literal d) del numeral 1) del artículo 164 de la Ley 1437/11 establece que no opera la caducidad del medio de control.

De acuerdo con lo expuesto, se tendrá por no probada la excepción de caducidad del medio de control.

- **Del fondo del asunto:**

Sobre la procedencia de la sanción moratoria por errores en la liquidación de cesantías, el Consejo de Estado en sentencia de 31 de octubre de 2019, manifestó lo siguiente:

*“Ha de entenderse que la sanción moratoria estatuida en esta disposición es contra el empleador moroso y en beneficio del trabajador o empleado, puesto que el auxilio de cesantías debe ser recibido de manera oportuna en el momento que se necesita. Por ello, el legislador estableció una severa sanción de un día de salario por cada uno de retardo hasta que se haga efectivo su pago. Sin embargo, en el presente asunto, la entidad accionada, según se colige de las pruebas recaudadas y de los razonamientos expuestos en el proceso, pagó de manera oportuna el auxilio de cesantía correspondiente al 2003, pero sin incluir el sobresueldo recibido por el demandante durante su vinculación laboral, lo cual ocasionó una diferencia de \$432.056 en el monto total. Esta divergencia no es motivo para que se imponga la sanción antes referida, puesto que lo se castiga no es el error en que se incurrió*

<sup>18</sup> Folio 13-15 pdf 01

<sup>19</sup> Folio 16 pdf 01

en la liquidación, sino el retraso del pago en su oportunidad legal.” (Negrilla fuera de texto)<sup>20</sup>

La misma Corporación explicó los límites y naturaleza de la sanción moratoria, así:

*“Así, debido a la naturaleza sancionadora de la norma y en tal virtud, al regirse por el principio de legalidad como una garantía esencial del derecho al debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, toda sanción deberá estar consagrada en una Ley preexistente y frente a una conducta determinada, pues en materia sancionadora se impone una interpretación restrictiva, lo que excluye aplicar una interpretación extensiva o analógica, concebida en los términos de la Corte Constitucional, como un límite infranqueable por la actividad judicial. Lo anterior, permite a la Subsección establecer que la sanción moratoria únicamente podrá aplicarse por el supuesto determinado previamente en la Ley, sin que a través de una interpretación extensiva el órgano judicial pueda extenderla a conductas que no hayan sido contempladas por el legislador, máxime cuando el artículo 230 Superior previó la sujeción de los jueces en sus providencias, al imperio de la Ley. De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la finalidad del legislador al contemplar la sanción moratoria fue apremiar al empleador a la consignación oportuna de las cesantías anualizadas, debido a la importancia de esta prerrogativa laboral destinada a cubrir necesidades básicas del servidor público relacionadas con educación y vivienda de su núcleo familiar.”<sup>21</sup>*

Conforme a lo anterior, no es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria por errores en la liquidación de las cesantías definitivas de la demandante, pues, si bien, se causó una diferencia en la liquidación de sus cesantías al no tenerse en cuenta la prima de servicios y las horas extras como factores salariales, el pago tardío de dicha diferencia no puede considerarse como mora en el pago de la prestación, toda vez que la norma no contempla dicho supuesto. La sanción moratoria fue prevista únicamente para los casos en que exista mora en el reconocimiento y pago de las cesantías, no de su reliquidación.

En virtud de lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que la entidad demandada no incurrió en los supuestos de Ley que exige la normatividad para que se configure la sanción moratoria.

## **5.6. Condena en costas.**

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo [47](#) de la Ley 2080 de 2021 determina que señala, *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de*

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho Expediente: 08001-23-31-000-2011-00847-01 (4787-2014)

<sup>21</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Radicación: 08001-23-33-000-2014-00389-01.-Interno: 0240-2016



13-001-23-33-000-2019-00181-00

*Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.*

Por otra parte, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de forma desfavorable el asunto. Como quiera que la demanda no prosperó debería condenarse en costas, sin embargo, debido a que, efectivamente, hubo un error en la liquidación de las cesantías definitivas del actor, que llevo a una reliquidación de la misma, motivo por el cual la tesis sostenida por el demandante no contiene una manifiesta carencia de fundamento legal; otra cosa es que no fueran acogidas sus pretensiones, por ello, se abstendrá la Sala de condenar en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**VI. FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR** no probada la excepción de caducidad del medio de control.

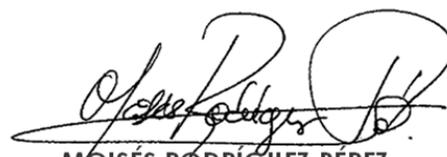
**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: ABSTENERSE** de condenar en costas de primera instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 004 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ