



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
Sala Cuarta de Oralidad
M.P. Ramiro Aponte Pino

Neiva, nueve de junio de dos mil veinte.

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: GLORIA AGUIRRE DE SUÁREZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Radicación: 41 001 33 33 007-2017-00140-01
Providencia: SENTENCIA – SEGUNDA INSTANCIA
Acta: Sala virtual de la fecha.

I.-EL ASUNTO.

Con base en las facultades conferidas por el artículo 153 del CPACA, sin que se adviertan falencias sustanciales o adjetivas que invaliden la actuación, resuelve la Sala el recurso de apelación instaurado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Neiva el 28 de septiembre de 2018.

II.- ANTECEDENTES.

1.- La demanda.

Actuando por conducto de apoderado judicial, GLORIA AGUIRRE DE SUÁREZ promueve el medio de control de *nulidad y restablecimiento del derecho* contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en procura de que se declare la nulidad de la "... Resolución No. 254 del 16 de enero de 2017... por medio del cual se denegó al demandante el pago de la sanción moratoria de acuerdo con la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, ocasionada a raíz del no pago oportuno de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, deprecia que se ordene a la demandada a "...reconocer y pagar al demandante el valor correspondiente por concepto de la sanción moratoria causada entre el 4 de febrero de 2015 al 9 de septiembre de 2015, esto con base en que la solicitud de pago de sus cesantías parciales las realizó el 27 de octubre de 2014, cuyo salario base de liquidación es el valor devengado por mi poderdante".

Finalmente, solicita que las sumas resultantes sean indexadas desde la fecha en que se debió cancelar correctamente el derecho, hasta el momento en que se pague la diferencia adeudada; y que se le dé

cumplimiento a la sentencia en los términos consagrados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

2.- Fundamentación fáctica.

Como argumentos de orden fáctico -en esencia- aduce lo siguiente:

a.- El 27 de octubre de 2014 le solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías parciales, y por conducto de la Resolución 0088 del 14 de enero de 2015 la accionada accedió a lo petitionado, y fueron efectivamente pagadas el 9 de octubre de 2015.

b.- El 12 de diciembre de 2016, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria; a lo cual, la accionada respondió desfavorablemente a través de la resolución 254 de 16 de enero de 2017.

3.- Fundamentación legal.

Como sustento de las pretensiones, invoca la siguiente normatividad:

Constitución Política: artículos 1, 2, 25, 29, 48, 53, 90, 209, 228 y 230.

Ley 153 de 1887: artículo 8.

Ley 244 de 1995.

Ley 91 de 1989: artículo 15 numeral 3.

Ley 1071 de 2006.

Ley 1437 de 2011.

En su opinión, no existe justificación para negar el pago de la sanción moratoria, toda vez que las cesantías se deben pagar dentro del término conferido por la ley, es decir, en un lapso de 65 días (CCA) o 70 días (CPACA).

4.-La oposición.

El mandatario judicial de la Nación – Ministerio de Educación se opone a las pretensiones, argumentando que la alegada mora no es imputable a su prohijada, como quiera que no tiene ninguna injerencia en la expedición de los actos que reconocen y pagan prestaciones sociales de los docentes. Aclarando, que dicha responsabilidad recae exclusivamente en las Secretarías de Educación Territoriales (nominadoras).

Con base en esa misma argumentación, formuló las siguientes exceptivas previas:

-Falta de integración del contradictorio – Litisconsorcio necesario de la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; la relación jurídico sustancial en cuanto a la expedición del acto administrativo se refiere no es de competencia del Ministerio de Educación Nacional; vinculación de la Secretaría de Educación Departamental del Huila al Proceso – integración del contradictorio:

Extraña que no se haya vinculado al proceso a la Secretaría de Educación a la que pertenece la demandante y a la Fiduprevisora S.A. "COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA" del FOMAG.

Fundado en similar razonamiento, también, propuso las exceptivas de mérito denominadas *inexistencia de vulneración de principios legales dado al carácter del régimen prestacional independiente e inaplicabilidad de la ley 1071 del 2006 al gremio docente; prescripción; y la innominada o genérica* (f. 48 y ss).

5.- El fallo impugnado.

El 28 de septiembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (concentrada); se declararon no probadas las exceptivas (*inexistencia de vulneración de principios legales dado al carácter del régimen prestacional independiente; inaplicabilidad de la ley 1071 del 2006 al gremio docente; prescripción; y la innominada o genérica*); se declaró la nulidad de la resolución 254 del 16 de enero de 2017, y a título de restablecimiento del derecho le ordenó a la Nación – Ministerio de Educación reconocer y pagar de sus propios recursos la indemnización moratoria, tasada en la suma de \$14.011.684 (causada entre el 7 de mayo y el 9 de octubre de 2015); es decir, desde la fecha en que se debió realizar el pago y la que efectivamente se hizo. Finalmente, denegó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandada en un 40% argumentando que a la demandante no le prosperaron todas sus pretensiones.

En primer lugar, abordó el análisis de diferentes precedentes normativos relacionados con el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías al personal docente (sentencia del 27 de marzo de 2007 proferida en Sala Plena por el H. Consejo de Estado); advirtiendo que aunque se rigen por una norma especial (Ley 91 de 1989), también es aplicable la Ley 1071 de 2006, pues el legislador no limitó su ámbito de aplicación a determinados servidores públicos. En ese orden de ideas, la pluricitada sanción se extiende a los docentes.

En lo tocante con el caso de la demandante, indicó que le fueron reconocidas las cesantías mediante la resolución 0088 del 14 de enero

de 2015, la cual, fue notificada el 15 de febrero siguiente (acto que quedó ejecutoriado el 27 de febrero de 2015). El 7 de mayo de 2015 vencieron los 45 días para realizar el pago del beneficio, y en la medida en que esto ocurrió el 9 de octubre de 2015, la entidad incurrió en 155 días de mora (f. 67 y ss. cuad. 1; cd anexo al acta de audiencia inicial).

6.- La impugnación.

a.- Parte actora.

El 8 de noviembre de 2018¹, el mandatario judicial de la demandante interpuso el recurso de apelación, considerando que el *a quo* "...si bien accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, lo hizo aplicando los términos legales de manera errónea, pues al realizar el cómputo de los plazos o términos que tiene la entidad para el reconocimiento y pago de las cesantías y a partir de los cuales se hace acreedora de la sanción moratoria, establece que la sanción moratoria se genera si el pago no se realiza dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que las reconoce, sin tener en cuenta que dicho acto administrativo se expidió o no dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud, tal y como lo dispone la ley 1071 de 2006, en la cual se establece que los términos empiezan a correr desde la realización de la petición, y así ha sido sostenido por el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, quien ha referido que el legislador consideró que el término perentorio para la liquidación de las cesantías busca que la administración expida la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los empleados".

4

Como apoyo a su argumentación, transcribe un pronunciamiento del H. Consejo de Estado (Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018), en la cual, se realiza la contabilización del término para exigir el reconocimiento de la sanción moratoria. Finalmente, solicita que se revoque parcialmente la sentencia impugnada.

7.- Alegaciones de conclusión en segunda instancia.

a.- Parte actora.

Reitera los argumentos del escrito de apelación (f. 17-19 cuad. segunda instancia).

b.- Parte demandada.

Guardó silencio (f. 20 cuad. segunda instancia).

c.- Ministerio Público.

Guardó silencio (f. 20 cuad. segunda instancia).

¹ Ver folios 76 y ss. cuad. 1.

III.- CONSIDERACIONES.

1.-La competencia del *ad quem*. El problema jurídico.

En razón a que el fallo fue impugnado únicamente por la parte actora, al tenor de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso² -aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA-, únicamente se abordará el análisis de los reparos formulados en la apelación.

En tal virtud, el sub lite se contrae a establecer la legalidad de la resolución 254 del 16 de enero de 2017, mediante la cual se deniega el pago de la sanción moratoria. De contera, precisar si la demandante está asistida del derecho a que se le pague la sanción moratoria derivada del pago extemporáneo del auxilio de cesantías, es decir, soslayando el término establecido en la Ley 1071 de 2006.

2.- El caso concreto.

En el sub lite se encuentra acreditado lo siguiente:

a.- El 27 de octubre de 2014³, la demandante solicitó el pago del auxilio de cesantía parcial, y por conducto de la resolución 0088 del 14 de enero de 2015, la Secretaría de Educación del Departamento del Huila reconoció y ordenó pagarle la suma de \$48.434. 655 (f. 20 y ss. cuad. 1).

b.- El 12 de diciembre de 2016, le solicitó a la Secretaría de Educación Departamental del Huila que le reconocieran la sanción moratoria derivada del pago tardío de sus cesantías; en los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006, ya que el referido trámite excedió 65 días hábiles (f. 9 y ss. cuad. 1).

Por conducto de la resolución 254 del 16 de enero de 2017, su requerimiento fue despachado desfavorablemente (f. 13 y ss. cuad. 1).

²Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

³ Como se evidencia en la Resolución No. 0088 del 14 de enero de 2015 expedida por la Secretaria de Educación Departamental.

c.- En la anualidad de 2014 (época en la que se solicitó el reconocimiento y pago del referido auxilio), la actora devengó una asignación básica de \$2.711.939 (f. 26-27).

d.- De acuerdo con el desprendible de pago expedido por el Banco BBVA, las cesantías estaban a disposición a partir del 23 de septiembre de 2015, por un valor de \$48.434.6545; sin embargo, éstas fueron retiradas el 9 de octubre de 2015 (f. 25 cuad. ppal.)

3.-Análisis de fondo.

3.1.- La sanción moratoria. Naturaleza y ámbito de aplicación.

En la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018⁴, el H. Consejo de Estado estableció i) la naturaleza del empleo docente del sector oficial, ii) sí a ese sector se aplica la Ley 244 de 1995 (y sus respectivas modificaciones); iii) a partir de qué momento se hace exigible la sanción por mora (contabilización de los términos), iv) el salario sobre el cual debe efectuarse la liquidación de ese beneficio, y v) la procedencia o no de la actualización del valor de la sanción moratoria:

“3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide 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.

194. 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 ley⁵ 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. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento 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.

195. De otro lado, también se sienta jurisprudencia precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que

⁴ Radicación: Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018.

⁵ Artículos 68 y 69 CPACA.

lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 Sentar jurisprudencia señalando que, 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.

3.5.4 Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA”.

Teniendo en cuenta que la demandante solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías parciales el 27 de octubre de 2014, la entidad demandada debía resolver la petición el 3 de diciembre de 2014⁶; sin embargo, la demandada expidió el acto de reconocimiento el 14 de enero de 2015 (resolución 0088); soslayando el término establecido en el citado artículo 4º de la ley 1071 de 2006.

En ese orden de ideas, los 45 días que disponía para realizar el pago se empezaron a contabilizar a partir del 4 de diciembre de 2014; por lo tanto, el plazo para efectuarlo expiró el 10 de febrero de 2015 y en razón a que la entidad lo hizo el 23 de septiembre de 2015, incurrió en 224 días de mora.

7

En consecuencia, se modificarán los numerales tercero y quinto de la providencia impugnada, en el sentido de precisar que la mora es de 240 días; es decir, desde el 11 de febrero de 2015 al 22 de septiembre de 2015. Siendo pertinente resaltar, que la sanción correspondiente se debe liquidar con la asignación básica, vigente al momento de la causación de la mora.

4.- Costas.

Con fundamento en el criterio *objetivo-valorativo* (esbozado en un reciente pronunciamiento del H. Consejo de Estado⁷), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 CPACA⁸, se condenará en costas en esta

⁶ Esto es, 15 días para responder la solicitud, y 10 días de ejecutoria (CPACA).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, del 28 de noviembre de 2018, Rad. 41001-23-33-000-2016-00185-01, No. Interno. 2526-2017, Actor: Blanca Helena Rujana Castro, Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.

⁸ “Artículo 188. 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 Procedimiento Civil”.

instancia a la entidad demandada y a favor de Gloria Aguirre de Suárez; como quiera que se encuentra acreditado que se causaron las agencias en derecho; las cuales, "...corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente...".

Por ese concepto se fija el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

5.- Decisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila – Sala Cuarta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- Modificar los numerales tercero y quinto de la providencia apelada, los cuales quedarán así:

"**TERCERO:** DECLARAR que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, incurrió en una mora injustificada de 224 días, en el pago de las cesantías reconocidas a la señora GLORIA AGUIRRE DE SUÁREZ.

8

(...)

QUINTO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer y pagar con sus propios recursos, a la señora GLORIA AGUIRRE DE SUÁREZ, la indemnización moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, entre el 11 de febrero de 2015 y el 22 de septiembre de 2015, la cual, deberá liquidarse con el salario devengado al momento de la causación de la mora".

SEGUNDO.- En lo demás, confirmar la providencia apelada.

TERCERO.- Condenar en costas en esta instancia a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a favor de la señora GLORIA AGUIRRE DE SUÁREZ. Fíjanse como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

CUARTO.- En firme la presente decisión, remítase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE.



RAMIRO APONTE PINO
Magistrado



JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
Magistrado



ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
Magistrado