



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: NORMA YEANNETH GONZÁLEZ ESQUIVEL
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Radicación: 41 001 33 33 007-2017-00243-01
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 26 de septiembre de 2018.

II.- ANTECEDENTES.

1.- La demanda.

Actuando por conducto de apoderado judicial, NORMA YEANNETH GONZÁLEZ ESQUIVEL 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 7642 del 26 de diciembre de 2016, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A título de restablecimiento del derecho, depreca que se ordene a la demandada a "...reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, 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 la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma".

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 25 de agosto de 2014 le solicitó a la demandada el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, y por conducto de la resolución 4931 del 17 de octubre de 2014, la accionada accedió a lo petitionado, y fueron efectivamente pagadas por medio de una entidad bancaria el 29 de enero de 2015.

b.- Sin precisar la fecha, afirma que solicitó el pago de la sanción moratoria; a lo cual, la accionada respondió desfavorablemente a través de la resolución 7642 del 26 de diciembre de 2016.

3.- Fundamentación legal.

Como sustento de las pretensiones, invoca la siguiente normatividad:

Ley 91 de 1989: art. 5 y 15.
Ley 244 de 1995: art. 1 y 2.
Ley 1071 de 2006: art. 4 y 5.

Luego de transcribir los apartes normativos que regulan el plazo para reconocer y pagar las cesantías (definitivas o parciales) y la imposición de la sanción moratoria (leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006); considera que los mismos fueron soslayados por la autoridad demandada "...pues se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los sesenta y cinco (65) días después de haber realizado la petición de las mismas, evadiendo la protección de los Derechos del trabajador, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la SANCIÓN correspondiente por la mora en el pago de la CESANTÍA (...)".

Como fundamento, cita varios apartes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado.

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. 59 y ss).

5.- El fallo impugnado.

El 26 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 7642 del 26 de diciembre de 2016, 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 \$1.411.890 (causada entre el 26 de enero y el 29 de enero 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 4931 del 17 de octubre de 2014, la cual, quedó ejecutoriada el 18 de noviembre de 2014. El 26 de enero de 2015 vencieron los 45 días para realizar el pago del beneficio, y en la medida en que esto ocurrió el 29 de enero de 2015, la entidad incurrió en 3 días de mora (f. 87 y ss. cuad. 1; cd anexo al acta de audiencia inicial).

6.- La impugnación.

a.- Parte actora.

En escrito radicado el 4 de octubre de 2018¹, la mandataria judicial de la demandante interpone recurso de apelación, considerando que aunque el *a quo* accedió a las pretensiones, no aplicó la normatividad en forma conjunta (artículo 4 y 5 de la ley 1071 de 2006).

Afirma que, el 25 de agosto de 2014 solicitó el pago y reconocimiento de las cesantías y por conducto de la resolución 4931 del 17 de octubre de 2014, la entidad demandada accedió a lo peticionado, sin embargo, fueron pagadas el 29 de enero de 2015; excediendo la fecha límite (4 de diciembre de 2014).

Merced a lo anterior, la mora comenzó a correr desde el 5 de diciembre de 2014 (un día después de la fecha máxima de los 70 días) y hasta el 28 de enero de 2015 (el día anterior al pago de las cesantías), incurriendo en un retardo de 54 días de mora.

Como apoyo a su argumentación, transcribe *in extenso* varios pronunciamientos del H. Consejo de Estado donde aborda el estudio de la sanción moratoria; concluyendo que "... el acto administrativo que reconoció la prestación económica solicitada se expidió por fuera del término dispuesto para ello en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, el término de mora debe contarse desde la fecha de la presentación de la solicitud, actuar en contrario, como lo hizo el a-quo, es transgredir el debido proceso, pues, lesiona la interpretación adecuada de la normatividad que regula el asunto jurídico de marras y de contera vulnera el precedente jurisprudencial que sobre el tema ya existe" (f. 97 y ss. cuad. 1).

¹ Ver folios 97 y ss. cuad. 1.

7.- Alegaciones de conclusión en segunda instancia.

a.- Parte actora.

Guardó silencio (f. 17 y ss. cuad. segunda instancia).

b.- Parte demandada.

Guardó silencio (f. 17 y ss. cuad. segunda instancia).

c.- Ministerio Público.

Guardó silencio (f. 17 y ss. cuad. segunda instancia).

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 7642 del 26 de diciembre de 2016, 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 25 de agosto de 2014³, la demandante solicitó el pago del auxilio de cesantía parcial, y por conducto de la resolución 4931 del 17 de

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.

³Como se evidencia en la Resolución No. 4931 del 17 de octubre de 2014 expedida por la Secretaria de Educación Departamental.

octubre de 2014, la Secretaría de Educación del Departamento del Huila reconoció y ordenó pagarle la suma de \$5.750.093 (f. 18 y ss. cuad. 1).

b.- El 24 de noviembre 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 70 días hábiles (f. 26 y ss. cuad. 1).

Por conducto de la resolución 7642 del 26 de diciembre de 2016, su requerimiento fue despachado desfavorablemente (f. 30 y ss. cuad. 1).

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 \$1.411.890 (f. 24-25).

d.- El pago del referido beneficio fue efectuado el 29 de enero de 2015 (tal como lo certifica la Fiduprevisora S.A.)⁴.

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 2018⁵, 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

⁴ Ver folio 23.

⁵ Radicación: Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018.

término dispuesto en la ley⁶ 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 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 25 de agosto de 2014, la entidad demandada debía resolver la petición el 29 de septiembre de 2014⁷; sin embargo, la demandada expidió el acto de reconocimiento el 17 de octubre de 2014 (resolución 4931); 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 30 de septiembre de 2014; por lo tanto, el plazo para efectuarlo expiró el 4 de diciembre de 2014 y en razón a que la entidad lo hizo el 29 de enero de 2015, incurrió en 55 días de mora.

En consecuencia, se modificarán los numerales tercero y quinto de la providencia impugnada, en el sentido de precisar que la mora es de 55 días; es decir, desde el 5 de diciembre de 2014 al 28 de enero 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.

⁶ Artículos 68 y 69 CPACA.

⁷ Esto es, 15 días para responder la solicitud, y 10 días de ejecutoria (CPACA).

4.- Costas.

Con fundamento en el criterio *objetivo-valorativo* (esbozado en un reciente pronunciamiento del H. Consejo de Estado⁸), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 CPACA⁹, se condenará en costas en esta instancia a la entidad demandada y a favor de Norma Yeanneth González Esquivel; 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 55 días, en el pago de las cesantías reconocidas a la señora NORMA YEANNETH GONZÁLEZ ESQUIVEL.

(...)

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 NORMA YEANNETH GONZÁLEZ ESQUIVEL, la indemnización moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, entre el 5 de diciembre de 2014 y el 28 de enero de 2015, la cual, deberá liquidarse con el salario devengado al momento de la causación de la mora".

⁸ 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.

⁹ "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".

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 NORMA YEANNETH GONZÁLEZ ESQUIVEL. 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