



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 mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicado	08-001-3333-006 2020-00057 00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	Lourdes Esther Santodomingo Acuña
Demandado	Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG – DEIP Barranquilla
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 la señora Lourdes Esther Santodomingo Acuña contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG, DEIP Barranquilla.

II.- ANTECEDENTES.

2.1 Pretensiones.

- Que se declare la nulidad de un acto ficto configurado, producto de la reclamación administrativa de sanción moratoria presentada el día 23 de agosto de 2018, por medio del cual se negó el pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006.
- Que, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a los demandados reconocer, liquidar y pagar la sanción moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después haber radicado la solicitud de cesantías y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
- Condenar al ajuste de valor o indexación de las sumas arrojadas, desde el pago de las cesantías hasta la ejecutoria de la sentencia. Así como el interés moratorio a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria pretendida.
- Que se le dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 192 y 193 de CPACA y condenar en costas al demandado.

2.2. Hechos.

La demandante señala los siguientes presupuestos fácticos:

1. La señora Lourdes Esther Santodomingo Acuña el día 01 de febrero de 2016 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías. Las cuales fueron reconocidas a través de la Resolución No. 03914 del 06 de abril de 2016.
2. El día 30 de agosto de 2016 se realizó el pago de las cesantías solicitadas.
3. La demandante mediante derecho de petición el 23 de agosto de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, a la cual no se le ha dado respuesta, configurándose el silencio administrativo negativo.

2.3. Normas violadas.

La parte actora señala como normas violadas los artículos Ley 91 de 1989. Art. 5, 9 y 15, Ley 244 de 1995. Artículos 1 y 2, Ley 1071 de 2006. Artículos 4 y 5, Decreto 2831 de 2005.

La parte actora como concepto de violación sostiene que, los docentes afiliados al Fondo nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho al reconocimiento de la sanción mora establecida en la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías.

Sin embargo, muy a pesar de que, la disposición normativa debe ser interpretada en el sentido que entre el reconocimiento y pago de la prestación en comento, no debe superarse los setenta (70) días hábiles después de haber sido radicada la solicitud, la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha venido cancelando por fuera de los términos establecidos en la Ley la prestación reclamada, circunstancia que genera una SANCIÓN a cargo de esta entidad equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2.4. Contestación de la demanda.

2.4.1. Distrito de Barranquilla

Manifestó que, la pretensión de pago de sanción moratoria en el caso concreto resulta indebida puesto que, la indemnización moratoria en aplicación de la ley 50 de 1990 y la ley 344 de 1996, no proceden como tampoco el Decreto 1582 de 1998, por cuanto, dicha

normatividad no es aplicable a los docentes sometidos al régimen especial, de ahí que resulta temerario el reproche del actor al demandar el pago de las cuantías dinerarias como restablecimiento del derecho a sabiendas que no le aplican por cuanto, no se ajustan a lo ya dicho por la ley y la jurisprudencia de las altas cortes.

Señaló que, el reconocimiento de prestaciones sociales es competencia del Fondo Nacional de Prestaciones de Magisterio.

Propuso como excepciones (i) falta de legitimación en la causa por pasiva, (ii) inaplicabilidad Ley 244 de 1994 a los docentes.

2.4.1. Fondo Nacional de Prestaciones de Magisterio.

No contestó la demanda.

2.5.- Actuación Procesal.

La demanda fue presentada 14 febrero de 2020 ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, siendo asignada por reparto a este estrado judicial en esa data.

Por auto calendarado 07 de diciembre de 2020 de inadmitió la demanda concediendo el término de diez (10) días para subsanar. Subsanadas las falencias se dictó auto admisorio fechado 25 de febrero de 2021, ordenando las notificaciones. El demandado Nación- Ministerio de Educación- FOMAG y el DEIP de Barranquilla contestaron la demanda el 18 de octubre de 2022, realizando el envío a la contraparte surtiendo el traslado de las excepciones propuestas. Con auto proferido el 15 de mayo de 2023 se realizó la fijación de litigio, se incorporaron pruebas y se ordenó la presentación de alegatos para dictar sentencia anticipada.

2.6 Alegaciones

2.6.1 Demandante

Reiteró los hechos de la demanda, así como sus pretensiones manifestado que, bajo el texto transcrito resulta claro que, no puede bajo ningún argumento, quedar un derecho laboral adquirido como lo es el reconocimiento y pago de las cesantías, en suspenso ni ser interrumpido su pago con base en ningún pretexto, lo cual si aconteció en el presente proceso, luego que a la demandante se le cancelaran sus cesantías solo 109 días después de la fecha límite para su reconocimiento, atentando contra sus derechos laborales que se recuerdan son irrenunciables e invulnerables, y que lleva a la conclusión que, en el presente

asunto no puede o debe ser premiada la entidad demandada luego de analizar su insatisfactorio proceder, con un fallo que avale la actitud injustificada.

Por otra parte, solicita la aplicación el criterio contenido en la sentencia de 26 de agosto de 2019, dentro del proceso radicado 68001-23-33-000-2016-00406-01, para el reconocimiento de la indexación correspondiente y los intereses según lo dispuesto en el C.P.A.C.A., es decir que es procedente la indexación de la sanción, desde el día 15 de mayo de 2019 (último día en que se causó la mora, es decir el día del pago de las cesantías al docente), hasta la fecha en que se cause la ejecutoria de la sentencia que profiera su despacho y desde la ejecutoria de la sentencia hasta que la entidad responsable realice el pago se reconozcan los intereses legales.

2.6.2 Parte demandada

2.6.2.1 Fondo Nacional de Prestaciones de Magisterio- FOMAG

Manifestó que, no solo la Nación Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están llamados a responder por la causación de la mora, sino también la entidad territorial; teniendo en cuenta que, en primera instancia es ella quien se encarga de la elaboración de los acto administrativos tal como lo establece el artículo 56 de la ley 962 de 2005, y fue quien incumplió el termino para la elaboración del mismo, tal como establece el artículo 4° de la Ley 1071 del 2006.

Ahora bien, el artículo 5 de la Ley 1071 del 2006 establece que, las entidades pagadoras, en este caso la Fiduprevisora S.A cuentan con el término de 45 días hábiles para el pago de la prestación, y eso a partir de la ejecutoria o firmeza del acto administrativo.

En el caso en estudio, la entidad emitió el acto administrativo el 06/04/2016, una vez en firme o ejecutoriado dicho acto administrativo, a partir de ahí la Fiduprevisora S.A contaba con el término de 45 días hábiles para el pago de la prestación.

Conforme a lo anterior, se observa que, el acto de reconocimiento de las cesantías fue proferido de forma extemporánea, pues como la solicitud de cesantías se realizó en vigencia del CPACA el término para el pago era de 70 días hábiles, y conforme a la regla establecida en la sentencia de unificación dicho término se cuenta a partir de la petición así: 15 días para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, 10 días de ejecutoria y 45 días para el pago de las cesantías.

La Resolución No. 3914 de reconocimiento y pago de las cesantías fue emitida el 06-04-2016, cuando el ente territorial ya había sobrepasado el límite de tiempo otorgado por la Ley, sin dejarle a la demandada el término prudente y establecido por ley para el

correspondiente trámite administrativo y así poder realizar el pago oportuno; situación que a la luz del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, la responsabilidad recae en cabeza del Distrito de Barranquilla siendo necesaria su condena en la sentencia que ponga fin al litigio.

Así las cosas, se solicita condenar a la entidad territorial al pago de la sanción mora, como quiera que esta excedió el límite de los 15 días para expedir acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, y de no ser procedente la anterior condena, se suplica se condene únicamente a los días de mora señalados líneas atrás.

2.6.2.2 Distrito de Barraquilla

En sus alegatos reiteró la oposición a las pretensiones, por carecer de todo fundamento legal, jurídico y fáctico, afirmando que, la señora Lourdes Esther Santodomingo Acuña se encuentra en el régimen exceptuado de los docentes, que el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, no es la entidad que paga las cesantías ni los intereses a las cesantías a la demandante, sino que es el FOMAG la entidad encargada de realizarlo, por lo que no le es imputable la supuesta mora por el pago tardío de las cesantías ni sus intereses.

Concluyendo que, es el FOMAG la entidad encargada de los pagos de los docentes adscritos a dicho fondo, por lo que son ellos los que deben responder por cualquier eventual condena en el presente proceso, resultando improcedente que el Distrito de Barranquilla sea condenado solidariamente en una eventual condena de las pretensiones solicitadas.

2.7 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. Problema Jurídico

En el presente asunto, corresponderá establecer si, a los docentes oficiales regidos por la Ley 91 de 1989¹, les es aplicable la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006², que regula los términos correspondientes al pago oportuno de cesantías parciales y

¹« Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

²«Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su disposición.»

definitivas de los servidores públicos y, por lo tanto, si la señora Lourdes Esther Santodomingo Acuña es acreedora del pago de 109 días de salario, por concepto de sanción mora establecida, debido al incumplimiento en los términos allí dispuestos para el pago de las cesantías. Y de ser positivo analizar si sobre este derecho se ha configurado la prescripción.

4.2 Tesis

Se sostendrá que, la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, sí es aplicable a los docentes, por lo que corresponde al FOMAG reconocer sanción mora cuando se evidencia retardo en el pago de sus cesantías. Término que no puede exceder de los 70 días entre la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías y el pago efectivo de las mismas. Constituyéndose, en este caso, un retardo en el pago de las cesantías de 109 días por parte de la entidad demandada.

4.3. Marco Jurídico y Jurisprudencial

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

***“Artículo 1º.-** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores 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 2006³, que en su artículo 2º, precisó su ámbito de aplicación así:

³ 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

“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.

Al establecerse un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas se buscó que la Administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarreen perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que, el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración⁴.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con el objeto de definir la situación jurídica de los docentes oficiales, respecto de la sanción moratoria dictó la sentencia SUJ-

⁴ Sala Plena del Consejo de Estado. 27 de marzo de 2007. Expediente No. 2777-04. Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

012-S2⁵, 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 Estado⁶, unificó jurisprudencia para señalar que, en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, deben observarse las reglas que a continuación se enuncian:

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

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

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

En este punto de la providencia, resulta pertinente señalar que, frente al salario a tener en

⁵ 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

⁶ 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.

cuenta para liquidar la sanción moratoria, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, 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 en la consignación tardía de las cesantías de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, se mantiene incólume; estableciendo además que, respecto de la penalidad originada en el retardo o pago tardío de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos en aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus complementarias, debe observarse 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)*

Quiere ello decir que, el salario base para calcular la sanción cuando son parciales, será el vigente al momento en que se causó la mora, y definitivas el año del retiro.

4.4. Caso Concreto

4.4.1 Hechos probados

1.- A la demandante se le reconocieron cesantías parciales mediante Resolución No. 03914 de 2016⁸ del 6 de abril de 2016, las cuales habían sido solicitadas con el radicado 2016-ces 303385 de 01 de febrero de 2016⁹.

2.- El valor reconocido por cesantías fue pagado el 06 de septiembre de 2016 por conducto del Banco BBVA¹⁰, sin embargo, la parte demandante en los hechos de la demanda y alegatos afirma que, las cesantías fueron pagadas el 30 de agosto de 2016, infiriéndose que desde esa data la demandante tuvo conocimiento de la disposición para cobrar dichos dineros, por lo que se tomará esa data como de fecha de pago.

3.- El 23 de agosto de 2018 la actora por conducto de apoderado presentó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías e indemnización moratoria por el no pago oportuno de éstas¹¹.

⁷ 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.

⁸ Resolución No. 03914 de 2016 allegado como prueba y anexo de la demanda. Archivo digitalizado, s

⁹ Petición presentada por el actor, tomada de la Resolución de reconocimiento.

¹⁰ Comprobante de consignación del BBVA. Manifestación en la demanda y alegatos.

¹¹ Documento digitalizado como anexo y prueba de la demanda, Solicitud radicada, aportada con la demanda.

4.4.2 Análisis de las pruebas en el caso concreto

Pues bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial unificado expuesto en párrafos precedentes, según el cual **“a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos”**, y de acuerdo con los elementos de prueba aportados al proceso, se encuentra acreditado que, la administración incurrió en un retardo en el reconocimiento de las cesantías definitivas, toda vez que, el acto de liquidación de la aludida prestación social fue expedido fuera del término de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, en tanto el actor radicó la petición para el pago de cesantías parciales el **01 de febrero de 2016**, de manera que, el plazo para dar respuesta venció el **22 de febrero de 2016** y la entidad expidió la Resolución No. 03914 de 2016 el **6 de abril de 2016**.

Conforme a lo expuesto, dado que, la resolución no se profirió dentro de la oportunidad legal, se aplicará la regla jurisprudencial fijada en la Sentencia de Unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado¹², relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, según la cual la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

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

Fecha reclamación cesantías: 01 de febrero de 2016

Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 22 de febrero de 2016

Vencimiento término de ejecutoria: 07 de marzo de 2016

Vencimiento término para efectuar el pago: 13 de mayo de 2016

Fecha de reconocimiento: 06 de abril de 2016

Fecha de pago: el 26 de agosto de 2016

Período de mora: desde el 14 de mayo de 2016 hasta el 30 de agosto de 2016 equivalente a **109 días**.

En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción, como se expuso en precedencia, se aplica la regla fijada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018¹³, y, por ende, para las cesantías parciales, será la vigente

¹² 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.

¹³ Ibídem 19.

al momento de la causación de la mora, esto es, la devengada en el año 2016

4.4.2.1 De la prescripción de los derechos reclamados.

El Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016 de 25 de agosto de 2016 proferida por la Sección Segunda¹⁴, en cuanto a la norma que se ha de invocar para efectos de estudiar la prescripción de los salarios moratorios, precisó:

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

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

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969¹⁵, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.”

En esa medida, observa el Juzgado que, en el presente caso la sanción moratoria se hizo exigible desde el **13 de mayo de 2016**, fecha en el que venció el término para realizar el pago, y la petición¹⁶ dirigida a la entidad demandada – Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, Distrito de Barranquilla, tendiente a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, se radicó el **23 de agosto de 2018**¹⁷, de lo que se sigue que el reclamo formulado se hizo en término dispuesto, por lo que no operó la prescripción.

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

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

Al respecto, ha de advertirse que según lo considerado por el Consejo de Estado¹⁸ en su

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

¹⁵ Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).

¹⁶ La petición que debe tenerse en cuenta para contabilizar la prescripción es aquella concerniente a la sanción, al no ser accesoria a la prestación social – cesantías.

¹⁷Fl.207, de la Copia de la Historia Laboral, allegada el 19 de noviembre de 2018 por la Secretaría Distrital de Educación.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia O-032-2016 de 17 de noviembre de 2016 proferida dentro del expediente 66001-23-

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

"[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁷ ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]"¹⁹ (Subraya de la Subsección).

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

En ese sentido, con fundamento en el precedente, la Sección Segunda subsección B unificó jurisprudencia en la SU 00580 de 2018 respecto del tema y sentenció:

"CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA".

En razón a lo expuesto, teniendo en cuenta que, la sanción moratoria de la cesantía no corresponde al reconocimiento de un derecho o acreencia laboral, no es posible aplicar la indexación a dicha sanción, por cuanto ésta tiene como finalidad la actualización de prestaciones sociales, mientras que la sanción moratoria de las cesantías consiste en una penalidad económica por retardo en el pago de las cesantías, por lo que no resulta procedente ordenar la actualización solicitada.

4.4.2.2. Respecto a la falta de legitimación en la causa propuesta por Distrito de Barranquilla

La parte demandada Distrito de Barranquilla, con la contestación de la demanda formuló como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que, carece

33-000-2013-00190-01, Número Interno: 1520-2014, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz contra Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Revoca ordinal tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda y niega indexación.

¹⁹ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: "Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella" (Resaltado no es del texto original).

de legitimación en la causa por pasiva y tanto de interés sustancial en los resultados del proceso, por cuanto no puede entrar a satisfacer una eventual condena, la cual estaría exclusivamente a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG y/o Fiduprevisora S.A.S.

La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁰ se ha pronunciado en varias ocasiones y ha concluido que esta figura se refiere a la existencia de un vínculo o conexidad que inevitablemente debe existir entre los sujetos que integran la relación controversial. Así mismo, que esta figura procesal se configura tanto por activa como por pasiva y se predica en dos modalidades, "...una de hecho y otro material", siendo la primera la que se estructura entre las partes con la notificación del auto admisorio del libelo, esto es, con la debida integración del contradictorio; y la segunda, la que se edifica en la relación causal entre los hechos que soportan las pretensiones y las partes.

Respecto se advierte que el trámite administrativo para el reconocimiento y pago de cesantías de los docentes es efectuado por la entidad territorial certificada, a través de la Secretaría de Educación o la autoridad que se delegue para el efecto, en virtud del principio de coordinación establecido en el artículo 6 de la Ley 489 de 1998, por lo tanto, para el Despacho el Distrito de Barranquilla si está legitimado para actuar en el presente proceso, no encontrándose probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por este Ente.

Así las cosas, en el presente asunto, es dable concluir, que el acto ficto generado por la ausencia de respuesta a la petición presentada el 23 de agosto de 2018, se encuentra viciado de nulidad por cuanto infringe norma en que debía fundarse, pues docentes oficiales afiliados al FOMAG tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, de conformidad con los pronunciamientos de unificación proferidos por la Corte Constitucional (sentencia SU-336 de 2017⁹) y por la sección segunda del Consejo de Estado. (fallo CE-SUJ-SII-012-2018¹⁰); sin lugar a la actualización de la misma, como se estableció previamente. Reconocimiento y pago que debe realizar la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

V.- COSTAS.

El Juzgado 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.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente William Hernández Gómez, Sentencia del 07 de abril de 2016, Radicación **08001-23-33-000-2012-00206-01(0402-14**

VI.- DECISIÓN

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 la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo ante la reclamación administrativa de sanción moratoria presentada el día 23 de agosto de 2018, por medio del cual se negó el pago de la sanción moratoria a la señora Lourdes Esther Santodomingo Acuña, por el no pago oportuno de sus cesantías, de conformidad a lo consagrado por la Ley 1071 de 2006, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

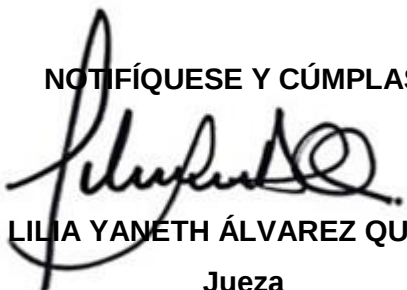
SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG, al pago por concepto de indemnización o sanción moratoria por el retraso en el pago de las cesantías definitivas a la Lourdes Esther Santodomingo Acuña, a razón de un día de salario por cada día de retardo, correspondiente a 109 días, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

TERCERO: DECLARAR no probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito de Barranquilla

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza