



**Rama Judicial del Poder Publico  
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del  
Atlántico**

**JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

D.E.I.P. Barranquilla, 30/09/2019

|                         |                                                                                                                                                           |
|-------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Radicado</b>         | 08-001-33-33-006-2016-00164-00                                                                                                                            |
| <b>Medio de control</b> | Nulidad y Restablecimiento del Derecho                                                                                                                    |
| <b>Demandante</b>       | <b>MAGALY ERNESTA HERNÁNDEZ MALDONADO</b>                                                                                                                 |
| <b>Demandado</b>        | Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Distrito de Barranquilla – Secretaría Distrital de Educación. |
| <b>Juez (a)</b>         | <b>LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ</b>                                                                                                                        |

**1.- Pronunciamiento.**

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la señora Magaly Ernesta Hernández Maldonado, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Distrito de Barranquilla, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

**2.- Antecedentes.**

**2.1. Pretensiones.**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Magaly Ernesta Hernández Maldonado, actuando por conducto de apoderado judicial, formuló demanda contra la Nación – Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Distrito de Barranquilla, solicitando se declare la nulidad del Oficio No. 05288 del 20 de abril de 2016, mediante el cual se le dio respuesta desfavorable a la solicitud de reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas reconocidas mediante la Resolución 06228 del 3 de noviembre de 2015.

En consecuencia, de la anterior decisión, y a título de restablecimiento del derecho, deprecia se condene a la entidad demandada al reconocimiento de un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después haber radicado la solicitud de las cesantías ante la entidad y hasta el día anterior a la fecha en que se causó el pago.

Igualmente, peticionó se pague indexación mes por mes sobre la suma reconocida como sanción moratoria reclamada, a partir de la fecha en que debió realizarse el pago y hasta el momento que se cancelen dichas sumas y que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada, y se ordene el cumplimiento del fallo conforme a los artículos 192 y siguientes del CPACA.

**2.2. Hechos.**

Para mejor comprensión del asunto, el Despacho resume los hechos expuestos de la siguiente manera:

Afirma la demandante que el 24 de julio de 2015, presentó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Barranquilla.

Indicó que mediante Resolución No. 06228 de 30 de noviembre de 2015 se le reconoció la prestación aludida. En tal orden, afirmó que la Administración efectuó el pago de las

cesantías el 14 de marzo de 2016, habiéndose vencido el plazo para su pago el 29 de noviembre de 2015.

Finalmente, señaló que, mediante petición de 6 de abril de 2018, solicitó a la Secretaría de Educación del Distrito de barranquilla y al FOMAG el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la cual fue resuelta desfavorablemente a través de la expedición del Oficio No. 05288 del 20 de abril de 2016.

## **2.3. Alegatos.**

### **2.3.1. Parte Demandante.**

El apoderado de la señora Magaly Ernesta Hernández Maldonado, presentó alegatos de conclusión señalando que el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018 precisó que la sanción moratoria por el pago de las cesantías totales o parciales, establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 se les hace extensiva a los docentes del sector oficial, enfatizando tanto en el término que debe entenderse para que se haga efectivo el pago de las cesantías solicitadas, así como el salario que debe tenerse en cuenta a la hora de liquidar la mora en que incurre la entidad estatal.

Con base en dicho precedente jurisprudencial y en las pruebas aportadas al proceso, el apoderado alega que deben acogerse de manera favorable las pretensiones de la demanda, dado el retardo de la entidad en el pago de las cesantías definitivas a la actora.

### **2.3.2. Parte demandada: Nación – Ministerio De Educación Nacional – FOMAG.**

La parte demandante no presentó alegatos dentro del término de traslado otorgado para tal fin.

## **2.4. Concepto del Ministerio Público.**

El Procurador Judicial delegado en asuntos administrativos ante este Despacho no rindió concepto dentro del presente asunto.

## **3.- Control de legalidad.**

El Despacho encuentra que no existen vicios que puedan acarrear nulidades, por lo que se da por satisfecho el control de legalidad que se debe ejercer una vez se ha agotado cada etapa del proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA

## **4.- Consideraciones.**

### **4.1. Problema Jurídico.**

De acuerdo con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial celebrada el 31 de julio de 2018, el problema jurídico en el presente asunto se centra en determinar si:

Deberá declararse la nulidad del Oficio No. 05288 de fecha 20 de abril de 2016, mediante el cual se le negó a la actora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que establece la Ley 1071 de 2006, que equivale al 1 día de salario por cada día de retardo en el pago, contado desde los 70 días hábiles siguientes a haber radicado la solicitud de cesantías parcial y/o definitiva ante dicha entidad y hasta cuando se hizo el pago efectivo de la prestación y en consecuencia tendrá derecho al reconocimiento y pago del estipendio reclamado.

### **4.2. Tesis.**

Como se expondrá en líneas posteriores, para este Despacho se logró desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre el acto administrativo contenido en el oficio No.

05288 de 20 de abril de 2016, mediante el cual se resolvió desfavorablemente la solicitud de sanción moratoria elevada por la actora, al lograr la parte demandante demostrar que la entidad demandada efectuó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a la demandante, por fuera de los términos de la Ley 244 de 1995.

#### **4.3. Lo probado en el proceso.**

Se relacionan como pruebas relevantes, las siguientes:

- 1.- Copia de la Resolución No. 06228 de 3 de noviembre de 2015, proferida por la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, en virtud de la solicitud radicada bajo el No. 2015-CES-030681 de 24/07/2015, a través de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas a favor de la actora. El anterior acto administrativo le fue notificado al titular el 11 de noviembre de 2015 (fls. 14-15).
- 2.- Copia de la constancia del pago efectuado el 01 de marzo de 2016 por concepto de cesantías definitivas a nombre de Magaly Ernesta Hernández Maldonado, a través de la entidad bancaria BBVA Colombia (fl. 13).
- 3.- Copia de la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, dirigida al Ministerio de Educación Nacional y al Municipio de Soledad el 6 de abril de 2016 (fl. 16).
- 4.- Formato único para la expedición de certificados de salarios consecutivo no. 27525 a nombre de Magaly Ernesta Hernández Maldonado correspondientes a los años 2013, 2014 y 2015 (fl. 1 cuaderno de antecedentes administrativos).

#### **4.4. Marco normativo 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 penitencionario 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 2006<sup>1</sup>, que en su artículo 2º, precisó su ámbito de aplicación así:

**"Artículo 2. Ámbito de aplicación.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro".

De igual manera, la Ley en comento hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de los servidores públicos. Dice la norma:

**"Artículo 4º. Términos.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

**Parágrafo.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

**Artículo 5º. Mora en el pago.** La entidad pública pagadora tendrá un **plazo máximo** de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

**Parágrafo.** En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este".(Se resalta).

De lo anteriormente expuesto, es posible inferir que la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, tiene un plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir la resolución correspondiente, y la entidad pública pagadora, tiene un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto de reconocimiento, para cancelar esta prestación social, so pena de 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 administración<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> 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

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

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con el objeto de definir la naturaleza jurídica de los docentes oficiales, dictó la sentencia SUJ-012-S2<sup>3</sup>, 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.

En efecto, para la referida Sección *“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.”*<sup>4</sup>

Es importante anotar que la tesis expuesta por el Consejo de Estado en cuanto a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus modificaciones a los docentes oficiales, es de obligatorio acatamiento para los trámites pendientes de resolver, pues así quedó señalado en la sentencia de unificación aludida líneas arriba, al indicar que las reglas contenidas en dicha providencia deben aplicarse 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, ora por falta de pronunciamiento o pronunciamiento tardío de la administración; ora por acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>5</sup>, al evidenciar que con relación al reconocimiento de la sanción moratoria tanto a docentes del sector oficial, como a la generalidad de los servidores públicos, existían imprecisiones en tanto el momento a partir del cual se hace exigible tal penalidad, 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*

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Ibidem

<sup>5</sup> 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.

*petionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.*

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

En este punto de la providencia, resulta pertinente señalar que frente al salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria, la Sección Segunda del Consejo de Estado, se pronunció a través de la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016<sup>6</sup>, en la que fijó como regla que sería el devengado por el empleado al momento en que se produce el retardo, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías sucesivos, la asignación salarial cambia por cada anualidad; sin embargo, dado que la controversia se originó 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<sup>7</sup>, solo ello fue objeto de unificación, sin hacer referencia a los demás regímenes, así como tampoco a la penalidad que se origina por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos.

Evidenciado lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018<sup>8</sup>, 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)

#### **4.5. Caso concreto y solución al problema jurídico formulado.**

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 la actora radicó la petición el **24 de julio de 2015**, de manera que el plazo venció el **18 de agosto de 2015** y la entidad expidió la Resolución No. 06228 el **3 de noviembre de 2015**, esto es, 75 días después.

Conforme a lo expuesto, dado que la resolución no se profirió dentro de la oportunidad legal, el Despacho 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

<sup>6</sup> C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>7</sup> «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

<sup>8</sup> Expediente radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jorge Luis Ospina Cardona contra La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Departamento del Tolima.

la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>9</sup>, 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 definitivas: 24 de julio de 2015  
Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 18 de agosto de 2015  
Vencimiento término de ejecutoria: 1 de septiembre de 2015  
Vencimiento término para efectuar el pago: 5 de noviembre de 2015  
Fecha de reconocimiento: 3 de noviembre de 2015  
Fecha de pago: 1 de marzo de 2016

**Período de mora:** desde el 6 de noviembre de 2015 hasta 29 de febrero de 2016, equivalente a **114 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 2018<sup>10</sup>, y por ende, será la vigente al momento del retiro del servicio del servidor público, esto es, la devengada en el año **2015**.

#### **.- 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 Segunda<sup>11</sup>, 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 1969<sup>12</sup>, 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".*

Ahora bien, observa el Juzgado que en el presente caso la sanción moratoria se hizo exigible desde el **6 de noviembre de 2015**, y la petición<sup>13</sup> dirigida a la entidad

<sup>9</sup> Expediente radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jorge Luis Ospina Cardona contra La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Departamento del Tolima.

<sup>10</sup> Ibídem 19.

<sup>11</sup> Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> 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.

demandada – Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, tendiente a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria, se radicó el 6 de abril de 2016 (fls. 16), de lo que se sigue que el reclamo formulado por la demandante se hizo dentro del término legal, si se tiene en cuenta que entre una y otra data no se supera el plazo de los tres años de que habla el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, máxime cuando la demanda fue presentada el 25 de agosto de 2016, motivo por el cual el Juzgado encuentra no configurada la prescripción de los derechos reclamados.

En virtud de las consideraciones que han sido expuestas, el Despacho declarará la nulidad del oficio No. 05288 calendado 20 de abril de 2016, por el cual se negó la solicitud de sanción moratoria, radicada por la señora Magaly Ernesta Hernández Maldonado. A título de restablecimiento del derecho, se condenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional por conducto del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 6 de noviembre de 2015 hasta el 29 de febrero de 2016, por concepto de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, liquidable con base en la asignación básica mensual devengada para el año 2015 por la señora Hernández Maldonado.

**.- De la actualización de la suma reconocida por concepto de sanción moratoria.**

Solicita la parte actora en su demanda se reconozca el pago de indexación mes por mes sobre la suma reconocida como sanción moratoria reclamada, a partir de la fecha en que debió realizarse el pago y hasta el momento que se cancelen dichas sumas.

Al respecto, ha de advertirse que según lo considerado por el Consejo de Estado<sup>14</sup> en su 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 1996<sup>15</sup>, la jurisprudencia del Consejo de Estado 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 la 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 [...]"<sup>15</sup> (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. (...)"*

<sup>14</sup> 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 66001-23-33-000-2013-00190-01, 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.

<sup>15</sup> 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).

#### **4.6. Costas.**

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta, dilación sistemática del trámite o deslealtad, máxime cuando la causación de las mismas tampoco aparece demostrada en el presente asunto.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **5.- FALLA**

**PRIMERO: DECLÁRESE** no probadas las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, genérica e innominada, buena fe y compensación, propuestas por la Nación – Ministerio de educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**SEGUNDO: DECLÁRESE** la nulidad del oficio No. 05288 calendado 20 de abril de 2016, por el cual se negó la solicitud de sanción moratoria, radicada por la señora Magaly Ernesta Hernández Maldonado, de acuerdo con las razones expuestas en la presente providencia.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional por conducto del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 6 de noviembre de 2015 hasta el 29 de febrero de 2016, por concepto de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, liquidable con base en la asignación básica mensual devengada para el año 2015 por la señora Magaly Ernesta Hernández Maldonado, en atención a las consideraciones precedentemente esbozadas.

**CUARTO: DENIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda.

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia

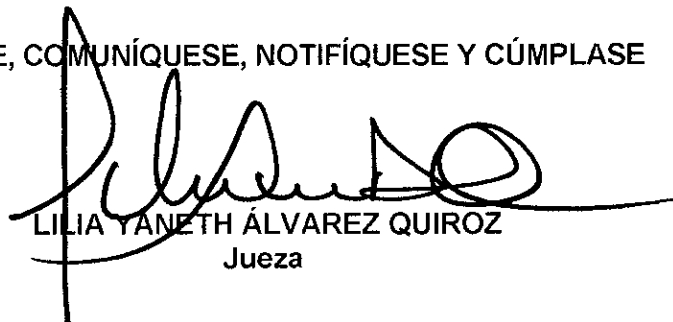
**SEXTO:** Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

**SÉPTIMO:** Notifíquese esta sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

**OCTAVO:** Notifíquese personalmente el presente fallo a la señora Procuradora Delegada ante este Despacho.

**NOVENO:** Se ordena la expedición de copias que soliciten las partes conforme a lo previsto en el artículo 114 del C.G.P.

**CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ  
Jueza

P/AFP

