



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., septiembre treinta (30) de dos mil diecinueve (2019).-

Radicado	08-001-33-33-006-2017-00019-00.
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	Edilsa Esther Marín Caraballo.
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Atlántico - Secretaría de Educación Departamental.
Juez (a)	LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por la señora Edilsa Esther Marín Caraballo contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Departamento del Atlántico - Secretaría de Educación Departamental, 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:

II.- ANTECEDENTES

2.1.- Demanda.

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

- Que se declare la nulidad del **acto ficto o presunto** configurado el **9 de julio del 2015**, producto de la reclamación administrativa de la sanción moratoria presentada el **9 de abril de 2015** por el pago tardío de sus cesantías.
- Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Soledad - Secretaría de Educación Municipal, a que se le reconozca y pague a la demandante la **sanción por mora** establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, 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.
- Condenar a las demandadas al pago de indexación sobre los valores o diferencias a las que haya lugar a consecuencia del retardo del pago de las cesantías, liquidada hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.
- Condenar a las demandadas al pago de intereses moratorios sobre los valores o diferencias a las que haya lugar a consecuencia del retardo del pago de las cesantías, a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia, hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la misma.

2.2.- Hechos:

- 1.- Que por solicitud radicada bajo el No.2012-CES-002466 de **9 de febrero de 2012**, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía parcial.

2.- Que por medio de la **Resolución No. 0323 del 12 de junio de 2012** le fue reconocida la cesantía parcial a la señora Edilsa Esther Marín Caraballo.

3.- Que la cesantía parcial le fue cancelada a la demandante, el 10 de septiembre de 2012 por intermedio de entidad bancaria.

4.- Que la demandante luego de presentada la solicitud para el pago de la cesantía el 9 de febrero del 2012, el plazo para cancelarla venció el 24 de mayo de 2012, por lo que transcurrieron 105 días de mora, contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad demandada para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

4.- Que el 9 de abril de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria del pago de sus cesantías, petición que fue resuelta negativamente en forma ficta debido al silencio administrativo generado por la ausencia de respuesta.

2.3. Alegatos.

2.3.1. Parte Demandante: Edilsa Esther Marín Caraballo.

El apoderado judicial del demandante en memorial de 17 de junio de 2019¹ se reiteró de los fundamentos fácticos de la demanda con los que demuestra que la cesantía fue cancelada con un retardo de 105 días, generando ese incumplimiento de la sanción por mora, circunstancia por la que solicita se dé aplicación a la sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018 del Consejo de Estado, por el no pago oportuno de esta prestación social.

2.3.2. Parte Demandada: Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No presentó alegatos.

2.3.3. Parte Demandada: Departamento del Atlántico - Secretaría de Educación Departamental.

No presentó alegatos.

2.4. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Judicial delegada en Asuntos Administrativos ante este Despacho rindió concepto dentro del presente asunto a través de escrito de 5 de julio de 2019² en donde concluye que las pretensiones deben ser concedidas, toda vez que se encuentra demostrado en el sub iudice que la actora tiene derecho a que le sea reconocida a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas.

2.5.- Actuación Procesal.

La demanda fue presentada el 24 de enero de 2017³ ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, siendo asignada por reparto a este estrado judicial, siendo admitida a través de providencia de 31 de enero de 2017.⁴

Notificado el auto admisorio en debida forma a las demandadas, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó en tiempo su contestación de demanda en memorial de 18 de septiembre de 2017⁵, mientras que el Departamento del Atlántico dejó vencer el término del traslado sin contestar la demanda.

¹ Fls.142-151.

² Fls.152-156.

³ Fl.29.

⁴ Fls.31-33.

⁵ Fls.50-61.

Mediante providencia de 5 de febrero de 2018⁶ el Despacho dispuso la vinculación de FIDUCIARIA LA FIDUPREVISORA S.A., quien dejó vencer el traslado para contestar la demanda.

Surtido el trámite de las excepciones con su correspondiente traslado de 20 de septiembre de 2017⁷, fue señalada fecha y hora para el desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. a través de proveído de 16 de octubre de 2018⁸.

La audiencia inicial se llevó a cabo el 28 de noviembre de 2018⁹. En proveído de 13 de junio de 2019¹⁰ fue declarado precluido el periodo probatorio y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos, término que fue aprovechado únicamente por el demandante a través de memorial de 17 de junio de 2019¹¹.

Fenecida la oportunidad para presentar alegatos, la Secretaría hizo ingreso del expediente al Despacho, para dictar la sentencia que en derecho corresponda.

2.6.- Control de Legalidad.

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procederá a dictar la sentencia correspondiente.

III.- CONSIDERACIONES

3.1.- Problema Jurídico.

El problema jurídico en el presente asunto se contrae en determinar si, debe declararse la nulidad del acto administrativo ficto o presunto generado por la omisión de respuesta a la reclamación radicada el 9 de abril de 2015, mediante la cual se le negó a la actora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida por la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de las cesantías definitivas o parciales que le fue reconocida por la entidad demandada, y en consecuencia, condenar a la demandada al reconocimiento y pago de suma equivalente por la sanción moratoria.

3.2.- Tesis.

El Despacho sostendrá la tesis que se demostró que hubo retardo en el cumplimiento de pago de cesantías por parte de la demandada, en la medida que fueron canceladas a la demandante de manera extemporánea al plazo consagrado por el Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006. Por lo tanto, las pretensiones tienen vocación de prosperidad.

3.3.- Marco normativo y jurisprudencial.

Sea lo primero indicar que, conforme lo sostuvo la sentencia del 12 de octubre de 2016 de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado " *El auxilio de cesantía es una prestación social de creación legal que debe pagar el empleador al trabajador por los servicios prestados en el evento en que llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda*"¹².

En ese sentido se tiene que, primeramente el auxilio de cesantía se encontraba consagrado en el literal f) del artículo 12° de la Ley 6ª de 1945, el cual la reconocía como un derecho de carácter prestacional a favor de los trabajadores oficiales, a cargo del empleador a razón de un mes de salario por cada año de trabajo y proporcionalmente por las fracciones de año. Seguidamente, con el artículo 1° de la Ley 65 de 1946 fue extendido dicho auxilio a

⁶ Fls.90-91.

⁷ Fl.69.

⁸ Fl.111.

⁹ Fls.126-129.

¹⁰ Fl.133.

¹¹ Fls.142-151

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-00874-01 y número interno 1325-16.

todos los empleados de carácter permanente al servicio de la Nación de todas las Ramas del Poder Público, incluyendo departamentos, intendencias, comisarias, municipios y particulares.

En ese orden cronológico, fue expedido el Decreto 3118 de 1968, por medio del cual fue creado el Fondo Nacional del Ahorro, el cual consagró como uno de sus objetivos el del pago oportuno de las cesantías a los empleados y trabajadores oficiales, así como que la obligación de administrar las cesantías a su cargo, surgía una vez se efectuara la liquidación respectiva, en virtud del reconocimiento, al tenor de lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del mencionado Decreto, los cuales a su vez, establecieron las liquidaciones anuales y definitivas por retiro bajo el régimen de retroactividad, al siguiente tenor:

“Artículo 28º.- Liquidación año de retiro. En caso de retiro del empleado o trabajador, el respectivo Ministerio, departamento administrativo, superintendencia, establecimientos públicos o empresa industrial y comercial del Estado, liquidará la cesantía que corresponda al empleado o trabajador por el tiempo servido en el año de retiro.”

Luego con la expedición de la Ley 344 de 1996, fue concebido el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos vinculados a partir de su vigencia, así:

“Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo;

El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo.

Parágrafo.- El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”

En ese sentido, conforme al literal b) del artículo 13º transcrito, y el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se hizo extensiva la normatividad relativa a cesantías, que fuera compatible con la liquidación anualizada allí ordenada y particularmente se remitió a lo previsto en los artículos 99, 102 104 de la Ley 50 de 1990, el primero de los cuales establece:

“Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales de los 12% anuales o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.” (Subrayado y negrillas nuestras).

Sobre este punto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, adujo:

"En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998."

Ahora bien, en lo que concierne a la sanción moratoria, varias son las situaciones en las que se puede ver inmerso el servidor público frente al reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, tal y como lo precisó el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda expediente N° 150012333000 201300480 02 (1447-2015), la cual en su parte motiva concluyó:

" (...)

Entonces, como la administración no acepta la existencia de mora en el pago de las cesantías, y menos reconocerá de manera libre y espontánea la indemnización, el interesado deberá provocar decisión en tal sentido y para el efecto tiene que solicitar el reconocimiento de la indemnización prevista en la ley para cuando el pago de las cesantías no se hace dentro del plazo allí señalado.

Ahora, qué sucede ante la solicitud de reconocimiento de la indemnización moratoria? La sentencia del Consejo de Estado de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 27 de marzo de 2007, dijo que se pueden presentar varias hipótesis: (i) Que La administración no resuelva el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías; (ii) Que la administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga; (iii) La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.

También puede ocurrir 1) que reconoce las cesantías oportunamente pero no las paga; 2) Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente; 3) Las reconoce extemporáneamente y no las paga; 4) Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente; 5) Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido. (...)" (Subrayado y negrillas del Despacho).

De la jurisprudencia en cita se colige que, en aquellas situaciones en que la administración no el resuelva el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías o no las reconoce y por ende, no las paga, como es del caso, es procedente la sanción moratoria.

Así pues, sobre este particular, la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016 señaló:

"Ahora bien, con la modificación que surgió con el cambio de liquidación de esa prestación, a ser realizada en forma anual, al empleador le corresponde liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre, y efectuar la consignación de las sumas producto de esa liquidación en el fondo que el empleado elija, a más tardar, el 15 de febrero del año siguiente¹¹. A partir de ese momento, las sumas liquidadas y consignadas por concepto de cesantías, ingresan al patrimonio del empleado, pues son destinadas a la cuenta individual que a nombre del empleado se ha creado en el fondo administrador de cesantías que este haya elegido.

Tales sumas se van incrementando año a año producto de la liquidación y consignación que al empleador le corresponde en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, generando un "ahorro" en su cuenta individual que, salvo las excepciones de ley¹², será retirado al momento en que quede cesante.

El ahorro así constituido, puede ser reclamado por el empleado en el mismo instante de quedar cesante, pues precisamente esa es la causal principal para el retiro de las cesantías o, incluso en una fecha posterior a ella, sin que esté sujeto a término alguno para retirar el monto que ha sido depositado en la cuenta a su favor durante

la relación laboral. Siendo así, en modo alguno se puede afirmar que pierde, en virtud del término extintivo, el ahorro que durante su trayectoria laboral se haya consignado en el fondo respectivo.

Ahora bien, en el evento en que la administración no hubiera dado cumplimiento a los estrictos términos legales que la ley concede para la liquidación y/o consignación de las cesantías en la fecha que la ley impone, tampoco podría aplicarse la figura extintiva en perjuicio del trabajador, pues ello implicaría que el incumplimiento del deber legal por parte del empleador redundaría en su propio beneficio y en contra del empleado, imponiendo a este una carga desproporcionada que no tiene porqué soportar, es decir, la extinción de su derecho producto de la negligencia de su empleador.

Además, se estaría dando un trato desigual respecto del empleado que contó con la fortuna de tener un empleador que cumplió con la ley y las obligaciones que ella le impone.

Así las cosas, ha de concluirse que respecto de las cesantías anualizadas, en el marco de la Ley 50 de 1990, no se aplica el fenómeno de prescripción, pues la obligación de su consignación en una fecha determinada surge de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en la ley, que le concede al empleador un término perentorio para realizar el depósito en el fondo administrador al que esté afiliado el empleado y la omisión en el cumplimiento de ese término no puede redundar en la afectación de los derechos del empleado.

No obstante, cuando se trata de la consignación de las cesantías definitivas, si la mora no se produce por negligencia del empleador, sino por una causa atribuible al empleado, sí procede el fenómeno prescriptivo, pues en tal caso, la omisión de este último en cumplir los requerimientos que el empleador hace para disponer su pago, no puede constituir un beneficio a su favor.

En los anteriores términos se precisa que las cesantías anualizadas no están sometidas al fenómeno prescriptivo, mientras que las definitivas sí están sujetas a ese fenómeno.” (Subrayado y negrillas nuestras)

Se tiene entonces que, en lo referente a la sanción moratoria en el régimen anualizado de cesantías, en aquellos casos en que el servidor público se encuentre vinculado a la administración, régimen consagrado en el artículo 13° de la Ley 344 de 1996, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 99° de la Ley 50 de 1990, de cuya interpretación se desprende que la sanción moratoria por el reconocimiento y la consignación extemporánea de cesantías se causa a razón de un día de salario por cada día de retardo en dicho reconocimiento y consignación, esto es, con posterioridad al 15 de febrero de cada año.

Por el contrario, en lo que respecta a la sanción moratoria por el tardío reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, las que se producen una vez ha finalizado la relación legal y reglamentaria del servidor público con el Estado, la misma se rige por las disposiciones contenidas en la Ley 244 de 1995 “por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”, mora que empieza a partir de la culminación del vínculo laboral del empleado, así lo sostuvo el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en la sentencia mencionada en precedencia:

“iii) Límite final de la sanción moratoria producto de incumplimiento en el pago de las cesantías anualizadas

La indemnización moratoria está prevista a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago, pero no impone un límite temporal para su reconocimiento, por lo que, en principio, se entendería que corre desde el momento mismo en que se produce la mora hasta cuando se hace efectivo el pago.

No obstante, puede ocurrir que el pago de las cesantías anualizadas se extienda en el tiempo, y transcurran no solo días y meses, sino muchos años, e incluso puede permanecer la mora hasta cuando se produzca el retiro del servicio, en tales circunstancias, se han planteado dos teorías en relación con ese límite, una de las cuales determina que se suspende al momento del retiro del servicio, tiempo en el

cual cesa la obligación de pagar las cesantías anualizadas, y la otra, que cesa en el instante a partir del cual empieza a correr la mora de las cesantías definitivas.

Respecto de la primera posición, se transcribe el siguiente aparte:

"Así las cosas, a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la segunda de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho."²⁴

Y, en torno a la segunda tesis, se cita el siguiente antecedente:

"Importante resulta aquí aclarar que existe diferencia entre la indemnización derivada de la falta de consignación antes del 15 de febrero en un fondo, por la cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, con la que surge frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, ya que una vez que se presenta este hecho, esto es, cuando el trabajador se retira del servicio por cualquier causa y la administración no consigna oportunamente la cesantía que adeuda, deberá cancelar a título de indemnización la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 .

Lo anterior indica que a pesar de la naturaleza sancionatoria de una y otra indemnización, las situaciones que gobiernan son distintas, la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 se genera por la no consignación oportuna de la cesantía que se paga anualizada, y la segunda, la prevista en la Ley 244 de 1995 se genera por el no pago de la cesantía al momento del retiro del servicio. Es decir, que la primera de las sanciones será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho.

Cada una de estas sanciones tienen una finalidad y origen distinto, por lo cual, reitera la Sala que la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía causada a 31 de diciembre, en los términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada de la ley 244 de 1995 pues aquella rige mientras está vigente la relación legal y está a partir de cuándo fenece. Esta última finalidad es la que impide su reconocimiento de manera concurrente."²⁶ (Se resalta).

Si bien es cierto en la segunda de las sentencias citadas, en principio se indica como fecha final de reconocimiento de la indemnización moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías anualizadas aquella en que se produce el retiro del servicio, también lo es que en párrafo posterior se sostiene que tal sanción por mora cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada de la Ley 244 de 1995, es decir, la sanción por la inoportuna consignación de las cesantías definitivas.

Y evidentemente, entre la fecha del retiro del servicio y la fecha en que empieza a correr la indemnización moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías definitivas, existe un lapso de por lo menos 65 días, durante los cuales se hace la reclamación de las prestaciones definitivas, se expide la resolución para su liquidación, se notifica y queda en firme ese acto administrativo y, finalmente, se realiza el pago dentro del término que prevé la Ley 244 de 1995, por lo que es necesario hacer precisión al respecto.

Como se señaló en la primera de las providencias citadas dentro de este aparte, al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagar las cesantías definitivas, por ende, hasta esa fecha podría correr la sanción producto de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas,

pues a partir de ese momento empiezan a correr nuevos términos, del lado del trabajador, para reclamar sus prestaciones definitivas, y del lado del empleador, para cumplir los plazos y términos concedidos por la ley para pagar la integridad de las prestaciones definitivas debidas, dentro de las cuales se encuentran las cesantías.

Y como no puede haber simultaneidad o concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias²⁷, es decir, las que se producen a causa de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas y las que surgen de la mora en el pago de las definitivas, deberá tomarse como límite final la fecha de la desvinculación del servicio, para efecto de la causación de la mora en el pago de las cesantías definitivas, acogiendo la primera postura planteada.

Tesis que además ha sido sostenida y es la que se aplica en la jurisdicción ordinaria, tal como se desprende de la sentencia cuyo aparte de transcribe a continuación:

"...cuando finaliza el contrato de trabajo y no ha habido consignación oportuna de saldos de cesantía por uno o varios años anteriores, la indemnización moratoria ocasionada por ello, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, será pagadera sólo hasta el momento en que se termina la relación laboral, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios, porque en caso de incumplimiento en este último evento la que opera es la moratoria contenida en el artículo 65 ya citado."²⁸ (Se resalta)" (Subrayado y negrillas del Despacho)

Siendo ello así, se tiene que el artículo 1° de la Ley 244 de 1995, prevé:

"ARTÍCULO 1o. <Artículo subrogado por el artículo 4o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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." (Subrayado por el Despacho)

A su turno, el artículo 2° ibídem señala:

"ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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." (Subrayado por el Despacho)

De la norma en cita se colige por un lado que, la administración tiene el término perentorio de quince (15) días para emitir el acto administrativo por el cual reconozca las cesantías definitivas de sus empleados, término que empieza a correr a partir de la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido; y por otro, se tiene que, una vez quede en firme dicho acto administrativo, la entidad pública pagadora cuenta con cuarenta y cinco días (45) para ordenar la liquidación y pago de las cesantías definitivas, el cual una vez

vencido sin que se haya pagado dicha prestación, empieza a correr la mora del parágrafo del artículo 2°, equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo su pago.

3.4- Caso concreto.

3.4.1.- Hechos Probados.

Se encuentran plenamente probados los siguientes hechos:

- Con la copia simple del Resolución No. 0323 del 12 de junio de 2012 expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico, se probó que la administración reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial en favor de la demandante (Folios 16-18) y que lo hizo en virtud de la solicitud radicada bajo el No.2012-CES-002466 de 9 de febrero de 2012.

- De la Constancia de pago expedida por la FIDUPREVISORA, se pudo establecer que a la demandante se le pagaron por concepto de cesantías parciales, la suma de \$43.509.117,00 a través del Banco BBVA COLOMBIA por ventanilla en la sucursal de la Carrera 43 de Barranquilla, además se pudo determinar que esa prestación estuvo a disposición de la demandante, desde el 3 de septiembre de 2012.(Folio 19).

- Con el Formato Único para la expedición de certificados de salarios expedido por la Secretaría de Educación Departamental, periodo 1 al 28 de febrero de 2015, se acreditó cuáles eran los factores salariales devengados por la demandante para aquella época. (Folio 20).

- Con la copia del derecho de petición elevado el 9 de abril de 2015 ante la Secretaría de Educación Departamental, se demuestra que a través de apoderada judicial, la demandante solicitó el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, sin obtener ante esa reclamación ninguna respuesta. (Fls.21-25).

- Con la copia de la constancia de Conciliación Extrajudicial de 6 de julio de 2016, se pudo establecer que la demandante cumplió con ese requisito de procedibilidad para acudir a la vía de acción judicial (Folio 28).

3.4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

La parte demandante en sus pretensiones solicita que se declare nulo el acto administrativo ficto o presunto derivado de la petición adiada 9 de julio 2015, a través del cual le fue negado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria generada por la cancelación tardía de sus cesantías parciales, debido al silencio administrativo negativo consolidado a consecuencia de la ausencia de respuesta frente a esa solicitud.

Se puede observar que de contabilizarse el tiempo transcurrido entre la promoción de la solicitud de reconocimiento, realizada el 9 de febrero de 2012, hasta el momento en que finalmente fue proferida la resolución, transcurrieron más de los 15 días señalados en la precitada norma para dar respuesta a dicha solicitud. (Folios 16-18).

Observa entonces el Despacho, que al haberse dado respuesta tardía a la solicitud del pago de las cesantías, que como ya se expuso en la parte motiva de esta sentencia, es de 15 días después de realizada la petición, según lo expresó en Sentencia de Unificación el Consejo de Estado, la entidad respondió de manera tardía y por tanto, se configura el hecho que acarrea la sanción moratoria. Así entonces, al haberse dado respuesta morosa por parte de la encausada, el pago del estipendio económico fue igualmente efectuado con retardo.

Así entonces, al haberse realizado la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, la entidad disponía de 70 días para el reconocimiento y efectivo pago de la misma; así entonces, si la solicitud de cesantías fue realizada en calenda 9 de febrero de 2012, la entidad tenía como fecha límite para el reconocimiento y pago del estipendio económico

hasta el 24 de mayo de 2012 y es de conocimiento que la entidad realizó dicho pago el 10 de septiembre de 2012, incurriendo de esta manera en 105 días de mora en el pago.

De conformidad con lo expuesto hasta el momento, para este Despacho, el acto administrativo demandando se encuentra viciado de nulidad, toda vez que no tuvo en cuenta el fundamento jurídico y los preceptos legales para el asunto que aquí se trata.

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 la Sección Segunda del Consejo de Estado¹³, 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 cesantía parcial: 9 de febrero de 2012.
- Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 1º de marzo de 2012.
- Vencimiento término de ejecutoria (10 días): 15 de marzo de 2012.
- Vencimiento término para efectuar el pago (45 días): 24 de mayo de 2012.
- Fecha de reconocimiento a la actora: 12 de junio de 2012 (fecha de la resolución).
- Fecha de pago de cesantías a la actora 10 de septiembre de 2012.

Periodo de mora: desde el 24 de mayo de 2012 hasta 2 de septiembre de 2012, que fue cuando hubo la disposición de los recursos según certificación de pago expedido por la Fiduprevisora obrante a folio de 19 de expediente, equivalente a **cien (100) días de mora**, -contados en días calendarios; cosa distinta es que la demandante haya cobrado sus cesantías hasta el 10 de septiembre de aquella anualidad.

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 2018¹⁴, y por ende, será la vigente al momento de la causación de la mora, esto es, la devengada en el año 2012.

.- 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 Segunda¹⁵, 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, si 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 1969¹⁶, previamente citados,

¹³ 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.

¹⁴ Ibidem 19.

¹⁵ Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luís Rafael Vergara Quintero.

¹⁶ Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente

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 **25 de mayo de 2012**, y la petición¹⁷ dirigida a la entidad demandada – Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, 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 **9 de abril de 2015** (fls. 21-25), de lo que se deriva que el reclamo formulado por el demandante se hizo en forma oportuna, si se tiene en cuenta que entre una y otra data no alcanzó a vencer el plazo de los tres (3) años de que habla el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, término que se consumó el **25 de mayo de 2015**, motivo por el cual el Juzgado no declarará probada la prescripción de los derechos reclamados, y en consecuencia, se accederá a las súplicas de la demanda.

Siguiendo en nuestro estudio, hemos de pronunciarnos de las excepciones de fondo planteadas por el FOMAG.

Dentro de este contexto consideramos que frente a la exceptiva de **"inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma"**, -sustentada en el hecho según el cual el acto administrativo demandado está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debió fundarse y que no es posible incluir sanciones moratorias que no se encuentran previstas por fuera del ámbito normativo-, el Despacho considera que no se abre paso tal alegación, en la medida que se ha demostrado que conforme la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006 y la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016 de 25 de agosto de 2016 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, la entidad demandada incurrió en el pago tardío de las cesantías de la demandante, además que la sanción moratoria a las que nos venimos refiriendo se encuentra tiene correspondencia a la prevista por el legislador como indemnizable con un día de salario por cada día de retardo. Luego, no es cierto que se encuentre por fuera del ámbito normativo.

Sobre la **"excepción de pago"**, edificada en el hecho que el FOMAG ha cancelado todas y cada una de las prestaciones periódicas causadas en favor de la demandante, teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal, ha de precisarse que, en el caso particular de las cesantías el pago tardío conlleva a unos efectos de sanción, que no pueden estar condicionados al presupuesto, ya que son derechos reconocidos por la ley que deben ser garantizados sin sesgos administrativos ni presupuestales, aspecto que también se extiende a las excepciones de **"cobro lo no debido"** y **"compensación"**, ya que, por un lado, la obligación generada en favor de la demandante, se reitera, es la consecuencia de la aplicación de una legislación que tiene por efecto la imposición de una sanción económica, y por el otro, ante el pago extemporáneo de las cesantías se genera una obligación que una vez es reconocida, debe pagarse, por consiguiente, tales causas también caen en la no prosperidad, ante la no acreditación de pago de reconocimiento y pago de la sanción, antes de la orden que es emitida en el presente fallo.

Finalmente, el Despacho no encuentra ninguna excepción que deba declararse dentro del contexto de **"genérica o innominada"**.

.- 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.

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).

¹⁷ 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.

Al respecto, ha de advertirse que según lo considerado por el Consejo de Estado¹⁸ 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, toda vez que ello 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 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 [...]"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. (...)"

VI.- Costas.

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, por cuanto no asumió en el proceso una conducta que lo hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta, dilación sistemática del trámite o en 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,

VII.- FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de "inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma", "pago", "cobro de lo no debido", "compensación" y "genérica e innominada", propuestas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones de precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del *acto ficto o presunto* configurado frente a la petición presentada el **9 de febrero de 2012**, por el cual se negó la solicitud de sanción moratoria, radicada por la señora Edilsa Marín Caraballo, de acuerdo con las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional por conducto del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -

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 66001-23-33-000-2013-00190-01, 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).

08-001-3333-006-2017-00019-00

Demandante: Edilsa Esther Marín Caraballo.

Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG-Departamento del Atlántico-Secretaría de Educación Departamental.

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del derecho.

FOMAG, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo desde el **25 de mayo de 2012** hasta **2 de septiembre de 2012**, 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 2012 por la señora Edilsa Marín Caraballo, en atención a las consideraciones precedentemente esbozadas.

CUARTO: DENEGAR las demás súplicas de la demanda.

TERCERO: Sin costas en esta instancia

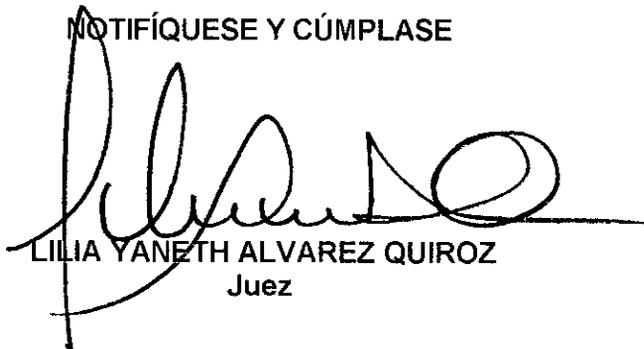
CUARTO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

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

SEXTO: Notifíquese personalmente el presente fallo al señor Procurador Delegado ante este Despacho.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIA YANETH ALVAREZ QUIROZ
Juez

P/JFMP.

