



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., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veinte (2020).-

Radicado	08-001-3333-006- 2019-00015 -00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	Virginia Montaña Jimenez
Demandado	Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG- Distrito de 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 Virginia Montaña Jiménez contra Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG, Departamento de Barranquilla.

II.- ANTECEDENTES.

2.1 Pretensiones.

-. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado respecto de la petición formulada el 12 de marzo de 2018, por medio del cual se denegó a la demandante el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías, de conformidad a lo consagrado por la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006. Cesantías parciales que fueron reconocidas mediante Resolución No. 08943 de 15 de julio de 2016.

-. Que como consecuencia de tal declaración, a título de restablecimiento del derecho se reconozca y ordene el pago de la Indemnización moratoria por el no reconocimiento y pago oportuno de la cesantía, solicitadas el 09 de Mayo de 2016, habiéndose presentado una mora de 104 días, para un monto de Trece Millones Ochenta y Siete Mil Setecientos Veinticuatro Pesos MIL (\$13.087.724),

-. Que se actualice el valor de la condena conforme lo dispone el artículo 187 del CPACA y se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 a 195 de la ley 1737 de 2011.

- . Condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.2. Hechos.

El demandante señala los siguientes presupuestos fácticos:

1. El señor Virginia Montaña Jiménez, presentó solicitud radicada bajo el No. 2016CES330658 de fecha 09/05/2016 ante la Secretaria de Educación del Distrito de Barranquilla, para el reconocimiento y pago de cesantías definitivas.
2. Dicha prestación fue reconocida por la Secretaria de Educación del Departamento del Atlántico a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante resolución No. 08943 de 15 de julio de 2016, en cuantía de \$90.868.980.00, a cargo de Fondo nacional de prestaciones del magisterio-FOMAG.
3. El día 24 de noviembre de 2016, se hizo el pago efectivo de las cesantías definitivas mediante consignación bancaria en el banco BBVA. Transcurriendo más de 65 días para cancelar la obligación. En razón a lo anterior se causó el derecho al pago de sanción moratoria comprendida entre el 12 de agosto de 2010 al 13 de Noviembre de 2016, a razón de un día de Salario por cada día de retardo (104 días de retardo en el pago).
4. El día 5 de agosto de 2016 la actora presentó solicitud de reconocimiento y pago de la mencionada indemnización moratoria, con radicado 2018PQR5450. Sin recibir respuesta alguna

2.3. Normas violadas.

La parte actora señala que el acto ficto acusado desconoció y violó el contenido de las siguientes normas, dejando de aplicar algunas y aplicando indebidamente otras: Artículos 23 y 53 de la Constitución Política; artículo 5, 6 y 9 del CPACA y demás normas concordantes, artículo 1 y 2° de la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por los artículos 4° y 5° de la Ley 1071 de 2006.

2.4. Posición de las partes.

2.4.1 Demandante

La parte actora sostiene que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, *“mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, conformado por los 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder al pago al servidor, una vez expedido el acto administrativo de reconocimiento”*.

En tal sentido, asegura que la entidad no está cumpliendo dichos plazos, pese a que en forma reiterada el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha establecido que entre el reconocimiento y pago de las cesantías (parcial o definitiva) no debe superarse el término de 70 días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud, motivo por el cual estima debe ser condenada al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada.

Reafirma lo expuesto, trayendo a colación sentencias del Consejo de Estado – Sección Segunda, relacionada con el tema en estudio.

2.4.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Una vez notificada del auto admisorio, la entidad Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, No contestó la demanda.

2.4.3. Distrito de Barranquilla

El apoderado de Distrito de Barranquilla, se opuso a los hechos y a las pretensiones y presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, y cobro de lo no debido.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda fue presentada el 1 de febrero de 2018¹ ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, siendo asignada por reparto a este estrado judicial.

¹ Archivo 01- Demanda y 05- Hoja de Reparto del expediente digitalizado.

Por auto de 3 de abril de 2018² fue admitida la demanda. Notificado el auto admisorio en debida forma a las entidades demandadas. Vencido el término de traslado y surtido el trámite de las excepciones con su correspondiente traslado, 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 20 de febrero de 2020³.

Mediante el Decreto 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección social, declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional y en razón a ello, el Consejo Superior de la Judicatura para garantizar la salud de servidores y usuarios del servicio de Administración de Justicia, como medida de prevención expidió el Acuerdo No. PCSJA 20-11517 de 2020, en el cual se ordenó la suspensión de términos judiciales a partir del 16 marzo de 2020. Suspensión que fue prorrogada hasta la expedición del Acuerdo PCSJA20-11581, en el cual se dispuso el levantamiento de los términos judiciales y administrativos a partir del 1° de julio de 2020.

Asimismo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 806 de 2020 por medio del cual se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y dispuso en su artículo 12 que, entratándose de procesos que cursan trámite en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el juzgador se encuentra actualmente facultado antes de la audiencia inicial, para dictar sentencia anticipada cuando se trate de asuntos de puro derecho o en aquellos donde no fuere necesario la práctica de pruebas, siendo necesario previamente correr traslado a las partes para alegar por escrito.

En razón a lo anterior, mediante auto de fecha 5 de agosto de 2020 se ordenó la presentación de alegatos, por el término de diez (10) días. Término que se encuentra vencido.

IV. ALEGACIONES

4.1 Distrito de Barranquilla

Manifestó que la Secretaria de Educación Distrital de Barranquilla, con la expedición de las resoluciones referentes en el presente proceso, actuó en virtud de las facultades conferidas por la Ley y la Jurisprudencia, dando estricto cumplimiento a la Ley 91 de 1989 en su artículo 9, Decreto 2831 de 2005, que le otorga la facultad de la elaboración de proyecto de acto

² Archivo 06 admisión del expediente digitalizado

³ Archivo 10 fija fecha audiencia del expediente digitalizado.

administrativo de reconocimiento de prestaciones, remisión del proyecto de acto administrativo a la sociedad fiduciaria para su aprobación, seguidamente la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación, luego de aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

Solicita desestimar las pretensiones de la Demandante, excluyendo de toda responsabilidad al Distrito de Barranquilla

4.2 Concepto del Ministerio Público.

No emitió concepto.

V. CUESTIÓN PREVIA O EXCEPCIONES

El apoderado de Distrito de Barranquilla, presentó como excepción previa la de *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, indicando que los presuntos hechos de los cuales se derivan las consecuencias alegadas por los demandantes, no le son imputable. Siendo la norma aplicable al caso el decreto 2831 de 2005 y la ley 962 de 2005 en la cuales se señala el trámite para el reconocimiento de prestaciones económica de los docentes está a cargo del FOMAG. Teniendo en cuenta esta legislación el ente territorial ha actuado de conformidad a la ley. Invocando para ello la jurisprudencia del Consejo de Estado, solicitando su desvinculación y declarar probada la excepción propuesta.

Conforme al artículo 56 de la Ley 962 de 2005, las prestaciones sociales de los docentes oficiales son reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual, en todo caso, debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente. Lo anterior, no implica que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio carezca de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Así mismo, de conformidad con el artículo 3° Ley 91 de 1989 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 9° ídem, los artículos del 5 al 9 del Decreto 1775 de 1990, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, las resoluciones por las cuales se dispone el

reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, strictu sensu, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la entidad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución.

Sin embargo, y aun cuando el ente territorial y la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, corresponde únicamente a éste último, mediante de la Secretaría de Educación del ente territorial respectivo, la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación solicitada, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

De lo anterior se colige que a las Secretarías de Educación de los entes territoriales demandados, se les confían la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue el reconocimiento y pago de la prestación social en reclamo, decisión administrativa que con posterioridad deberá aprobar o improbar la entidad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones, por lo tanto, la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla, en el presente proceso no se encuentran legitimada para ser demandada, al no ser el llamado a responder, careciendo de legitimación en la causa procesal por pasiva, por lo tanto así se dispondrá.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente asunto, le corresponderá al Juzgado si a los docentes oficiales regidos por la Ley 91 de 1989⁴, les es aplicable la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006⁵, que regula los términos correspondientes al pago oportuno de cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos y por lo tanto, si son éstos son acreedores del pago generado por el reconocimiento de la sanción mora establecida, debido al incumplimiento en los términos allí dispuestos para el pago de la cesantías. En caso positivo, determinar si se debe reconocer 104 días por concepto de mora por el retardo en el pago de las

⁴« Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

⁵«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.»

cesantías que reclama el actor. Asimismo se estudiará si ocurrió el fenómeno de la prescripción de los derechos reclamado

VII. TESIS

El Despacho sostendrá como tesis en el presente proceso que, la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 si es aplicable a los docentes por lo que si corresponde al FOMAG reconocer sanción mora cuando se evidencia retardo en el pago de sus cesantía. Término que no puede exceder de los 70 días entre la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías y el pago efectivo de las mismas. Constituyéndose en este caso un retardo en el pago de las cesantías de 94 días, por parte de la entidad demandada. Tal como se sustentará seguidamente.

VIII. 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 2006⁶, que en su artículo 2º, precisó su ámbito de aplicación así:

⁶ 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 4°. 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 5°. 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 administración⁷.

⁷ 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-S2⁸, 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 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 Estado⁹, 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.

⁸ 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

⁹ 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.

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 Estado¹⁰, 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 lo 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)*

IX. CASO CONCRETO

9.1 Hechos probados

- 1.- Las cesantías solicitadas por la actora el 9 de mayo de 2016, fueron reconocidas mediante resolución No. 08943 de 15 de julio de 2016.
- 2.- El pago de la cesantías se realizó el 24 de noviembre de 2016 por conducto del banco BBVA, por el valor de \$ 87.748.644.00
- 3.- El 12 de marzo de 2018 presentó solicitud de reconocimiento y pago de indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

9.2 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

¹⁰ 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 epartamento del Tolima.

de prueba aportados al proceso, se encuentra acreditado que la administración incurrió en un retardo en el reconocimiento de las cesantías parciales, 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 **9 de mayo de 2016**, de manera que el plazo venció el **31 de mayo de 2016** y la entidad expidió la Resolución No. 68943 de 2016 y efectuó el pago el **24 de noviembre de 2016**.

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 Estado¹¹, 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 del demandante, los términos transcurrieron como pasa a exponerse a continuación:

Fecha reclamación cesantías: 09 de mayo de 2016

Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 31 de mayo de 2016

Vencimiento término de ejecutoria: 15 de junio de 2016

Vencimiento término para efectuar el pago: 22 de agosto de 2016

Fecha de reconocimiento: 15 de julio de 2016

Fecha de pago: 24 de noviembre de 2016

Período de mora: desde de 22 de agosto de 2016 hasta el 23 de noviembre de 2016, equivalente a **94 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 2018¹², y por ende, será la vigente al momento de su retiro esto es, la devengada en el año **2016**.

De conformidad con lo expuesto, para este Despacho el acto ficto configurado respecto de la petición formulada el 12 de marzo de 2018 se encuentra viciado de nulidad, toda vez que

¹¹ 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.

¹² Ibídem 19.

no tuvo en cuenta el fundamento jurídico y los preceptos legales para el asunto que aquí se trata.

En se orden de idea, así se declarará y se ordenará al reconocimiento por parte de la demandada, de la sanción moratoria solicitada por la actora, por el retardo en el pago de las cesantías definitivas, sin lugar a la actualización de la misma, como se ha establecido previamente.

9.2.1. 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 Estado¹³ 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 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 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 [...]”¹⁴ (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. (...)”

¹³ 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.

¹⁴ 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 conformidad con lo expuesto, 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.

En ese orden de ideas, así se declarará y se ordenará el reconocimiento por parte de la demandada, de la sanción moratoria solicitada por la actora, por el retardo en el pago de las cesantías definitivas, sin lugar a la actualización de la misma, como se ha establecido previamente.

X.- COSTAS.

Este Despacho 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.

XI.- DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito de Barranquilla, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad la nulidad del acto ficto configurado respecto de la petición formulada el 12 de marzo de 2018, por medio del cual se denegó a la señora Virginia Montaña Jiménez, el reconocimiento de la sanción moratoria 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.

TERCERO: 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 la señora Virginia Montaña Jiménez, a razón de un día de salario por cada día de retardo, esto es 94 días, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones

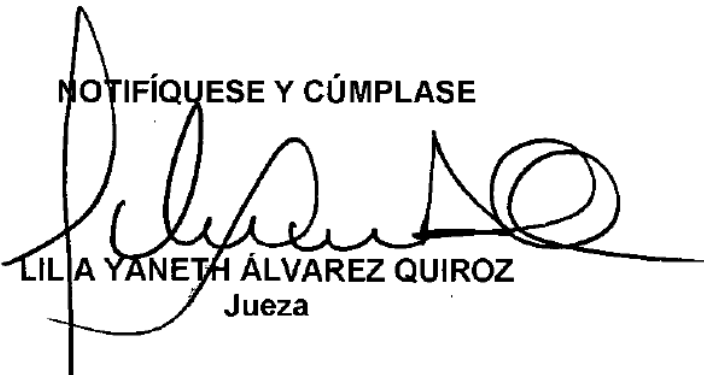
CUARTO: Désele, cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en el artículo 192 a 195 del CPACA.

QUINTO: Sin costas en esta instancia

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

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta sentencia **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

P/KS.