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-**2019-00021**-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	Gonzalo Gravini de las Hayes
Demandado	Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG- Departamento del Atlántico
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 el señor Gonzalo Gravini de las Hayes contra Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG- Departamento del Atlántico.

II.- ANTECEDENTES.

2.1 Pretensiones.

-. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado respecto de la petición formulada el 09 de diciembre de 2015, por medio del cual se denegó al demandante 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.

-. Que como consecuencia de tal declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la sanción por mora, por el retardo en el pago de las cesantías solicitadas el 26 de Junio de 2013, habiéndose presentado una mora de 182 días, para un monto de Veintidós Millones Setecientos Catorce Mil Novecientos Ochenta Y Nueve Pesos Con 26/100 M/L ($22.714.989.26).

-. Que se ordene la actualización de las sumas que resulten deberse conforme lo señala el artículo 197 del CPACA, así como el pago de intereses comerciales y moratorios correspondientes, conforme con los términos previstos en el artículo 192 a 195 ibídem.

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

2.2. Hechos.

Se sintetizan como sigue:

1. El señor Gonzalo Gravini de la Hayes, presentó solicitud radicada bajo el No. 2013-CES-022019 de fecha 26/06/2013 ante la Secretaria de Educación del Departamento del Atlántico, para el reconocimiento y pago de cesantía definitiva.

2. Dicha prestación fue reconocida por la Secretaria de Educación del Departamento del atlántico, mediante resolución No. 1049 del 26 de Diciembre de 2013, en cuantía de $33.971.119.00, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a través de una entidad financiera.

3. El día 01 de Abril de 2014 se hizo el pago efectivo de las cesantías definitivas mediante consignación bancaria en el banco BBVA.

4. Entre el 26 de Junio y el 30 de Septiembre de 2013, transcurrieron los sesenta y cinco (65) días hábiles que tiene la Administración para cancelar la obligación y el pago efectivo de la misma, causándose el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria comprendida entre el 01 de Octubre de 2013 al 31 de Marzo de 2014, a razón de un día de salario por cada día de retardo (182 días de retardo en el pago). Por la suma de Veintidós Millones Setecientos Catorce Mil Novecientos Ochenta Y Nueve Pesos Con 26/100 M/L ($22.714.989.26).

5. El día 09 de Diciembre de 2015 el apoderado del actor radicó solicitud de reconocimiento y pago de la mencionada indemnización moratoria.

2.3. Normas violadas.

La parte actora señala que el acto administrativo 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; artículos 5, 6 y 9 del C.PA.CA y demás normas concordantes, artículos 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: Sustenta su posición en sentencias del consejo de estado y corte constitucional. En lo referente a la aplicación del contenido general para los servidores públicos:

"*Por lo anterior, se dan los supuestos de hecho que generan a favor de la demandante el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria generada por el pago de manera extemporánea de las cesantías definitivas, incumpliendo los términos establecidos en la Ley. Todos los grupos de trabajadores (particulares, servidores públicos incluyendo docentes) deben recibir el mismo trato en materia de reconocimiento y pago de las cesantías parciales, ya que no existe soporte constitucional alguno que permita que una norma de rango legal (Ley 244 de 1995), contra todo principio, avale que a unos trabajadores, los docentes al servicio del Estado, se les niegue lo que a otros tanto del sector público como privado, se les concede, o que impida que unos trabajadores puedan acceder a unas garantías mínimas que a otros el legislador les ha garantizado. La Corte Constitucional ha señalado en varias ocasiones que las excepciones en la aplicación de las normas generales por la existencia de normas especiales que gobiernen un caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad, como ocurre en el caso concreto. Los razonamientos que esbozó la Corte resultan perfectamente aplicables al presente caso, en cuanto ellos se refieren a la aplicación del régimen más favorable contenido en el régimen general, es este caso para los servidores públicos. Tanto en el régimen para trabajadores particulares como para los servidores públicos se sanciona la extemporaneidad en el pago de las cesantías parciales o definitivas, se sanciona al obligado, a título de sanción y por una sola vez, a cancelar al trabajador un valor adicional. Debe anotarse que conforme a los principios de derecho laboral contenidos en el art. 53 de la Constitución Política, por ser un derecho cierto no es conciliable y por tanto en los términos del art. 161 C.P.A.C.A. no es necesario el agotamiento de la conciliación prejudicial*"[1]

Afirma que, tanto en el régimen para trabajadores particulares como para los servidores públicos se sanciona la extemporaneidad en el pago de las cesantías parciales o definitivas, se sanciona al obligado, a título de sanción y por una sola vez, a cancelar al trabajador un valor adicional.

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. Departamento del Atlántico

Señaló que, el pago de las cesantías definitivas del señor Gonzalo Enrique Gravini de La Hayes, reconocido mediante Resolución N° 1049 del 26 de diciembre de 2013, se realizaron dentro de los turnos de disponibilidad presupuestal y el cronograma establecidos con los bancos y en virtud de lo dispuesto en el art.14 de la Ley 344 de 1995 y acuerdo 034 de 1998 emanado del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Se debe tener en cuenta además, que el régimen prestacional especial de los docentes, se encuentra exceptuado de la normatividad legal ordinaria aplicable a los demás servidores públicos, pues así lo ha determinado la jurisprudencia (sentencia del 14 de abril de 2010 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado), en el sentido de que la Ley 91 de 1989, norma que regula de manera especial el pago de las cesantías de los

[1] Corte Constitucional- EXPEDIENTE T- 1.763071 12 de agoto de 2008

docentes del sector público se aplica de manera prevalente a la Ley 1071 de 2006, así esta última norma sea posterior, por cuanto la ley especial regula una materia concreta respecto al paqo de las cesantías para los docentes, y por ello la disposición legal de carácter general regulada por la Ley 1071 de 2006, no se hace extensiva para los docentes del sector público.

Concluyendo entonces que, resulta inaplicable la sanción o indemnización moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, por cuanto no se dio la mora aducida por la reclamante, teniendo en cuenta que el pago se realizó dentro de los turnos de disponibilidad presupuestal y el cronograma establecidos con los bancos en virtud de lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 344 de 1995 y acuerdo 034 de 1998 emanado del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y además como se advirtió no es aplicable esta normatividad al régimen especial de los docentes.

Presentando como excepciones Falta de legitimación en la cauda por pasiva, inexistencia de la obligación reclamada.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda fue presentada el 7 de febrero de 2019[2] ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, siendo asignada por reparto a este estrado judicial.

Por auto de 26 de marzo de 2019[3] fue admitida la demanda. Notificado el auto admisorio en debida forma 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 2020[4].

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-

[2] Archivo 01- Demanda y 02- Hoja de Reparto del expediente digitalizado.
[3] Archivo 07 admisión del expediente digitalizado
[4] Archivo 11 fija fecha audiencia del expediente digitalizado.

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 prueba, 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 Demandante:

Reiteró lo sostenido en la demanda incoada contra la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de que se le reconozca y ordene el pago de la indemnización moratoria por el no reconocimiento y pago oportuno de la cesantía definitiva reconocida a mi poderdante mediante resolución No. 01049 del 26 de Diciembre de 2013, a razón de un día de salario por cada día de retardo, tomando como base el salario acreditado, de conformidad con las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y demás concordantes y complementarias.

4**.2 Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio:**

En sus alegatos aduce que en el caso en concreto se tiene que la fecha de solicitud de pago de las cesantías fue el 07 de Octubre de 2013, dicha petición fue resuelta con la expedición de la Resolución 1049 del 26 de Diciembre de 2013, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva por valor de $ 33.971.119. Pesos. Habiéndose cumplido el plazo para pagarla el día 07 de Octubre de 2013 y realizándose el pago definitivo hasta el día 28 de Marzo de 2014, incurriendo por parte de la entidad territorial en una mora de 171 días. El apoderado de la parte la demandante mediante solicitud radicada el 09 de Diciembre de 2015 (según la demanda**),** solicita el

reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, y la respectiva Indexación. Que de esa manera es claro que se está configurando el fenómeno prescriptivo al haber transcurrido más de 3 años entre la fecha de solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria y la fecha de radicación de la demanda. Finalmente señala que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

Por lo anterior, solicita que de existir una condena contra la Nación, al momento de disponer sobre la condena en costas se analicen los aspectos señalados para exonerar de costas a la parte demandada conforme a las reglas del artículo 365 del Código General del Proceso.

4.3 Concepto del Ministerio Público.

No emitió concepto.

V. CUESTIÓN PREVIA O EXCEPCIONES

El apoderado del Departamento del Atlántico presentó como excepción previa la *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, manifestado que carece de interés sustancial en las resultas del proceso, por cuanto no puede entrar a satisfacer una eventual y poco probable condena en el presente caso, invocando como fundamento la jurisprudencia del Consejo de Estado. Señalando asimismo, que tratándose de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de docentes, la facultad recae en la nación. Ministerio de Educación Nacional-FOMAG, de conformidad con lo señalado en la ley 962 de 2004, Decreto 2831 de 2005 y el Decreto 1831 de 2005, por lo que la responsabilidad en el presente caso no está a cargo del Departamento del Atlántico.

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 9º 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 Departamento del Atlántico, 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 determinar, si a los docentes oficiales regidos por la Ley 91 de 1989[5], les es aplicable la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006[6], 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 en el presente caso se deben reconocer los 182 días que reclama el

[5]« Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»
[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 disposición.»**

demandante por retardo en el pago de sus cesantías, así mismo se estudiará si ocurrió el fenómeno de la prescripción.

VII. TESIS

El Despacho sostendrá como tesis en el presente proceso que, la Ley 244 de 1995 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 un retardo en el pago de las cesantías de 175 días, por parte de la entidad demandada. Sin embargo, la demanda fue presentada posterior al término de 3 años, contados desde la petición del reconocimiento y pago de la sanción mora, generándose con ello la prescripción del derecho de acuerdo a la norma procesal laboral, 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 penitenciario 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[7], que en su artículo 2º, precisó su ámbito de aplicación así:

---

[7] 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 acarrean 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[8].

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[9], a través de la cual unificó jurisprudencia para señalar que a los docentes oficiales les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional en las sentencias C-741 de 2012 y SU-336 de 2017. Así mismo quedó señalado que la tesis expuesta en dicha sentencia, es de obligatorio acatamiento para los trámites pendientes de resolver, debiéndose aplicar de manera retrospectiva a todos los casos a la espera de decisión tanto en vía administrativa como judicial.

De otro lado, en lo que atañe al momento a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria, la Sección Segunda del Consejo de Estado[10], 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*

---

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

[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.
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*

[10] 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.

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[11], 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 26 de junio de 2013, fueron reconocidas mediante resolución No. 1049 de 2013. Decisión notificada el 22 de enero de 2014.

2.- El pago de la cesantías se realizó el 1 de abril de 2014 por conducto del banco BBVA, por el valor de $ 13.697.438.oo

3.- El 9 de diciembre de 2015 presentó solicitud de reconocimiento y pago de indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías

[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 epartamento del Tolima.

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 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 **26 de junio de 2013,** de manera que el plazo venció el **18 de julio de 2013** y la entidad expidió la Resolución No. 1049 el 26 de diciembre de 2013, y efectuó el pago el **01 de abril de 2013.**.

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 Estado[12], 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 parciales: 26 de junio de 2013
Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 18 julio de 2013
Vencimiento término de ejecutoria: 01 de agosto de 2013
Vencimiento término para efectuar el pago: 7 de octubre de 2013
Fecha de reconocimiento: 26 de diciembre de 2013
Fecha de pago: 01 de abril de 2014

Período de mora: desde 7 de octubre de 2013 hasta el 31 de marzo de 2014, equivalente a **175 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

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

calendada 18 de julio de 2018[13], y por ende, será la vigente al momento del retiro, esto es, la devengada en el año **2013.**

9.3 De la prescripción de los derechos reclamados.

El Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 004 de 2016 de 25 de agosto de 2016 proferida por la Sección Segunda[14], 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[15], 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 **7 de octubre de 2013**, y la petición[16] dirigida a la entidad demandada – Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, Departamento del Atlántico, 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 **09 de diciembre de 2015**[17], de lo que se sigue que el reclamo formulado por el demandante interrumpió por un lapso igual la prescripción de que habla el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, esto es hasta el 9 de diciembre de 2018. Sin embargo, revisado el expediente, se advierte que la demanda fue presentada 7 de febrero de 2019 operando el fenómeno de prescripción de las sumas reconocidas, razón por lo cual así se declarará

[13] Ibídem 19.
[14] Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.
[15] Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).
[16] La petición que debe tenerse en cuenta para contabilizar la prescripción es aquella concerniente a la sanción, al no ser accesoria a la prestación social – cesantías.
[17] Fl.207, de la Copia de la Historia Laboral, allegada el 19 de noviembre de 2018 por la Secretaría Distrital de Educación.

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 Departamento el Atlántico, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la prescripción de los derechos reclamados por el demandante, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia**.**

TERCERO: DENIÉGUENSE las demás súplicas de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LILA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

P/KS.