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

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019) .

Radicado	08001-3333-006-2017-00135-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	**LINEY CECILIA PACHECO ARIZA**
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG 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 interpuesto por la señora Liney Cecilia Pacheco Ariza, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Atlántico, 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.
1. PRETENSIONES.

Se sintetizan de la siguiente manera:

1.- Se declare la nulidad del Oficio No. 2700 de 06 de diciembre de 2016, por medio del cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria el pago tardío de cesantías, conforme a la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

2.- Como consecuencia de lo anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta días hábiles siguientes de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago.

3.- Condenar al reajuste de la sanción moratoria conforme al IPC desde la fecha en que se efectuó el pago y hasta el momento de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

4.- Condenar en costas a la parte demandada.

2. Hechos.

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

1.- La señora Liney Pacheco Ariza el día 23 de agosto de 2013, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho.

2.- Mediante la Resolución No. 0928 de 10 de diciembre del 2013, le fue reconocida las cesantías solicitadas.

3.- El pago de las cesantías fue efectuado el día 24 de enero de 2014, transcurriendo 49 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar las cesantías hasta en el momento en que se efectuó el pago.

4.- El día 22 de septiembre de 2016, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, la cual fue resuelta en forma negativa mediante Oficio No. 2700 de 06 de diciembre de 2016.

3. Concepto de Violación

El apoderado de la parte actora, lo hizo consistir en lo siguiente:

Legales: Ley 91 de 1989, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006, Decreto 2831 de 2005

Arguye la parte actora que, el acto administrativo, por medio del cual se denegó el pago de la sanción por mora de las cesantías parciales reclamada en sede administrativa, es nugatorio de los preceptos legales anotados en precedencia, toda vez que, la administración desatiende las disposiciones contenidas en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, pues al no emitir resolución de reconocimiento y pago de las cesantías parciales en los plazos allí señalados, trasgrede los derechos laborales mínimos, los cuales detentan el carácter de irrenunciables, por lo que constituye una conducta omisa y violatoria de tales derechos; razón por la que el acto administrativo demandado deviene en nulo.

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 demandada 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.

4. Contestación

4.1.- Nación –Ministerio De Educación Nacional –Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio

La entidad demandada, dentro de la oportunidad procesal, descorrió el traslado de la demanda, manifestando que se opone a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que el acto administrativo acusado no viola las disposiciones invocadas y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse.

Señala que, indicó que el pago de las prestaciones sociales de los docentes están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con la Ley 962 de 2005 y Decreto Ley 2831 de 2005.

Manifiesta que son las secretarias de educación de los entes territoriales, las encargadas de expedir el acto administrativo y atender las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que debe pagar el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Que por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria del manejo de los recursos del Fondo, que para el caso en cuestión es Fiduprevisora S.A.

Señala que Fiduciaria La Previsora S.A luego de contar con el acto administrativo emitido por la Secretaría de Educación respectiva procede con los pagos prestacionales, conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues es de tener en cuenta que no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encuentran en trámite.

En este sentido, anota que el pago se realizará cuando exista la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, tal y como se sostuvo en la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo directivo del Fondo, atendiendo la sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001 de la Corte, en la que se manifestó que "el pago de la prestación reconocida y liquidada solo puede efectuarse en cuanto exista la correspondiente apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos que correspondan".

Asimismo, arguye que los actos administrativos llevan inherente una condición suspensiva, que para el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la disponibilidad presupuestal con la que cuente según los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Que esa sujeción, es la que precisamente influye en el pago tardío que aduce el actor en cuanto al pago de las prestaciones sociales.

Por otra parte, afirma que a la demandante no le asiste derecho a la sanción moratoria pretendida, comoquiera que en la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno.

Por último, propuso las excepciones de Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, Pago, Cobro de lo no debido, Compensación y Buena fe.

4.2.- Departamento del Atlántico.

En audiencia inicial celebrada el 21 de junio de 2018, se dispuso su desvinculación del presente trámite, al encontrarse probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva (Fls. 177-178).

ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 10 de mayo de 2017[1], siendo admitida en auto de 21 de junio de 2017[2], se corrió traslado en los términos de los artículos 172 y 199 del CPACA y 612 del CGP, actuación surtida en debida forma el día 27 de noviembre de 2017[3]

[1] Folio 98
[2] Fls. 101--102

Vencido el término de traslado de la demanda de que trata el artículo 199 CPACA y 612 del CGP, se corrió traslado de las excepciones planteadas por la parte demandada a través de fijación en lista adiada 04 de abril de 2018[4], entre el 15 y el 17 de marzo de esa anualidad.

Seguidamente, vencido el termino de traslado de las excepciones, se dictó auto de 28 de mayo de 2018[5], fijando el día 21 de junio de 2018 a las 11:30 a.m. como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, diligencia en la cual se realizó el control de legalidad, se decidió sobre las excepciones previas propuestas, fue fijado el litigio conforme a los hechos de la demanda y la contestación de la misma y se tuvieron como pruebas los documentos aportados por las partes, prescindiéndose de la celebración de la audiencia de pruebas contenida en el artículo 181 CPACA, disponiendo la presentación de los alegatos de conclusión a través de proveído fechado 19 de marzo de 2019, otorgando a las partes el término de 10 días para tales efectos, el cual se encuentra vencido.

ALEGACIONES

La parte demandante, dentro de la oportunidad procesal para ello, alegó de conclusión reiterando lo expuesto en la demanda. La encausada guardó silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad, el Ministerio Público no rindió concepto

III.- CONTROL DE LEGALIDAD.

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

IV.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

1. Problema jurídico.

El problema jurídico se contrae en determinar si debe declararse o no la nulidad del Oficio No. 2700 de 06 de diciembre de 2016 y en consecuencia, si se debe o no ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reconocidas mediante la Resolución No. 0928 de 10 de diciembre del 2013, de conformidad con la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

2. Tesis del Juzgado.

El Despacho sostendrá la tesis de que en el presente asunto se encuentra probada la mora injustificada incurrida por la entidad demandada en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales reconocidas a la señora Liney Cecilia Pacheco Ariza, lo que generó la sanción moratoria de que tratan las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

---

[3] Fls. 132-136
[4] Fl. 158-161
[5] Fl 163 rv

3.- Marco Normativo y Jurisprudencial

Sea lo primero indicar que, 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[6], que en su artículo 2º, precisó su ámbito de aplicación así:

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

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

> *"**Artículo 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.*

---

[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**

> ***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 pueden acarrear perjuicios 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[7].

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[8], 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.

---

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

[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.

En efecto, para la referida Sección *"los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter* ***restrictivo*** *encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de* ***empleados públicos,*** *establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley."*[9]

Es importante anotar que la tesis expuesta por el Consejo de Estado en cuanto a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus modificaciones a los docentes oficiales, es de obligatorio acatamiento para los trámites pendientes de resolver, pues así quedó señalado en la sentencia de unificación aludida líneas arriba, al indicar que las reglas contenidas en dicha providencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos a la espera de decisión tanto en vía administrativa como judicial.

De otro lado, en lo que atañe al momento a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria, ora por falta de pronunciamiento o pronunciamiento tardío de la administración; ora por acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, la Sección Segunda del Consejo de Estado[10], al evidenciar que con relación al reconocimiento de la sanción moratoria tanto a docentes del sector oficial, como a la generalidad de los servidores públicos, existían imprecisiones en tanto el momento a partir del cual se hace exigible tal penalidad, unificó jurisprudencia para señalar que en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, deben observarse las reglas que a continuación se enuncian:

> *"i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*
>
> *ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.*
>
> *iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto."*

---

[9] Ibídem.

[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.

En este punto de la providencia, resulta pertinente señalar que frente al salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria, la Sección Segunda del Consejo de Estado, se pronunció a través de la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016[11], en la que fijó como sub-regla, que sería el devengado por el empleado al momento en que se produce el retardo, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías sucesivos, la asignación salarial cambia por cada anualidad; sin embargo, dado que la controversia se originó en la consignación tardía de las cesantías de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990[12], solo ello fue objeto de unificación, sin hacer referencia a los demás regímenes, así como tampoco a la penalidad que se origina por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos.

Evidenciado lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018[13], 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 sub- 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)

CASO CONCRETO

1.- HECHOS PROBADOS

Se encuentran plenamente probados los siguientes hechos:

1.- Que la señora Liney Cecilia Pacheco Ariza radicó solicitud de reconocimiento de cesantías parciales el día 23 de agosto de 2013.

2.- Que la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico mediante Resolución No. 0928 de 10 de diciembre de 2013, reconoció en favor de la docente Liney Cecilia Pacheco Ariza cesantías parciales, por valor de $6.761.824.oo, notificada el día 11 de diciembre de 2013, las cuales fueron canceladas el día 24 de enero de 2014. (Folios 18-20)

3.- Que la señora Liney Cecilia Pacheco Ariza el día 22 de septiembre de 2016, solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución No. 0928 de 10 de diciembre de 2013. (Folios 23-25)

---

[11] C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.
[12] «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»
[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.

4.- Que la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a través del Oficio No. 2700 de 06 de diciembre de 2016, por considerar que la misma, contemplada en la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 es inaplicable para el régimen prestacional de los docentes, dado que la Ley 91 de 1989, que regula el pago de las cesantías a los docentes, no contempla esa sanción. (Folio 26).

2.- ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS FRENTE AL MARCO JURÍDICO

La parte demandante en sus pretensiones solicita que se declare la nulidad del Oficio No. 2700 de 06 de diciembre de 2016 y en consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reconocidas mediante la Resolución No. 0928 de 10 de diciembre del 2013, de conformidad con la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

Por su parte, la Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fomag se opone a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto en su sentir, a la demandante no le asiste derecho a la sanción moratoria pretendida, comoquiera que en la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno.

Conforme a lo aducido en el marco normativo y jurisprudencial del presente proveído, se tiene que el criterio jurisprudencial unificado, 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 4o de la Ley 1071 de 2006, en tanto la actora radicó la petición el **23 de agosto de 2013**, de manera que el plazo venció el **13 de septiembre de 2013** y la entidad expidió la Resolución No. 0928, el 10 de diciembre de 2013, esto es, 87 días después.

Según 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[14], relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, según la cual la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

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

Fecha reclamación cesantías parciales: 23 de agosto de 2013.
Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 13 de septiembre de 2013.
Vencimiento término de ejecutoria: 27 de septiembre de 2013.
Vencimiento término para efectuar el pago: 22 de diciembre de 2013.

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

Fecha de reconocimiento: 04 de diciembre de 2013.
Fecha de pago: 24 de enero de 2014.
Período de mora: desde el 28 de septiembre de 2013 hasta el 25 de enero de 2014, equivalente a 116 días.

En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción, como se expuso en precedencia, se aplica la regla fijada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018[15], y por ende, será la vigente al momento de la causación de la mora, esto es, la devengada en el año 2013.

.- 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[16], 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[17], 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 **23 de diciembre de 2013**, y la petición[18] 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 **22 de septiembre de 2016**, de lo que se sigue que el reclamo formulado por la demandante se hizo en forma oportuna, si se tiene en cuenta que entre una y otra data no se consolidó el plazo de los tres (3) años de que habla el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, motivo por el cual el Juzgado no declarará la prescripción de los derechos reclamados, y en consecuencia, accederá las súplicas de la demanda.

---

[15] Ibídem 19.
[16] Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.
[17] 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).
[18] 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.

.- 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 Estado[19] en su decantada jurisprudencia, no hay lugar a ordenar los ajustes de valor de acuerdo al IPC en los casos de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contemplado en la Ley 1071 de 2006, debido a que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria toda vez que constituiría una doble penalidad. Sobre el particular, es pertinente traer a colación la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda de esa Corporación en este punto, a saber:

> *"[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996, 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 [...]"[20] (Subraya de la Subsección).*
>
> *Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria. (..)"*

En ese orden de ideas, el Juzgado declarará no probadas las excepciones de mérito propuestas por el ente demandado FOMAG, y declarará la nulidad del Oficio No. 2700 del 06 de diciembre de 2016, expedido por el Secretario de Educación del Departamento del Atlántico en representación del FOMAG, por el cual se denegó el reconocimiento de la sanción moratoria a la demandante por incurrir en mora en el pago de las cesantías parciales a la demandante y en su lugar, como restablecimiento del derecho, se ordenará

---

[19] 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.

[20] 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).

a la Nación –Ministerio de Educación Nacional –FOMAG a reconocer y pagar un día de salario por cada día de retardo desde el desde el 28 de septiembre de 2013 hasta el 25 de enero de 2014, como 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 2013 por la demandante, por haberse cumplido para el caso con los supuestos del hecho que señalan las normas y jurisprudencia citadas como premisa normativa.

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 de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad, conforme al artículo 188 CPACA.

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

V, FALLA

PRIMERO: Declárense no probadas, las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, prescripción, compensación, buena fe y la genérica innominada, propuestas por la parte accionada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Declárese la nulidad del Oficio No. 2700 de 06 de diciembre de 2016, expedido por el Secretario de Educación del Departamento del Atlántico, en representación de la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, a través del cual se denegó el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales a la señora Liney Cecilia Pacheco Ariza, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **condénese** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 28 de septiembre de 2013 hasta el 25 de enero de 2014, a título 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 2013 por la señora Liney Cecilia Pacheco Ariza identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.613.960, por las consideraciones anotadas en precedencia.

CUARTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: **Désele** cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA

SEXTO: Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del CPACA

SÉPTIMO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

OCTAVO: Expídanse las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del CGP.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

ACO