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., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Radicado	08-001-3333-006 **2019-00079**-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	Luz Elena Barrios Guerrero
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 la señora Luz Elena Barrios Guerrero 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 producto del silencio administrativo negativo a la petición formulada el 02 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 con lo consagrado por la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

-. 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 las cesantías definitivas solicitadas.

-. Que se le dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 192 y 193 de CPACA.

2.2. Hechos.

La demandante señala los siguientes presupuestos fácticos:

1. La señora Luz Elena Barrios Guerrero se encuentra vinculado como docente en la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico en calidad de docente.

2. El día 9 de octubre de 2015 el demandante presentó solicitud de pagos de sus cesantías parciales.

3. Las cesantías solicitadas fueron reconocidas mediante Resolución 0028 de 4 de febrero de 2016.

4. El día 22 de julio de 2016 las cesantías fueron canceladas, de manera tardía, lo que generó salarios moratorios desde el 22 de enero de 2016 hasta el 22 de julio de 2016, esto es 178 días de mora.

5. El 2 de marzo de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria. Hasta la fecha de la presentación de la demanda, no han dado respuesta.

2.3. Normas violadas.

La parte actora señala como norma violada el artículo 49 del Decreto 1045 de 1997, artículo 5 de la ley 1071 de 2006

2.4. Posición de las partes.

2.4.1 Demandante

La parte actora sostiene que las normas violadas, le imponen a la administración la obligación de cancelar a los trabajadores oficiales dentro de un orden y un término riguroso, y la Secretaria de Educación Departamental omitió los términos para el pago de las cesantías definitivas al demandante, en su condición de ex-empleado de dicha entidad.

Señalando asimismo que, el legislador introdujo unos elementos concretos como son: el tiempo, el acto administrativo y la sanción. Se le adjudica la denominación de persona beneficiaria a los servidores públicos de cualquier nivel de la administración. Con la aplicación de la precitada norma, se condena la violación de la misma por el no pago oportuno y total de las cesantías, imponiéndose como sanción a la administración pública el pago de un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se complete el pago total de las mismas.

2.4.2 Parte Demandada.

2.4.2.1 Departamento del Atlántico.

Para el ente territorial, existe una falta de legitimación en la causa por activa, comoquiera que, para el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamados por la accionante, en caso de asistirle el derecho, es el FOMAG el llamado a realizar su reconocimiento y pago y no el Departamento del Atlántico.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de la obligación.

2.4.2.2 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG

No contestó demanda.

2.5.- Actuación Procesal.

La demanda fue presentada el 28 de marzo de 2019 ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, siendo asignada por reparto a este estrado judicial.

Por auto de 15 de mayo de 2019, se admitió la presente demanda, notificando el auto admisorio en debida forma a las entidades demandadas. El Departamento del Atlántico contestó demanda el 5 de agosto de 2020 y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG, no presentó contestación. Vencido el término de traslado, se dio traslado por secretaría mediante fijación en lista 23 de febrero de 2021 de las excepciones propuestas.

Posteriormente con proveído calendado 25 de abril de 2022 se fijó el litigio, se incorporaron las pruebas y se ordenó la presentación de alegatos, una vez se encontrara ejecutoriado el auto.

2.6 ALEGACIONES

2.6.1 Demandante

No presentó alegaciones

2.6.2 Parte demandada

2.6.2.1 Departamento del Atlántico

En sus alegaciones reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, así como las excepciones propuestas. Concluyendo que, carece de falta de legitimación en la causa por pasivo.

2.6.2.2 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG

No presentó alegaciones.

2.7 Concepto del Ministerio Público.

No emitió concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

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

IV.- CONSIDERACIONES

4.1. Problema Jurídico

En el presente asunto, corresponderá establecer si, a los docentes oficiales regidos por la Ley 91 de 1989[1], les es aplicable la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006[2], que regula los términos correspondientes al pago oportuno de cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos y por lo tanto, si 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 178 días por concepto de mora por el retardo en el pago de las cesantías que reclama la actora.

4.2 Tesis

Se sostendrá que, la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, sí es aplicable a los docentes, por lo que corresponde al FOMAG reconocer sanción mora cuando se evidencia retardo en el pago de sus cesantías. Término que no puede exceder de los 70 días entre la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías y el pago efectivo de las mismas. Constituyéndose, en este caso, un retardo en el pago de las cesantías de 177 días, por parte de la entidad demandada. Tal como se sustentará seguidamente.

---

[1] « Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»
[2] «**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.**»

4.3. 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 1°.-*** *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 2°.-*** *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[3], que en su artículo 2°, 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.*
> ***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.*

---

[3] **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 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) dias hábiles a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto de reconocimiento, para cancelar esta prestación social, so pena 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[4].

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con el objeto de definir la situación jurídica de los docentes oficiales, respecto de la sanción moratoria dictó la sentencia SUJ-012-S2[5], 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

---

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

[5] 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.
Señaló: *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*

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[6], 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."*

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[7], 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 la siguiente regla jurisprudencial:

> *"3.5.3 (…) tratándose de **cesantías definitivas**, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del*

---

[5] 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.

[7] 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 epartamento del Tolima.

servicio del servidor público; a diferencia de las ***cesantías parciales,*** *donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo."* (Se destaca)

4.4. Caso Concreto

4.4.1 Hechos probados

1.- A la demandante se le reconocieron cesantías parciales mediante resolución No. 0028 del 4 de febrero de 2016[8], las cuales habían sido solicitadas el 09 de octubre de 2015[9].

2.- El valor reconocido por cesantías fue pagado el 26 de julio de 2016, por conducto del Banco BBVA[10].

3.- El 02 de marzo de 2018 el actor por conducto de apoderado presentó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías e indemnización moratoria por el no pago oportuno de éstas[11].

4.4.2 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 definitivas, toda vez que el acto de liquidación de la aludida prestación social fue expedido fuera del término de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, en tanto el actor radicó la petición para el pago de cesantías parciales el **09 de octubre de 2015,** de manera que el plazo para dar respuesta venció el **03 de noviembre de 2015** y la entidad expidió la Resolución No. 0028 el **4 de febrero de 2016.**

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

---

[8] Resolución No. 0028 de 4 febrero de 2016 allegado como prueba y anexo de la demanda. Archivo digitalizado, consistente en 3 folios

[9] Petición presentada por el actor radicado 2015-CES-056232 del 09 de octubre de 2015, diferente a la tomada en la resolución de reconocimiento.

[10] Comprobante de consignación del BBVA y oficio 00695 de 19 de noviembre de 2019 expedido por el BBVA.

[11] Documento digitalizado como anexo y prueba de la demanda, consistente en 4 folios. Solicitud radicada 2018PQR3861

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 de la demandante, los términos transcurrieron como pasa a exponerse a continuación:

Fecha reclamación cesantías: 09 de octubre de 2015
Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 03 de noviembre de 2015
Vencimiento término de ejecutoria: 18 de noviembre de 2015
Vencimiento término para efectuar el pago: 26 de enero de 2016
Fecha de reconocimiento: 04 de febrero de 2016
Fecha de pago: 22 de julio de 2016

Período de mora: desde de 26 de enero de 2016 hasta el 21 de julio de 2016, equivalente a **176 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[13], y por ende, para las cesantías parciales, será la vigente al momento que de la causación de la mora, esto es, la devengada en el año **2016.**

4.4.2.1 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 Estado[14] 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

---

[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.
[13] Ibidem 19.
[14] 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.

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 […]"[15] (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 sentido, con fundamento en el precedente, la sección segunda subsección B unificó jurisprudencia en la SU 00580 de 2018 respecto del tema y sentenció:

> ***"CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA** en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar 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".*

En razón a lo expuesto, teniendo en cuenta que, la sanción moratoria de la cesantía no corresponde al reconocimiento de un derecho o acreencia laboral, no es posible aplicar la indexación a dicha sanción, por cuanto ésta tiene como finalidad la actualización de prestaciones sociales, mientras que la sanción moratoria de las cesantías consiste en una penalidad económica por retardo en el pago de las cesantías, por lo que no resulta procedente ordenar la actualización solicitada.

4.4.2.2. Respecto a la falta de legitimación en la causa propuesta por Departamento del Atlántico

La parte demandada Departamento del Atlántico, con la contestación de la demanda formuló como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que, carece de legitimación en la causa por pasiva y tanto de interés sustancial en las resultas del proceso, por cuanto no puede entrar a satisfacer una eventual condena, la cual estaría exclusivamente a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- -Fomag y/o Fiduprevisora S.A.S.

---

[15] 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).

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado[16] se ha pronunciado en varias ocasiones y ha concluido que esta figura se refiere a la existencia de un vínculo o conexidad que inevitablemente debe existir entre los sujetos que integran la relación controversial. Así mismo, que esta figura procesal se configura tanto por activa como por pasiva y se predica en dos modalidades, "...una de hecho y otro material", siendo la primera la que se estructura entre las partes con la notificación del auto admisorio del libelo, esto es, con la debida integración del contradictorio; y la segunda, la que se edifica en la relación causal entre los hechos que soportan las pretensiones y las partes.

Respecto del presente asunto, ha sido pacifica la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado,[9] consistente que, en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.

La subsección A de la sección segunda del Consejo de Estado evaluó la legitimación en la causa por pasiva e integración del contradictorio en este tipo de controversias en sentencia de 29 de agosto de 2018, expediente 73001 23 33 000 2014 00536-01(3739-15)[17], consejero ponente Rafael Francisco Suárez Vargas, oportunidad en la que dijo:

> «[...]
>
> *Así pues, el despacho rectifica la posición asumida mediante providencia de 11 de diciembre de 2017, y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado, consistente en que en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales,* ***no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.***
>
> *Esto, ya que* ***las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en las secretarías de educación territoriales de los entes certificados radican única y exclusivamente en la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".***

Encontrándose de acuerdo con la posición expuesta, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial, pues resulta claro que no es el obligado legalmente a satisfacer lo dispuesto en este fallo, comoquiera que no funge como ordenador de los recursos del FOMAG.

Así las cosas, en el presente asunto, es dable concluir, que el acto ficto generado por la ausencia de respuesta a la petición del 02 de marzo de 2018, se encuentra viciado de

---

[16] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente William Hernández Gómez, Sentencia del 07 de abril de 2016, Radicación **08001-23-33-000-2012-00208-01(0402-14**

[17] Decisión reiterada recientemente: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., ocho (8) de julio de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01673-01(1606-19).

nulidad por cuanto infringe norma en que debía fundarse, pues docentes oficiales afiliados al FOMAG tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, de conformidad con los pronunciamientos de unificación proferidos por la Corte Constitucional (sentencia SU-336 de 2017[9]) y por la sección segunda del Consejo de Estado. (fallo CE-SUJ-SII-012-2018[10]); sin lugar a la actualización de la misma, como se estableció previamente. Reconocimiento y pago que debe realizar la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

V.- COSTAS.

El Juzgado 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.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto configurado respecto de la petición formulada el 2 de marzo de 2016, por medio del cual se denegó, a la señora Luz Elena Barrios Guerrero, 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.

SEGUNDO: 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 a la señora Luz Elena Barrios Guerrero, a razón de un día de salario por cada día de retardo, correspondiente a 176 días, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones

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

CUARTO: Sin costas en esta instancia

QUINTO: NOTIFÍQUESE personalmente el presente fallo a la señora Procuradora Delegada del Ministerio Público ante este Juzgado.

SEXTO: Ejecutoriada esta sentencia **ARCHÍVESE** el expediente

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ

Jueza

P/KS