

Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

D.E.I.P. Barranquilla, diciembre 13 de 2021.

| | |
|------------------|---|
| Radicado | 08001-3333-006-2019-00148-00 |
| Medio de control | Nulidad y Restablecimiento del Derecho |
| Demandante | Miladys Del Carmen Aguas Medina |
| Demandado | Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Distrito de Barranquilla – Secretaría Distrital de Educación. |
| Jueza | Lilia Yaneth Álvarez Quiroz |

I.- PRONUNCIAMIENTO.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la señora Miladys Del Carmen Aguas Medina, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Distrito de Barranquilla, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES.

2.1. Pretensiones.

Se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la petición presentada el día 21 de mayo de 2018, mediante el cual se entiende que se le dio respuesta desfavorable a la solicitud de reconocimiento de la sanción por mora en el pago de la cesantía parcial reconocida mediante la Resolución No. 012169 del 03 de noviembre de 2017.

En consecuencia, de la anterior decisión, y a título de restablecimiento del derecho, deprecia se condene a la entidad demandada al reconocimiento de un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después haber radicado la solicitud de las cesantías ante la entidad y hasta el día anterior a la fecha en que se causó el pago.

Se le pague indexación mes por mes sobre la suma reconocida como sanción moratoria reclamada, a partir de la fecha en que se realizó el pago de las cesantías y hasta el momento que se cancelen dichas sumas, así como el reconocimiento de intereses moratorios a partir del día siguiente de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se efectúe el pago de la condena y que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada, y se ordene el cumplimiento del fallo conforme a los artículos 192 y siguientes del CPACA.

2.2. Hechos.

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

Afirma la demandante que el 11 de septiembre de 2017, presentó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación de Barranquilla.

Indica que mediante Resolución No. 012169 del 3 de noviembre de 2017 se le reconoció la prestación aludida. En tal orden, afirmó que la Administración efectuó el pago de las cesantías el 9 de abril de 2018, habiéndose vencido el plazo para su pago el 22 de diciembre de 2017, razón por la que considera transcurrieron 108 días de mora, contados a partir de los 70 días hábiles con que contaba la entidad para cancelar el estipendio económico solicitado.

Sostiene que, en febrero de 2019 la encausada FOMAG le pagó parcialmente parte de la sanción moratoria generada, por la suma de \$10.645.748; no obstante, afirma que la entidad aún le adeuda la suma de \$5.766.775, que considera es la diferencia faltante.

Finalmente, señaló que, mediante petición de fecha 21 de mayo de 2018 solicitó a la Secretaría de Educación del Distrito de barranquilla y al FOMAG el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la cual fue resuelta desfavorablemente a través de acto administrativo ficto.

2.3 Fundamentos de Derecho y Concepto de Violación.

Como fundamentos de derecho y concepto de su violación, la parte actora argumentó que el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es una situación jurídica susceptible de ser reconocida en sede judicial, por cuanto las entidades obligadas a responder por dicha prestación han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la misma, contrario al pago oportuno de las cesantías de los demás servidores del Estado, que al momento de solicitarlas, están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado, para cuando éste, quede cesante en su actividad.

Agrega que en virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la Ley 244 de 1995 y 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.

Sin embargo, puntualiza la parte actora que muy a pesar que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa debe ser interpretada en el sentido que entre el reconocimiento y pago de la prestación en comento, no debe superarse los setenta (70) días hábiles después de haber sido radicada la solicitud, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha venido cancelando por fuera de los términos establecidos en la Ley la prestación reclamada, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2.4.- Contestación de la demanda.

2.4.1.- Nación – Ministerio De Educación Nacional – FOMAG.

Surtido el traslado, la Nación – Ministerio de Educación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, no contestó demanda.

2.4.2 Distrito de Barranquilla.

El Distrito de Barranquilla en la contestación de la demanda, manifestó que la demandante laboró como docente vinculada a la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla y teniendo en cuenta que lo reclamado tiene que ver con derechos a la seguridad social, como quiera que lo que se pretende por la parte actora es el reconocimiento y pago de una sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, se hace inexcusable entrar a ilustrar que la indemnización moratoria se causa cuando la administración cae en mora en el pago del auxilio de cesantías que se ha liquidado en un acto administrativo en firme.

Agrega el ente territorial demandado que, en el caso de los docentes se resaltan dos situaciones distintas, una regulada por el artículo 3 Decreto 2831 de 2005 que dispone un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de radicación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas, para elaborar y remitir el proyecto para su aprobación a la entidad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo, y previa aprobación suscribir el acto administrativo de reconocimiento. Por lo anterior, afirma que los 15 días hábiles iniciales concedidos por la norma no son para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, sino para la elaboración del proyecto y remisión para estudio ante la entidad fiduciaria, y con sujeción al Decreto 2831 de 2005, la entidad encargada del trámite, dentro de los 15 días hábiles siguientes, lo envió para la aprobación a la Fiduciaria La Previsora S.A., suscribiéndose por parte de ésta los actos administrativos de reconocimiento de cesantías.

En este sentido, concluye el ente territorial que la administración actuó con sujeción al orden público normativo y, en virtud de lo establecido en la Ley 91 de 1989, la Ley 962 de 2005 y el precitado Decreto 2831 de 2005, de prosperar el reconocimiento y pago sanción moratoria la responsabilidad debe asumirla el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio - Nación- Ministerio de Educación Nacional, excepcionando la falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.5. Alegatos

2.5.1 Parte Demandante.

La apoderada de la señora Miladys del Carmen Aguas Medina, presentó alegatos de conclusión señalando que el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018 precisó que, la sanción moratoria por el pago de las cesantías totales o parciales, establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 se les hace extensiva a los docentes del sector oficial, enfatizando tanto en el término que debe entenderse para que se haga efectivo el pago de las cesantías solicitadas, así como el salario que debe tenerse en cuenta a la hora de liquidar la mora en que incurre la entidad estatal.

Con base en dicho precedente jurisprudencial y en las pruebas aportadas al proceso, alega que deben acogerse de manera favorable las pretensiones de la demanda, dado el retardo de la entidad en el pago de las cesantías parciales a la actora.

2.5.2 Distrito de Barranquilla – Secretaría de Educación

El Distrito de Barranquilla al descorrer el traslado en esencia se ratificó en los argumentos expuestos al contestar la demanda.

2.5.3 Parte demandada: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no presentó alegatos dentro del término otorgado para ello.

2.6 Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Judicial Delegada en Asuntos Administrativos ante este Despacho no rindió concepto dentro del presente asunto.

2.7.- Trámite Procesal.

La demanda fue presentada el 20 de junio de 2019 y admitida en auto dictado por este Juzgado, el 15 de julio de 2019.

Surtidos los trámites de notificación, la demanda fue contestada por el D.E.I.P. de Barranquilla el 22 de julio de 2020 la accionada Nación MEN – FOMAG, guardó silencio.

De las excepciones propuestas, se corrió traslado mediante fijación en lista del 16 de octubre de 2020.

Mediante auto del 12 de noviembre de 2020, con base en lo señalado en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, el Despacho dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, teniendo en cuenta que no habían pruebas que decretar o practicar y que el asunto a tratar es de puro derecho.

III.- CONSIDERACIONES.

3.1.- Cuestión previa.

Revisada la actuación específicamente las contestaciones de demanda se tiene que, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no contestó la demanda, mientras que el Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla contestó demanda y presentó la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva, argumentando que si bien la demandante radicó la solicitud de su prestación, y endilga tanto al Ministerio de Educación Nacional - FOMAG que se superó con creces el término de 15 días hábiles que le otorga la Ley para proferir el acto administrativo, comenta que al D.E.I.P. no le concierne asumir la responsabilidad en reconocer y pagar la prestación solicitada ni la resultante sanción moratoria, en tanto que no es responsabilidad del ente territorial actúa en el marco de las atribuciones y competencias que emanan de la Ley 91 de 1989, del artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y del Capítulo II del Decreto 2831 de 2005, que a fin de cuentas señalan que corresponde a las secretaría de educación los entes territoriales, *“(...)la recepción y trámite de las solicitudes efectuadas por el personal docente relacionadas con prestaciones sociales, no obstante dichas normas son claras en cuanto a que el pago de las mismas es competencia del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio”*.

En tal virtud infiere el ente territorial, que la Secretaría de Educación de Barranquilla no le atañe la responsabilidad del supuesto derecho laboral alegado por el demandante, en caso de que se diere la razón a la misma, pues sólo se limitan tales facultades a la recepción y trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de las cesantías, cuyo pago corresponde al fin de cuentas al FOMAG.

En razón de lo anterior, solicitó que se desvinculara al ente territorial del trámite procesal.

Pues bien, este Despacho se permite precisar que 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.

De conformidad con el artículo 3° Ley 91 de 1989 que crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 9° ídem, los artículos del 5 al 9 del Decreto 1775 de 1990, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, *strictu sensu*, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, mediante la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la entidad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución.

Sin embargo, y aun cuando el ente territorial y la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, corresponde únicamente a éste último, es decir el FOMAG, la función de expedir la decisión administrativa definitiva, por la 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.

Así mismo, es pertinente rememorar lo considerado por el Honorable Consejo de Estado a través de Auto de 26 de abril de 2018, Magistrado Ponente: William Hernández Gómez, radicado interno: 0743-2016, donde se expuso:

“(…) En el presente caso se observa que, tal como lo señaló el a quo no es procedente la vinculación del Departamento de Santander y del Municipio de Floridablanca, toda vez que conforme lo expuesto en precedencia, la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a las entidades territoriales.

Estas últimas únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o improbadado por la entidad fiduciaria y es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el obligado a efectuar o materializar el pago que de la suscripción del acto emane.

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.”

De lo anterior, se colige que a la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla, se le confía 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, en principio el ente territorial no está legitimado para ser demandado, al no ser el llamado a responder.

Del anterior postulado deriva que al no ser la Secretaría Distrital de Educación de Barranquilla el ente encargado de reconocer y pagar el estipendio requerido por el actor, y que ésta no se encuentra dentro del supuesto de hecho contemplado en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, carece el Distrito de Barranquilla de legitimación en la causa procesal por pasiva para comparecer al presente proceso, en tanto que dicha legitimación la mantiene el FOMAG, por lo que así se declarará.

3.2 Problema Jurídico.

En el presente asunto, le corresponderá al Juzgado establecer si a los docentes oficiales regidos por la Ley 91 de 1989², les es aplicable la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006³, que regula los términos correspondientes al pago oportuno de cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, y, por lo tanto, si la actora es acreedora del pago de 108 días generados por incumplimiento de los términos señalados para el pago de sus cesantías. En caso positivo, determinar si se configuró la prescripción de los derechos reclamados.

3.3 Tesis del Despacho.

El Despacho sostendrá como tesis en el presente proceso que, la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 si es aplicable a los docentes, en consecuencia, corresponde al FOMAG reconocer sanción mora cuando se evidencia retardo en el pago de las cesantías. Conforme la norma aplicable, no puede exceder 70 días entre la solicitud de reconocimiento y el pago efectivo de las cesantías. En este caso se excedió el término señalado, originando el derecho al pago de la sanción moratoria en favor de la demandante. Por lo que el acto demandado se encuentra viciado de nulidad.

3.4 Caso Concreto

3.4.1 Lo Probado en el proceso.

Se relacionan como pruebas relevantes, las siguientes:

- 1.- Copia de la Resolución No. 012169 del 03 de diciembre de 2017, proferida por la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, en virtud de la solicitud radicada bajo el No. 2017-CES-482559 de fecha 11/09/2017, a través de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de cesantías parciales a favor de la actora (fls.1-8 documento 03 expediente digitalizado).
- 2.- Copia de la constancia del pago efectuado el 09 de abril de 2018, por concepto de cesantías parciales a nombre de Miladys Del Carmen Aguas Medina, a través de la entidad bancaria BBVA Colombia (fl.3 documento 03 expediente digitalizado).

3.- Copia de la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, radicada en la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla el 5 de mayo de 2018 (fls. 4-8 documento 03 expediente digitalizado).

3.5 Marco normativo y jurisprudencial.

La Ley 244 de 1995, fijó unos términos perentorios para el pago oportuno de cesantías definitivas para los servidores públicos o de lo contrario se incurriría en sanción por la mora en el pago de dicha prestación, así

***“Artículo 1º.-** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.*

***Parágrafo.** - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciaro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.*

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

***Artículo 2º.-** La entidad pública pagadora tendrá un **plazo máximo** de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

***Parágrafo.** - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.*

(...). (Negrillas del Despacho).

La anterior disposición normativa, fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006¹, 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:

¹ 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 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 que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

Al establecerse un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas, se buscó que la Administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarreen perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración².

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado³, con el objeto de definir la naturaleza jurídica de los docentes oficiales, dictó la sentencia SUJ-012-S2⁴, 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.

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*

² Sala Plena del Consejo de Estado. 27 de marzo de 2007. Expediente No. 2777-04. Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

³ Ibídem.

⁴ 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.

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.”⁵

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 Estado⁸, 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.”

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 2016⁶, en la que fijó como 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

⁵ Ibídem.

⁶ C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990⁷, 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 2018⁸, 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 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)

De manera que el salario a aplicar en el caso de las cesantías definitivas será el percibido en la fecha en que se produjo el retiro del servidor, mientras que si lo que se reclama es el retardo en el pago de las cesantías parciales se tomará el vigente al momento de la acusación de la mora.

3.6. Caso concreto y solución al problema jurídico formulado.

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 **11 de septiembre de 2017**, tal como lo expresa la resolución No. 012169 del 03 de diciembre de 2017 de manera que el plazo venció el **2 de octubre de 2017** y la entidad expidió la Resolución No. 08027 el **3 de diciembre de 2017**.

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 Estado⁹, 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.**

⁷ «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.»

⁸ 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.

⁹ Ibídem.

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

- Fecha reclamación cesantías parciales: 11 de septiembre de 2017.
- Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 2 de octubre de 2017
- Vencimiento término de ejecutoria (10 días): 17 de octubre de 2017.
- Vencimiento término para efectuar el pago (45 días): 21 de diciembre de 2017
- Fecha de reconocimiento: 3 de diciembre de 2017
- Fecha de pago: 9 de abril de 2018

Período de mora: desde el 21 de diciembre de 2017 hasta el 9 de abril de 2018, equivalente a **108 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 2018¹³, y, por ende, será la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo, esto es, la devengada en el año **2017**.

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 Segunda¹⁰, 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 1969¹¹, 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 **2 de octubre de 2017**, y la petición¹² dirigida a la entidad demandada – Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, tendiente a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria, se radicó el **21 de mayo de 2018**, de lo que se

¹⁰ Ibídem 19 Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

¹¹ 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).

¹² 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.

sigue que el reclamo formulado por la demandante se hizo dentro del término legal, si se tiene en cuenta que entre una y otra data no se supera el plazo de los tres años de que habla el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, máxime cuando la demanda fue presentada el **20 de junio de 2019**, teniendo en cuenta que la prescripción se interrumpe por otros tres años, motivo por el cual el Juzgado encuentra no configurada la prescripción de los derechos reclamados.

En virtud de las consideraciones que han sido expuestas, el Despacho declarará la nulidad del acto ficto configurado frente a la petición presentada el día 21 de mayo del 2018, mediante el cual se entiende que se le dio respuesta desfavorable a la solicitud de reconocimiento de la sanción por mora en el pago de la cesantía parcial, radicada por la señora Miladys Del Carmen Aguas Medina. A título de restablecimiento del derecho, se condenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional por conducto del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 21 de diciembre de 2017 hasta el 9 de abril de 2018, por concepto de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, liquidable con base en la asignación básica mensual devengada para el año 2012 por la señora Miladys Aguas Medina.

De la actualización de la suma reconocida por concepto de sanción moratoria.

Solicita la parte actora en su demanda se reconozca el pago de indexación mes por mes sobre la suma reconocida como sanción moratoria reclamada, a partir de la fecha en que debió realizarse el pago y hasta el momento que se cancelen dichas sumas.

Al respecto, ha de advertirse que según lo considerado por el Consejo de Estado¹³ en su decantada jurisprudencia, no hay lugar a ordenar los ajustes de valor de acuerdo al IPC en los casos de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contemplado en la Ley 1071 de 2006, debido a que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria toda vez que constituiría una doble penalidad. Sobre el particular, es pertinente traer a colación la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda de esa Corporación en este punto, a saber:

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de 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

¹³ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia O-032-2016 de 17 de noviembre de 2016 proferida dentro del expediente 66001-23- 33-000-2013-00190-01, Número Interno: 1520-2014, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz contra Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Revoca ordinal tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda y niega indexación.

¹⁶ 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).

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 [...]”¹⁸ (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. (..)”

Conclusiones:

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

En ese orden de ideas, se declarará la nulidad del acto ficto generado por la ausencia de respuesta a la petición del 21 de mayo de 2018 y se ordenará al reconocimiento por parte de la demandada Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG de la sanción moratoria solicitada por la actora, por el retardo en el pago de las cesantías parciales, sin lugar a la actualización de la misma, como se ha establecido previamente.

De igual manera, se resolverá que de las sumas a reconocer y pagar se deberán tener en cuenta los valores pagados por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG a la accionante por concepto de sanción moratoria derivadas del reconocimiento y pago de las cesantías reclamadas y reconocidas en la Resolución 012169 de 2017.

IV COSTAS.

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta, dilación sistemática del trámite o deslealtad, máxime cuando la causación de las mismas tampoco aparece demostrada en el presente asunto.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, profiere la siguiente

V. DECISIÓN.

Primero: Declárese probada la excepción previa de falta de legitimación en causa procesal respecto del Distrito de Barranquilla – Secretaría de Educación Distrital y desvincúlese de este proceso.

Segundo: Declárese la nulidad del acto ficto configurado frente a la petición presentada el día 21 de mayo de 2018, mediante el cual se le dio respuesta desfavorable a la solicitud de reconocimiento de la sanción por mora en el pago de la cesantía parcial, radicada por

la señora Miladys Del Carmen Aguas Medina, de acuerdo con las razones expuestas en la presente providencia.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho CONDÉNESE a la Nación – Ministerio de Educación Nacional por conducto del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, desde el 21 de diciembre de 2017 hasta el 9 de abril de 2018, por concepto de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, liquidable con base en la asignación básica mensual devengada para el año 2017 por la señora Miladys Del Carmen Aguas Medina, en atención a las consideraciones precedentemente esbozadas.

Cuarto: Entiéndase que, para los efectos del pago de la condena impuesta, deberá tenerse en cuenta el descuento correspondiente al pago parcial derivado de la sanción mora efectuado por la encausada Nación – Ministerio de Educación - FOMAG en febrero de 2019 a la demandante, por la suma de \$10.645.748 y que esta última reconoció en el libelo de demanda, así como todos los pagos que por ese concepto haya efectuado dicho a fondo a la demandante.

Quinto: Deniéguense las demás súplicas de la demanda.

Sexto: Sin costas en esta instancia

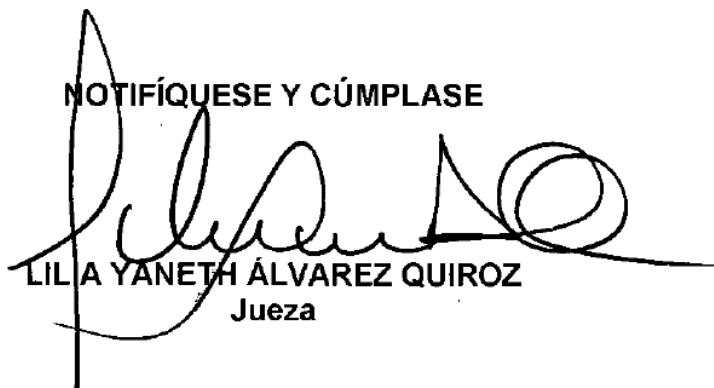
Séptimo: Notifíquese esta sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del C.P.A.C.A.

Octavo: Notifíquese personalmente el presente fallo a la señora Procuradora delegada del Ministerio Público ante este Juzgado.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza