



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

AUDIENCIA INICIAL CON FALLO
ACTA No.054
Artículo 181 Ley 1437 de 2011

Valledupar, diez (10) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

HORA DE INICIACIÓN: 9:07 a.m.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(PRIMERA INSTANCIA – ORALIDAD)

DEMANDANTE: ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO – FOMAG-

RADICADO N°: 20-001-33-33-000-2019-00066-00

MAGISTRADA PONENTE: DORIS PINZÓN AMADO

I.- ASISTENTES.-

1.1.- MAGISTRADA: DORIS PINZÓN AMADO, quien actúa como conductora del proceso.

1.2.- PARTE DEMANDANTE: En representación de la señora ELIZABETH CAMARGO SOLANO, se hace presente la doctora CLARENA LÓPEZ HENAO identificado con cédula de ciudadanía N° 1.094.927.157 de Armenia y tarjeta profesional N° 252.811 otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura, a quien se le reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de la parte demandante, en los términos y para los efectos a que se contrae el poder arrimado a la presente diligencia.

1.3.- PARTE DEMANDADA: Se deja constancia que la apodera de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA, no asistió a la presente diligencia.

1.4. AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: Se hace presente el Doctor EVERARDO ARMENTA ALONSO, Procurador 123 Judicial II Delegado para Asuntos Administrativos, en su calidad de Delegado de la Procuraduría General de la Nación ante este Despacho.

II. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.-

En este proceso se pretende la nulidad parcial de la Resolución N° 005303 de 23 de julio de 2018 por medio de la cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL

DEPARTAMENTO DEL CESAR en nombre del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconoció el reajuste de las cesantías definitivas de la señora ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO, con la inclusión de la prima de servicios como factor salarial.

III.- SANEAMIENTO DEL PROCESO.-

Realizando una revisión de las etapas procesales surtidas, de los presupuestos procesales tales como jurisdicción, competencia y caducidad, se advierte que no existen irregularidades, ni posibles nulidades dentro del proceso que puedan enmarcarse en el artículo 133 del Código General del Proceso *-en adelante CGP-*, que se debe leer en concordancia con lo establecido en el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo *-en adelante CPACA-*.

En consecuencia, se concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes y al Agente del Ministerio Público, con el objeto de establecer si están de acuerdo con el trámite impartido al proceso.

APODERADA PARTE DEMANDANTE: Sin observaciones.

AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sin observaciones.

IV.- EXCEPCIONES PREVIAS.-

Teniendo en cuenta lo previsto por el numeral 6° del artículo 180 del CPACA, se procede a estudiar las excepciones previas solicitadas por la parte demandada o las de oficio a que haya lugar, así como las de caducidad, cosa juzgada, transacción, conciliación falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Se precisar que la accionada propuso las excepciones de: i) Ineptitud de la demanda por demandar un acto administrativo diferente al que se pretende, ii) Cobro de lo no debido, iii) Genérica, y iv) Inexistencia de la obligación.

De las excepciones propuestas, tiene la calidad de previa o mixta la de ineptitud de la demanda por demandar un acto administrativo diferente al que se pretende, ante lo cual se indica lo siguiente:

4.1.- En primera medida, se destaca que no se avizora la configuración de excepción previa o mixta que deba declararse de oficio.

4.2.- **INEPTITUD DE LA DEMANDA POR DEMANDAR UN ACTO ADMINISTRATIVO DIFERENTE AL QUE SE PRETENDE:** Señala que la parte actora presentó un escrito el 16 de noviembre de 2017, en el cual elevó dos peticiones, una relacionada con la inclusión de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de sus cesantías definitivas, y la otra en procura de obtener el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno y completo de dicha prestación social.

Ahora bien, afirma que únicamente se le dio respuesta a la primera de las peticiones mencionadas previamente, generándose un silencio administrativo en relación con el pago de la sanción moratoria reclamada.

En razón a lo anterior, aduce que la parte demandante debió solicitar la declaratoria de un acto ficto o presunto, y luego la declaratoria de nulidad del mismo, y posteriormente pedir el reconocimiento de la sanción moratoria en mención.

Este Despacho no comparte los argumentos esbozados por la entidad demandada, ya que del análisis de la Resolución N° 005303 de 23 de julio de 2018 por medio de la cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR en nombre del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconoció el reajuste de las cesantías definitivas de la señora ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO, con la inclusión de la prima de servicios como factor salarial, tácitamente se despachó desfavorablemente la petición relacionada con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria requerida por la parte actora, lo que la facultó para incoar el medio de control de la referencia, en el que identificó como acto administrativo demandado la aludida resolución.

Cabe destacar, que la omisión en que incurrió la entidad demandada al no pronunciarse en forma expresa frente a la totalidad de pretensiones expuestas por la parte actora, no puede ahora servir de pretexto para afectar el trámite de este asunto.

Con base en los anteriores argumentos, se negará esta excepción.

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS.

Se concede el uso de la palabra a los apoderados de las partes a fin de que realicen las observaciones a que haya lugar e interpongan los recursos.

APODERADA PARTE DEMANDANTE: Sin recursos.

AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sin recursos.

V.- FIJACIÓN DEL LITIGIO.-

En la demanda se afirma que la señora ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO, laboró como docente hasta el día 22 de agosto de 2016, lo que dio lugar a que le reconocieran sus cesantías definitivas por medio de la Resolución N° 06101 de 6 de octubre de 2016, pero sin la inclusión de la prima de servicios, emolumento que de acuerdo con el Decreto Nacional 1545 de 2013 debe ser incluido en la liquidación de los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Precisó el apoderado de la parte actora, que a través de la Resolución N° 005303 de 23 de julio de 2018 expedida por la Secretaría de Educación del departamento del Cesar se le reconoció a su prohijada el reajuste de sus cesantías definitivas, omitiendo pronunciarse sobre la sanción moratoria solicitada, causada por el pago incompleto de las cesantías, lo cual a su juicio genera las mismas sanciones que surgen de no haber efectuado el pago oportuno de las cesantías.

Por su parte el Ministerio de Educación en su contestación precisó que le corresponde a las entidades territoriales como nominadoras del afiliado reconocer la indemnización moratoria.

En cuanto al caso objeto de estudio precisó que el Honorable Consejo de Estado ha sido reiterativo en considerar que el legislador no previó la figura de la sanción moratoria considerando como hecho generador el pago tardío del reajuste de las

cesantías reconocidas, por ello es sólo procedente para el reconocimiento y pago tardío de las cesantías, caso que no nos ocupa por cuanto en el proceso de la referencia su pago se efectuó en término.

En consecuencia, este litigio se contrae a establecer si le asiste derecho a la señora ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO, a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –, le reconozca y pague la indemnización moratoria solicitada por habersele reconocido las cesantías definitivas sin la inclusión de la prima de servicios, lo que llevó al pago de un monto inferior al que tenía derecho para dicha prestación, evento en el cual deberá declararse la nulidad parcial de la Resolución N° 005303 de 23 de julio de 2018 por medio de la cual se ordenó la reliquidación de sus cesantías definitivas sin reconocer la indemnización moratoria solicitada.

ESTA DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

Se concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si están o no de acuerdo con la anterior fijación del litigio, o si esta debe ser objeto de precisión o complementación.

APODERADA PARTE DEMANDANTE: Sin observaciones.

AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sin observaciones.

VI.- CONCILIACIÓN.-

De conformidad con las disposiciones contenidas en el numeral 8° del artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de esta audiencia corresponde invitar a las partes a presentar fórmula de acuerdo conciliatorio que permita definir el problema jurídico planteado, para lo cual se pregunta al apoderado de la parte accionada si cuenta con parámetro de la entidad que representa:

DESPACHO: Atendiendo que no se encuentra presente en esta diligencia la apoderada de la entidad demandada, se declara fallida esta etapa.

VII.- MEDIDAS CAUTELARES.-

No hay solicitud de medidas cautelares por resolver.

VIII.- DECRETO DE PRUEBAS.-

Con el valor probatorio que les corresponda, se declaran legalmente incorporadas como pruebas los documentos aportados con la demanda y su contestación a folios 1 a 13 con el valor que les corresponda.

Ahora bien, debe precisarse que la parte actora y accionada no solicitaron la práctica de pruebas, por lo tanto, se estima procedente prescindir de la etapa de pruebas y dictar sentencia en esta audiencia, de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del numeral 3° del artículo 179 del CPACA, y que para ello se requiere la presencia de los magistrados que integran la Sala de decisión, debiendo suspender esta audiencia siendo las 9:22 a.m., para convocar a los magistrados JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA y ÓSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA.

Se reinicia la audiencia siendo las 9:40 a.m. con la presencia de los doctores JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA y ÓSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA y se procede a dictar sentencia.

IX.- ALEGACIONES.-

Se otorgará la oportunidad a las partes para que presenten sus alegatos y al Ministerio Público para que emita concepto de fondo si a bien lo tiene, con la advertencia que cada intervención tendrá una duración máxima de 10 minutos.

Se concede el uso de la palabra a las partes a fin de que se surta la etapa prevista en el artículo 182 del CPACA.

APODERADO PARTE DEMANDANTE: Expuso sus alegatos de conclusión, ratificando los argumentos expuestos en la demanda.

AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: No debe acceder a las pretensiones de la demanda toda vez que debe existir un acto que reconozca las cesantías y que ello no se cancele, en este caso se persigue el reconocimiento de la indemnización moratoria derivada de un emolumento que no se incluyó en la liquidación lo que a su juicio no hace aplicable la figura de la sanción moratoria.

Los demás argumentos expuestos por los intervinientes quedan expuestos más ampliamente en el audio y video de esta audiencia.

Agotada la exposición de los alegatos de conclusión, se debe precisar que el caso fue discutido previamente, por lo tanto se procede a dictar sentencia.

X.- SENTENCIA.-

De conformidad con los artículos 179 y 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Corporación a dictar sentencia, con fundamento en las siguientes consideraciones:

10.1.- HECHOS

En la demanda se afirma que la señora ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO, laboró como docente hasta el día 22 de agosto de 2016, lo que dio lugar a que le reconocieran sus cesantías definitivas por medio de la Resolución N° 06101 de 6 de octubre de 2016, pero sin la inclusión de la prima de servicios, emolumento que de acuerdo con el Decreto Nacional 1545 de 2013 debe ser incluido en la liquidación de los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Destacó el apoderado de la parte actora que debido a que la señora ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO al momento de su retiro percibía dicho emolumento por parte del departamento del Cesar y no le fue tenido en cuenta como factor salarial en la liquidación de sus cesantías definitivas, el día 16 de noviembre de 2017, elevó reclamación administrativa ante la entidad demandada con el objeto de que se realizara dicho reajuste, así como el reconocimiento de la sanción moratoria.

Precisó el apoderado de la parte actora, que a través de la Resolución N° 005303 de 23 de julio de 2018 expedida por la Secretaría de Educación del departamento del Cesar se le reconoció a su prohijado el reajuste de sus cesantías definitivas,

omitiendo pronunciarse sobre la sanción moratoria solicitada, causada por el pago incompleto de las cesantías, lo cual a su juicio genera las mismas sanciones que surgen de no haber efectuado el pago oportuno de las cesantías.

De acuerdo con lo anterior, estima que le asiste derecho a que le sea cancelado un día de salario por cada día de retardo contados a partir del día 70 a partir del día siguiente a la presentación de la reclamación administrativa hasta que se haga efectivo dicho pago.

10.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se incoaron las siguientes pretensiones a folios 14 a 15 del expediente:

- “1. Se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 5303 DEL 28 DE JULIO DE 2018 expedida por JORGE ELIECER ARAUJO GUTIERREZ, por la cual se reconoció el reajuste a la CESANTÍA DEFINITIVA a mi mandante, con la inclusión de la Prima de Servicios, como factor salarial para la liquidación, de conformidad con el decreto 1545 de 2013, omitiendo el reconocimiento de la SANCION POR MORA por la tardanza en el pago de estas cesantías definitivas hasta el día en que procesa el pago integral de estas cesantías.*
- 2. Se declare el reconocimiento y pago de la SANCIÓN MORATORIA que existe por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa, establecida en la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía definitiva ante la entidad y hasta el pago efectivo de esta prestación, reconocida en el acto administrativo relacionado en el numeral anterior.*

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, SÍRVASE:

- 1. Se ordene el reconocimiento y pago de la SANCIÓN MORATORIA que existe por el no pago oportuno de las cesantías definitivas de manera completa, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía definitiva ante la entidad y hasta el pago efectivo de esta prestación, reconocida en el acto administrativo demandado.*
- 2. Se ordene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que sobre las sumas adeudadas se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.*
- 3. Ordenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.*
- 4. Que se ordene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A.)*

5. *Condenar en costas a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo.* –Sic-

10.3.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La entidad accionada precisó que la presencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las resoluciones de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG.

Precisó que le corresponde a las entidades territoriales como nominadoras del afiliado reconocer la indemnización moratoria por ser quien tenía conocimiento directo de los factores sobre los cuales realizó aportes el docente, por ello la no inclusión de algún emolumento lleva intrínseca la responsabilidad del ente territorial.

Respecto a la sanción moratoria reclamada derivada de la reliquidación de las cesantías y por el pago incompleto de las mismas citó sentencia del Honorable Consejo de Estado destacando que esa alta corporación ha sido reiterativa en considerar que el legislador no previó la figura de la sanción moratoria considerando como hecho generador el pago tardío del reajuste de las cesantías reconocidas, por ello es sólo procedente para el reconocimiento y pago tardío de las cesantías, caso que no nos ocupa por cuanto en el proceso de la referencia su pago se efectuó en término.

Así las cosas, considera que las pretensiones deben ser desestimadas.

10.4.- PROBLEMA JURÍDICO.-

Corresponde a esta Corporación determinar si resulta procedente ordenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – el pago de la indemnización moratoria solicitada por la señora ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO por el reconocimiento tardío e incompleto de sus cesantías definitivas al no incluirse la prima de servicios, lo que llevó al pago de un monto inferior al que tenía derecho generándose diferencias en dicha prestación, lo que daría lugar a la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución N° 005303 de 23 de julio de 2018 por medio de la cual se ordenó la reliquidación de sus cesantías definitivas sin pronunciarse sobre el reconocimiento de la sanción moratoria reclamada.

10.5.- ANÁLISIS DEL ASUNTO BAJO EXAMEN.-

La Ley 244 de 1995 contempló los términos para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, so pena de que la entidad obligada pagara al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo, en los siguientes términos:

“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.

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". —Sic—

La anterior disposición, fue modificada por la Ley 1071 de 2006, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y servidores del Estado y en su artículo 2 ibídem el legislador contempló el ámbito de aplicación, dentro del cual definió como destinatarios de la ley, los siguientes:

"Artículo 2º. 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 de Ahorro". —Sic—

Del contenido de las disposiciones transcritas; se evidencia que si bien el objeto de las normas fue regular el pago de las cesantías de los servidores públicos, el legislador no especificó expresamente si dentro de su género se encuentran comprendidos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional sostuvo por un lado, que la situación de los docentes oficiales permite asimilarlos a servidores públicos, y por otro, destacó la finalidad de las cesantías como un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, por lo que unificó su jurisprudencia, para señalar que a estos les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer en su favor la sanción por el pago tardío de las cesantías liquidadas, previo cumplimiento de los requisitos legales, en la medida que resulta ser la condición más beneficiosa y materializa los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

"(...) (i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompaña con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

(ii) En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

(iii) Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan prontá y oportunamente sus

prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

(iii) Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.

(iv) En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio". —Sic—

En tal sentido, la Corte Constitucional estableció su doctrina en las sentencias C-741 de 2012 y SU-336 de 2017, *"en el sentido de que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2º) los define como 'empleados oficiales de régimen especial'; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2º 105, parágrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales"*.

El Consejo de Estado, por su parte, mediante sentencia SUJ-012-S2 en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales como Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en los artículos 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 13A ordinal 2.º del Reglamento del H. Consejo de Estado, 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, debido a que, para la Sección Segunda, 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.

En esa sentencia de unificación el Honorable Consejo de Estado además de unificar jurisprudencia sobre la i) Naturaleza del empleo docente y la aplicación a los docentes del sector oficial de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, definió lo referente a 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 la referida providencia, se concluyó:

"3.5. Reglas jurisprudenciales que se dictan en la sentencia.-

192. Considerando el auto del 1 de febrero de 2018¹, por el cual, el pleno de la Sección Segunda avocó conocimiento del presente asunto, con el fin de emitir pronunciamiento sobre los siguientes aspectos:

1) *¿Cuál es la naturaleza del empleo de docente del sector oficial y si le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus modificaciones?*

2) *En el evento en que la administración guarde silencio frente a la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas o parciales, o se pronuncie de manera tardía. ¿A partir de qué momento se hace exigible la sanción por mora?*

3) *Cuál es el salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?*

4) *Es procedente la actualización del valor de la sanción moratoria una vez se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la reconoce?*

193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide 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.

194. 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 ley² 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. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento 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.

195. De otro lado, también se sienta jurisprudencia precisando que cuando se interpone el 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.

3.5.3 Sentar jurisprudencia señalando que, 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,

¹ Folios 234 a 242 vto.

² Artículos 68 y 69 CPACA.

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.

3.5.4 Sentar jurisprudencia, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.” –Sic-

Esta Sala de Decisión acogerá los planteamientos esbozados en la sentencia de unificación citada previamente, y decidirá el caso que nos ocupa aplicando los mismos.

10.6.- LO PROBADO.-

Se encuentra probado a folios 6 y 7 del expediente que a la señora ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO producto de la petición elevada el día 7 de septiembre de 2016, le fueron reconocidas sus cesantías definitivas a través de la Resolución N° 06101 de 6 de octubre de 2016, con la inclusión del sueldo y las primas de vacaciones y navidad, como factores salariales.

A folios del 3 y 4 del plenario se encuentra acreditado que por medio de petición de fecha 16 de noviembre de 2017 la señora ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO solicitó a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG-, el reconocimiento y pago de la prima de servicios como factor salarial para la liquidación de las cesantías definitivas, así como el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de dicho factor salarial en la liquidación de las cesantías definitivas realizada, lapso transcurrido después de los 70 días de la radicación de la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas hasta el pago de la prima de servicio como factor salarial.

Del mismo modo, se cuenta con elemento documental probatorio a folios 8 y 9 del expediente que permite evidenciar que la entidad accionada ordenó el pago de un reajuste de cesantías definitiva de la señora ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO, con la inclusión de la prima de servicios como factor salarial, por medio de la Resolución N° 005303 de 23 de julio de 2018.

También se cuenta con acreditación a folios de 11 a 13 que la FIDUPREVISORA emitió Comunicado N° 014 con destino a los secretarios de educación, coordinadores de prestaciones económicas y representantes del Ministerio de Educación ante las entidades, con el cual pone en conocimiento que se aplicará el concepto emitido por el Ministerio de Educación que faculta la inclusión de la prima de servicios a los docentes y directivos docentes oficiales de las instituciones educativas de preescolar, básica y medida del régimen de retroactividad.

Del material probatorio se extrae que la demandante elevó una petición inicial ante la entidad demandada el día 7 de septiembre de 2016 para obtener el reconocimiento de sus cesantías definitivas, las cuales fueron reconocidas el día 6 de octubre de la misma anualidad.

La accionante considera que la no inclusión de la prima de servicio en la Resolución N° 06101 de 6 de octubre de 2016, generó el pago de dicha prestación en una suma inferior y de manera tardía, dando lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria hasta que se dio el pago de dicho reajuste, reconocido por medio de la Resolución N° 005303 de 23 de julio de 2018.

Debe destacar la Sala que la anterior resolución se emite por la entidad accionada como consecuencia de la petición que fuera radicada por el apoderado de la señora ARCELYA DOLORES ORTÍZ CANTILLO el día 16 de noviembre de 2017, con la cual también solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por la no inclusión de la prima de servicio como factor salarial en la Resolución N° 06101 de 6 de octubre de 2016, la cual estima causada desde el día 7 de septiembre de 2016 (fecha en que solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas), hasta la fecha del pago de dicha reliquidación.

Frente a lo anterior debe destacar esta Corporación que si bien no se tiene certeza de la fecha del pago de las cesantías definitivas de la demandante, y las mismas se reconocieron sin la inclusión del factor salarial de la prima de servicios, en este proceso no se persigue reconocimiento por el pago tardío de las cesantías lo que lleva a inferir que el mismo se realizó de manera oportuna (aproximadamente un mes después de haber sido presentada la mencionada petición).

Ahora, no es de recibo el argumento expuesto por el apoderado de la parte actora, con el cual se afirma haberse configurado la sanción moratoria desde la fecha de reconocimiento de las cesantías definitivas hasta el pago de la reliquidación, pues la norma que prevé la figura de la sanción moratoria, hace referencia al no pago de la misma y en el presente proceso no se hizo referencia al no pago de esa prestación por parte de la accionada sino de unas diferencias, aspecto que impediría realizar una interpretación más amplia de dicha preceptiva, amén de que indirectamente se ataca la decisión emitida en un acto administrativo que no fue controvertido en sede administrativa y mucho menos objeto de control judicial (Resolución N° 06101 de 6 de octubre de 2014), pues aproximadamente un años después se eleva una petición para la inclusión de la prima de servicios como factor salarial, lo que a juicio de la Sala cercena la posibilidad de reclamar la sanción moratoria que a juicio de la parte actora se estructura con la expedición de la Resolución N° 005303 de 23 de julio de 2018.

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que la Honorable Corte de Cierre de esta Jurisdicción en jurisprudencia reciente ha precisado que la indemnización moratoria no se estructura en casos de pago tardío de diferencias derivadas de la reliquidación de las cesantías definitivas o parciales, aspecto que en la demanda se entiende configurado con la expedición de la Resolución N° 005303 de 23 de julio de 2018, por lo cual se hace necesario citar aparte de una de sus providencias, en la cual sobre el particular se previó:

"[...]No obstante lo anterior y pese a que en la demanda se afirma que la sanción que se pretende se deriva del inoportuno pago de las cesantías definitivas, al revisar en detalle los hechos de la demanda y los que dieron origen a la reclamación en sede administrativa, así como las pruebas que reposan en el expediente, se puede concluir, sin lugar a equívocos, que la materia litigiosa consiste en determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria producto de la tardanza en el pago de un ajuste de sus cesantías definitivas, ordenado a través de la Resolución 03781 del 7 de septiembre de 2012.

Lo anterior quiere decir que la indemnización moratoria que se pretende en la demanda no tiene como fundamento el pago tardío del auxilio de cesantías como tal, sino de la diferencia de valor de cesantías que se generó como consecuencia del ajuste ordenado en una resolución posterior a aquella que reconoció la prestación definitiva -se precisa que el acto que concedió la prestación definitiva fue la Resolución 0723 del 09-04-2008, mientras que de la que se pretende la sanción moratoria es la 03781 del 07-09-12, que dispuso la reliquidación de la prestación-

Por ello, es necesario precisar que la Sala, en reiteradas ocasiones, ha sostenido que la sanción moratoria por la inoportuna consignación de cesantías no procede respecto de las diferencias de valor de tal prestación que se originen a causa de un incremento salarial tardío y la consecuente reliquidación de la prestación. Sobre el particular, se ha dicho:

En el caso analizado, la entidad demandada sí reconoció oportunamente las prestaciones y cesantías definitivas del demandante al momento de su desvinculación³; sin embargo, con ocasión de la expedición de la sentencia C- 1433 de 2000 y del Decreto 2720 de diciembre 27 de 2000, se causó una diferencia en la liquidación de las mismas, pero el pago inoportuno de esa diferencia no puede considerarse mora en la consignación de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma transcrita.⁴ (Se resalta).

En similares términos se señaló en sentencia⁵ cuyo aparte se transcribe:

[...]En tal sentido, si bien se causó una diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas, la cancelación pago inoportuna de esa diferencia no puede considerarse mora en el pago de tal prestación, que tenga la magnitud de generar la sanción a que alude la norma señalada.

[...]

La Sección Segunda del Consejo de Estado, ha sostenido que la finalidad del legislador con la norma aludida, fue determinar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social, conlleve a la autoridad judicial a imponer la sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley⁶. (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, se debe concluir que el hecho de que se hubiera ordenado un valor por concepto de reliquidación de las cesantías, posterior al acto de reconocimiento de la prestación definitiva, y este se hubiera pagado en forma inoportuna, no da lugar a reconocer la indemnización moratoria que se reclamó en la demanda.[...]” –Se subraya-

De acuerdo con lo anterior, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar pues el pago inoportuno de las cesantías de la demandante en forma completa, alegado en la demanda no conlleva al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, pues dicho derecho no se configuraría por el reconocimiento de la reliquidación realizada por la entidad accionada, como lo precisó el Honorable Consejo de Estado en la jurisprudencia parcialmente transcrita.

10.7.- CONDENA EN COSTAS.-

Finalmente, en lo que atañe a la condena en costas corresponde indicar que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

³ Cita propia del texto transcrito: Folios 14 a 16.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, radicación 13001-23-31-000-2007-00225-01, número interno 1483-13. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de octubre de 2017, radicación 08001-23-33-000-2012-000171-01, número interno: 2839-14, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁶ Cita propia del texto transcrito: Al respecto: Subsección A. Sentencia de 9 de abril de 2014. Rad. 13001-23-31-000-2007-00225-01(1483-13). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.; Subsección B. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad. 08001233300020140035501. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En el mismo sentido, sentencias de 17 de agosto de 2017. Rad. 08001233300020140035501; Sentencia de 18 de mayo de 2017. Rad. 66001233300020130021301.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS, Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00002-01(0925-17), Actor: LUIS ENRIQUE FAJARDO SÁNCHEZ, Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.

En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante, razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en este proceso.

DECISIÓN.-

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las súplicas incoadas en la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Esta providencia queda notificada en estrados de acuerdo con lo previsto en el artículo 202 de la Ley 1437 del 2011.

TERCERO: Ejecutoriada esta decisión, por Secretaría liquídese la cuenta de gastos del proceso y de ser procedente, realícese la devolución de su remanente a la parte demandante.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

ESTA DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS

Se concede el uso de la palabra a los doctores JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA y OSCAR IVÁN CASTAÑEDA para que manifiesten si está de acuerdo con la decisión adoptada:

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA: De acuerdo con la decisión.

JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA: Apruebo.

Se concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten lo que a bien tengan respecto a la decisión adoptada:

APODERADA PARTE DEMANDANTE: Interpongo recurso de apelación el cual será sustentado dentro del término legal.

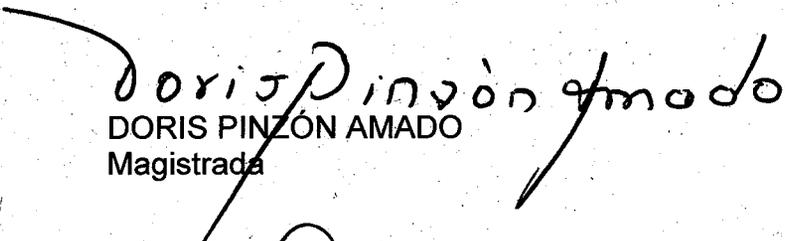
AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO: Sin recursos.

MAGISTRADA PONENTE: Teniendo en cuenta que se interpuso recurso de apelación y el accionante tiene la oportunidad para sustentarlo con posterioridad a

esta audiencia, se da por terminada y se pronunciará mediante auto si hay lugar a conceder el mismo.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, siendo las 9:58 a.m., se da por terminada y en constancia se firma.

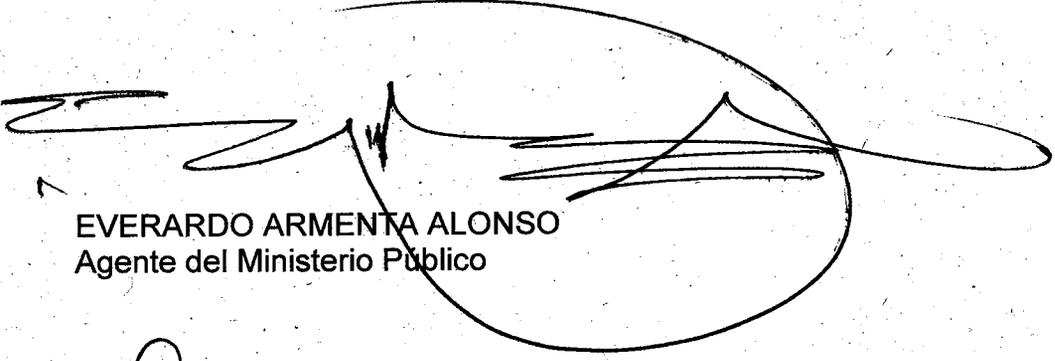
Miembros de la Sala de Decisión:


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado


ÓSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
Presidente

Intervinientes:


EVERARDO ARMENTA ALONSO
Agente del Ministerio Público


CLARENA LÓPEZ HENAO
Apoderada parte demandante