



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

JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, dieciséis (16) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicado	08001333300620160028800
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	FIDELINA VERGARA DE ACOSTA
Demandado	NACION-MEM- FOMGA-DEIP BARRANQUILLA
Juez (a)	MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDAÑO

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por FIDELINA VERGARA DE ACOSTA, contra el NACION-MEM-FOMGA-DEIP 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

- DEMANDA

Las súplicas de la demanda fueron expuestas de la siguiente forma:

- Que se declare la nulidad absoluta del Oficio No. 08614 fechado 8 de junio de 2016, mediante el cual se negó la solicitud indemnización moratoria.
- Que se ordene a la nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Distrito de Barranquilla restablecer el derecho que le asiste a mi poderdante en el sentido que se reconozca el pago de la indemnización moratoria por el no reconocimiento y pago oportuno de la cesantía definitiva reconocida a mi poderdante mediante resolución Np. 04180 del 5 de agosto de 2015, condenando a la nación por moratorias por un total de 171 días, a razón de un (1) de salario por cada día de retardo, tomando como base el salario acreditado de conformidad con las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y demás normas concordantes y complementarias.
- Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.
- Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.

II. HECHOS

El Despacho se permite sintetizar los hechos de la demanda así:

1.- La señora FIDELINA VERGARA DE ACOSTA, prestó sus servicios como docente oficial del Distrito de Barranquilla.

2.- La señora Fidelina Vergara, en su calidad de docente oficial solicitó el reconocimiento y pago de la Cesantía en forma definitiva, con radicado de la administración Distrital No. 2015-CES-004350 de fecha 3 de marzo de 2015.

3.- Mediante Resolución No. 04180 de 5 de agosto de 2015, la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla reconoció y ordenó el pago de las cesantías en forma definitiva a la actora, tomando como base de liquidación lo recibido el año 2014. Siendo notificada de esta decisión el 20 de agosto de 2015, es decir el ente demandado se tomó un periodo de 110 días hábiles para resolver la solicitud de cesantía definitiva ya referenciada.

4.- El FOMAG, realizó el pago de la cesantía reconocida, el 4 de diciembre de 2015, conforme el desprendible de pago adjunto. Tomándose un término de 62 días hábiles.

5.- En sede Gubernativa se elevó solicitud el 2 de junio de 2016, por la parte actora a la entidad demandada, para el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, la cual dio respuesta negativa, mediante oficio 08614 de fecha 8 de junio de 2016.

- CONCEPTO DE VIOLACION

El concepto de violación la parte actora, lo sustenta en los siguientes cargos:

Señala la accionante como NORMAS VIOLADAS, las siguientes:

Constitución Nacional: Artículos 23, 53

Ley 244 de 1995 artículo 1 y parágrafo

Ley 244 de 1995 Artículo 2 y parágrafo

Ley 1071 de 2006 Artículo 4, parágrafo, 5 y parágrafo

C.P.A.C.A Artículo 138

Presenta para el concepto de violación, aduce que normas citadas son las que indican los términos que tiene la administración para expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías de los empleados públicos y establecen los plazos para que sean cancelados. Dichos términos fueron quebrantados por la parte accionada.

De igual forma afirma que de acuerdo a los hechos probados, confrontándolo con normas anteriormente citada, podemos indicar que la parte demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de la cesantía ya citada, siendo dable para el despacho decretar la nulidad absoluta pretendida y ordenar el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria tanto en el reconocimiento como en el pago de la cesantía, para un total de 171 días en mora.

- CONTESTACIÓN

La Nación- Ministerio Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se opone a todas y cada uno de las pretensiones, por carecer de fundamento de hecho y de derecho, argumentando que el actor no tuvo en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral. Que la sociedad fiduciaria FIDUPREVISORA S.A., es la encargada de administrar los recursos del Fondo de prestaciones sociales, cuyo pago de prestaciones se encuentra sujeto al turno y disponibilidad, según lleguen las solicitudes como lo sustente la sentencia C-314 de 1998, por lo tanto los actos administrativos llevan inherente una condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

Así mismo manifiesta que el procedimiento fijado por la ley 91 de 1989 y el decreto 2831 de 2005, difiere sustancialmente de los estipulado por el ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006 por lo tanto no puede pretender la aplicación de una sanción. Lo anterior tomado de una sentencia del Tribunal administrativo de Antioquia.

Presenta como excepciones: i. Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, ii. Pago, iii. Cobro del o no debido, iv. Compensación, v. Excepción genérica o innominada, vi. Buena fe

Solicitando se vincule a la Fiduciaria La previsora S.A.

La Sociedad vinculada no contestó demanda.

- ACTUACION PROCESAL

La demanda fue presentada el 28 de noviembre de 2016, correspondió por reparto a este Despacho el conocimiento del presente proceso, siendo inadmitida mediante auto de 5 de diciembre de 2016, ordenándose y realizándose las notificaciones correspondientes.

El ente demandado DEIP Barranquilla no contestó demanda dentro del término otorgado para ello; la Nación, MEN, FOMAG, si lo hizo presentando excepciones de mérito, las cuales serán objeto de análisis para la resolución del fondo de la Litis, y su resolución se efectuará junto con el fondo de las pretensiones en el presente fallo. En la contestación solicitó la vinculación de Fidupreviora S.A., por lo cual mediante auto de fecha 19 de septiembre de 2018, este Despacho ordenó vincularla, realizando las notificaciones correspondientes, vencido el término otorgado para ello, se dio traslado¹ de las excepciones presentadas. Una vez vencido el anterior término se celebró audiencia inicial², en la cual se dispuso declarar precluido el periodo probatorio por ser suficientes las pruebas allegadas hasta ese momento procesal, ordenando la presentación de alegatos por escrito.

Una vez vencido el término de alegatos, este Despacho procede a dictar sentencia

- ALEGACIONES

La apoderada del DEIP Barranquilla presentó alegatos manifestando en síntesis que los valores reclamados, no corresponden su asunción de reconocimiento y pago, al DEIP Barranquilla por cuanto debe asumirlos el Gobierno Nacional a través del FOMAG, por lo cuanto solicita declarar de oficio falta de legitimación en la causa por pasiva y absolver al Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.

¹ Fl. 91 del expediente

² Acta de 24 de agosto de 2018

La Nación – MEN –FOMAG y FIDUPREVISORA, no presentaron alegatos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Judicial delegada en asuntos administrativos ante éste Despacho en su informe manifiesta que una vez revisado el expediente y las pruebas obrantes. La parte demandada incurrió en mora de 110 días frente al reconocimiento, por lo que sin dudas debe condenarse al pago de la referida sanción.

De lo anterior concluyó que deben concederse las pretensiones de la demanda.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

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

IV.- CONSIDERACIONES

- EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS

La entidad demandada no presentó excepciones previas, y el DEIP no contestó demanda, no obstante para este despacho es menester referirse a la legitimación del DEIP Barranquilla en el presente proceso.

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.

Recientemente el Consejo de Estado a través de Auto de 26 de abril de 2018, Magistrado Ponente: William Hernández Gómez, radicado interno: 0743-2016, ha manifestado que:

“(…) 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 2017,³ y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴, 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.”

Siendo ello así, la obligación de reconocimiento y pago de las prestaciones que aquí se reclaman, corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a las entidades territoriales, razón por la que habrá que declarar la falta de legitimidad en la causa por pasiva del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.

PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico se centra en determinar si:

Debe declararse de nulidad el oficio No. 08614 de fecha 8 de junio de 2016, expedido por el Distrito de Barranquilla en la cual se niega el reconocimiento al pago de sanción moratoria, por el pago tardío de la cesantía definitivas reconocidas a la actora FIDELINA VERGARA DE ACOSTA, por ser violatorio de normas constitucionales y legales?

- TESIS

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 para el asunto que aquí se trata, es decir, frente a un pago tardío de las cesantías definitivas, las entidades a cargo del reconocimiento y pago de esta prestación, están obligadas a cancelar una indemnización o sanción moratoria, a partir que se venza el plazo para dicho pago, a razón de un día de salario por cada día de retraso, hasta el pago efectivo de la misma.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

IV. 3 MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA SANCIÓN POR MORA EN EL PAGO DE LA CESANTÍA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

³ Dentro del proceso con radicación 66-001-23-33-000-2014-00114-01, número interno: 2587-2015

⁴ En las sentencias del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo (i) de la **Subsección “A”**: Consejero ponente Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO del 2 de julio de 2015, Expediente: 25000-23-25-000-2012-00262-01(0836-13) Actor: Abel Rodríguez Céspedes, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio. Consejero ponente Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ del 12 de julio de 2017 Expediente: 08001-23-33-000-2012-00400-01(1874-14) Actor: Víctor Manuel Solano Ospina Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla. (ii) de la **Subsección “B”** con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE del 5 de diciembre de 2013 Expediente: 25000-23-25-000-2009-00467-01(2769-12) Actor: Hugo Guerrero Cáceres, Demandado: Ministerio de Educación Nacional. Otra del mismo Ponente del 10 de julio de 2014, Expediente: 05001233100020050421801 (2713-2013) Actor: Gustavo de Jesús García Rua. Adicionalmente y más recientes, dos con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, del 8 de septiembre de 2016 Expediente: 15001-23-33-000-2013-00082-01(1530-14) Actor: Julio Bonilla Briceño Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y del 15 de noviembre de 2017. Expediente: 41001-23-33-000-2015-00686-01(4155-16) Actor: Adriana Murcia Villaneda, Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.- Municipio de Neiva - Departamento del Huila.

La Ley 244 de 1995, fijó unos términos perentorios para el pago oportuno de cesantías definitivas para los servidores públicos ó 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 penitencionario 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 Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, 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”.

A través de la Ley 1071 de 2006⁵, la sanción se hizo extensiva a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de los servidores públicos. Señala la norma en comento, en sus artículos 4º y 5º lo siguiente:

“Artículo 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales,

⁵ 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

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". Negrillas del Despacho.

De lo anteriormente expuesto se desprende que, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, tiene un plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir la resolución correspondiente, y la entidad pública pagadora, tiene un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto de reconocimiento, para cancelar esta prestación social, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

Al establecerse un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas se buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que 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 administración⁶.

Ahora bien, sobre el momento a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria, bien sea cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía, o ante la ausencia de pronunciamiento al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, expresó:

" (...)

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad

^{6 6} Sala Plena del Consejo de Estado. 27 de marzo de 2007. Expediente No. 2777-04. Ponente Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.

conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante”.⁷ Negrillas del Despacho.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006, el Consejo de Estado ha reiterado que ésta ley cubre a todos los empleados y trabajadores del Estado, incluyendo a los docentes oficiales, quienes tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, pues una posición contraria implicaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem, además, porque dicha sanción no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5º de la Ley 91 de 1989⁸, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.⁹

En sentencia de unificación reciente de la sección segunda del consejo de Estado¹⁰ se señaló:
En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva

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

⁸ Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...) 3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. 14 de diciembre de 2015. Expediente No. 1498-14. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁰ Sentencia de Unificación Consejo de de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá D. C. dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018).

la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006¹¹), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹²) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹³], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006¹⁴.

- CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, la actora fue retirada por la Resolución No. 08141 de 25 de noviembre de 2014, por lo cual solicita mediante petición radicada el 3 de marzo de 2015, bajo radicado 2015-CES-004350, el reconocimiento y pago de la cesantías definitivas, que fue reconocida mediante Resolución No. 04180 de 2015 notificada el 20 de agosto de 2015. El valor reconocido en dicha Resolución fue cancelado el 4 de diciembre de 2015,

Se tiene entonces, que la entidad accionada tenía hasta el 25 de marzo de 2015 para el reconocimiento de las cesantías definitivas, así mismo, una vez ejecutoriado dicho acto administrativo, es decir 10 días después de la notificación, esto es el 10 de abril de 2015, tenía 45 días para el pago efectivo, siendo el 18 de junio de 2015 plazo máximo para el pago efectivo, sin embargo, transcurrieron 165 días desde que la entidad demandada se le venció el plazo para cancelar la obligación.

Siendo ello así y de conformidad con el fundamento jurídico anteriormente expuesto, la entidad demandada debe cancelar a la actora, por concepto de sanción moratoria un día de salario por cada día de retraso en el pago de las cesantía definitivas, es decir 165 días de sanción moratoria.

¹¹ «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.»

¹² «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

¹³ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

[...]

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

[...].»

¹⁴ «Artículo 5º. 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.»

Ahora bien, teniendo en cuenta que dicha solicitud de cesantías, fue en razón al retiro definitivo de la actora, para su liquidación se tomará el salario devengado al momento del retiro de acuerdo a lo indicado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de Unificación¹⁵.

-Hechos Probados

- Copia simple del Oficio No. 08614 expedido por la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla, por el cual se resolvió de forma negativa la solicitud de la indemnización moratoria por el reconocimiento y pago tardío de cesantías definitivas (Folios 13-15). La
- Copia de la Resolución No. 04180 de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla, notificada el 20 de agosto de 2015, a través de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas la actora en calidad de docente nacionalizado situado fiscal, solicitadas 3 de marzo de 2015 (Folios 17-18)
- Copia simple del depósito en efectivo a favor de la actora en la cuenta BBVA No. 00130309000100003549 por valor de \$49.878.175, oo (Folio 19)
- Copia del Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios consecutivos No. 16262 expedido por el FOMAG, que señala los factores salariales devengados a noviembre 25 de 2014, fecha de su retiro. (Folios 20-21)
- Copia de la radicación No. 2016PQR19793 recibida el 02 de Junio de 2016, mediante la cual, la actora solicitó reconocimiento y pago de sanción moratoria. (Folio 22-24)

Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

- El despacho encontró probado que la entidad demandada, incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías definitiva, toda vez que la Resolución No. 04180 de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla, con la cual se ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a la actora, fue notificado el 20 de agosto de 2015, cuya solicitud fue realizada el 3 de marzo de 2015, transcurriendo más de 15 días señalados en la precitada norma. (Folios 17-18),
- Así mismo, una vez ejecutoriada la anterior Resolución, esto es 10 días siguientes a la notificación realizada, la entidad demandada tenía 45 días para el pago efectivo de la misma, es decir, que desde la solicitud realizada el 3 de marzo de 2015, la entidad demandada tuvo el hasta el día 18 de junio de 2015, para el pago efectivo, que solo fue realizado hasta el 4 de diciembre de 2015 (fl.19)

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 para el asunto que aquí se trata.

En se orden de idea, así se declarará y se ordenará al reconocimiento por parte de la demandada, de la sanción moratoria solicitada por la actora, por el retardo en el pago de las cesantías definitivas, como se ha establecido previamente

¹⁵ Se dictan las siguientes reglas jurisprudenciales: "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, 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.

Sobre el particular se advierte que los valores adeudados serán ajustados en los términos del 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \text{Índice final} / \text{Índice inicial}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo que corresponde a lo dejado de percibir, por guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

- 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 de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

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

V.- FALLA

PRIMERO: DECLÁRESE la Nulidad del oficio No. 08614 de fecha 8 de junio de 2016, expedido por la Secretaria de Educación Distrital de Barranquilla, mediante el cual se negó la solicitud de indemnización moratoria, solicitada por la señora FIDELINA DEL SOCORRO VERGARA DE ACOSTA, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído .

SEGUNDO: DECLÁRESE la falta de legitimidad en la causa por pasiva del Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla.

TERCERO: 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 FIDELINA DEL SOCORRO VERGARA DE ACOSTA, a razón de un día de salario (recibido al momento del retiro) por cada día de retardo, esto es 165 días, toda vez, que el plazo máximo para el pago fue el día 18 de junio de 2015 y fue cancelada el 4 de diciembre de la misma anualidad.

CUARTO: Los valores que resulten adeudados, como consecuencia de esta sentencia, serán ajustados en los términos del artículo 187 del C.P.A C.A. dando aplicación a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

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

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

Radicación: 08001333300620160028800
Demandante: FIDELINA VERGARA DE ACOSTA
Demandado: NACIÓN-MEN-FOMAG-DEIP BARRANQUILLA
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SÉPTIMO: NOTIFÍQUESE personalmente el presente fallo al señor Procurador Delegado ante este Despacho

OCTAVO: Ejecutoriada esta sentencia ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDAÑO
JUEZ

KS