



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

JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, veintinueve (29) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicado	08001-3333-006-2017-00155-00
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	SONIA MARÍA DE LOS REYES AHUMADA
Demandado	NACION-MEN- FOMAG-DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO
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 SONIA MARÍA DE LOS REYES AHUMADA, contra el NACION-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y el DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

DEMANDA

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

- Que se declare la nulidad del Oficio No. 2343 fechado 27 de octubre de 2016, mediante el cual se negó la solicitud indemnización moratoria, establecida en la leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la demandada y hasta que se verificó el pago efectivo del estipendio económico.
- Que se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) y al Departamento del Atlántico a restablecer el derecho, consistente en que se reconozca el pago de la indemnización moratoria por el no reconocimiento y pago oportuno de la cesantía definitiva reconocida a la reclamante, en razón de un (1) día de salario por cada día de retardo, contados después de transcurridos 70 días hábiles.
- Que se condene a las demandadas a reconocer y pagar a la accionante los reajustes del poder adquisitivo con base en el IPC, desde el día siguiente de la ejecutoria de la sentencia hasta que se verifique el pago de la misma, además de condenar a las accionadas 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.

HECHOS

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

1.- La señora SONIA MARÍA DE LOS REYES AHUMADA, por haber prestado sus servicios como docente oficial del Departamento del Atlántico, solicitó, el día 17 de julio de 2014, el reconocimiento y pago de sus cesantías; las cuales fueron reconocidas mediante la Resolución No. 973 del 30 de octubre de 2014; no obstante, el pago efectivo de la prestación sólo se efectuó el día 27 de enero de 2015.

2.- Expresa que, teniendo en cuenta que la solicitud de cesantías fue efectuada el 17 de julio de 2014, el plazo máximo para el pago de las mismas feneció el 28 de octubre de 2014, teniendo en cuenta lo señalado en las normas establecidas en la Ley 1071 de 2006, artículo 4º, que señala el término de 15 días para expedir la decisión administrativa que resuelva liquidar las cesantías parciales o totales, previo cumplimiento de requisitos legales, sumados al plazo máximo de 45 días hábiles que señala el artículo 5º de la misma norma, a partir de que quede en firme el acto administrativo, para el pago efectivo de la prestación económica; aunado a lo anterior, para el cómputo de los términos deberán tenerse en cuenta 5 días de ejecutoria, según lo sostiene el Consejo de Estado, para en total de 65 días hábiles, luego de los cuales deberá aplicarse la sanción moratoria.

3.- Advierte que el 23 de septiembre de 2016 elevó petición para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, lo cual fue denegado por la encausada mediante el Oficio No. 2343 del 27 de octubre de 2016, cuya nulidad suplica.

NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE VIOLACION

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

Señala la accionante como NORMAS VIOLADAS, las siguientes:

Ley 91 de 1989 artículos 5, 9 y 15.

Ley 244 de 1995 artículos 1 y 2.

Ley 1071 de 2006 Artículo 4 y 5.

Ley 91 de 1989 artículo 2 Numeral 5º

Decreto 2831 de 2005.

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. Advierte que dichos términos fueron quebrantados por la parte accionada.

De igual forma afirma que de acuerdo a los hechos probados, confrontándolo con normas anteriormente citadas, podemos indicar que la parte demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías ya citadas, 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 las cesantías, para un total de 88 días en mora.

CONTESTACIÓN

La Nación- Ministerio Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-FOMAG¹.

Afirma oponerse a las pretensiones de demanda, por carecer de fundamento de hecho y de derecho, atendiendo al hecho que la actora no tuvo en cuenta la integralidad del ordenamiento jurídico. Añade 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; ahora bien, que para el caso de haberse presentado mora en el pago del estipendio, sería para el caso reconocer y pagarlos después del día 61, causados y pagados a la DTF efectiva anual, por lo cual no puede afirmarse que hubo omisión o violación a los derechos de la reclamante.

Advierte que el pago de las prestaciones y demás emolumentos de los afiliados al Magisterio se lleva a cabo mediante un proceso ante la secretaría de educación del ente territorial respectivo, la cual se encarga de expedir la respectiva resolución cuyo pago efectúa la Fiduciaria la Previsora, ello según los recursos disponibles siempre que exista disponibilidad presupuestal ya que los recursos provienen del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, además, el pago de los emolumentos debe cumplir con un estricto orden cronológico, atendiendo al hecho que no se pueden pagar todas las cesantías cuyo trámite se encuentre cursando.

Así mismo manifiesta que el procedimiento fijado por la ley 91 de 1989 y el decreto 2831 de 2005, difiere sustancialmente de lo establecido por el lay 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, por lo tanto, no puede pretender la aplicación de una sanción.

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. Excepción de Buena fe.

Solicita que se vincule a la Fiduciaria La previsora S.A.

La Sociedad vinculada no contestó demanda.

La secretaría Departamental de Educación del Atlántico².

La entidad departamental contestó demanda en fecha 7 de marzo de 2018, en la cual se opuso a las pretensiones de la suplicante y propuso como medio exceptivo previo la falta de legitimación en causa procesal por pasiva, además de las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y *genérica o innominada* .

En cuanto a la excepción previa de falta de legitimación en la causa procesal por pasiva Explica que tanto la Secretaría de Educación como el Departamento del Atlántico, carecen de legitimación en causa procesal y, por lo tanto, interés sustancial en las resultas del proceso, por carecer de competencia para el pago de obligaciones laborales cuya competencia concierne al FOMAG.

¹ Léanse folios 143-155.

2

Advierte que a la Secretaría de Educación del Atlántico sólo le corresponde llevar a cabo el trámite de las solicitudes que presenten los afiliados y sus beneficiarios en materia de prestaciones sociales, para luego ser remitidas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad del orden nacional quien, a fin de cuentas, asume la carga prestacional, según la mencionada Ley 91 de 1989.

La excepción previa mencionada fue declarada probada en audiencia inicial de fecha 18 de junio de 2018³.

En consecuencia, al hallarse probado el medio exceptivo propuesto, se le desvinculó del proceso.

ACTUACION PROCESAL

La demanda fue presentada el 24 de mayo de 2017, correspondió por reparto a este Despacho el conocimiento del presente proceso. Una vez evaluada, se libró auto admisorio el 1º de agosto de 2017, en el cual se ordenó realizar las notificaciones correspondientes.

Surtidas las diligencias de notificación, el ente demandado Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación contestó demanda dentro del término otorgado para ello y propuso la excepción previa de falta de legitimación en causa procesal por pasiva, la cual se encontró probada por este Despacho en audiencia inicial, la cual se llevó a cabo el día 18 de junio de 2018, razón por la cual, fue excluida del proceso.⁴

Por su parte, la Nación, Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del magisterio - FOMAG, recorrió el traslado y propuso excepciones de mérito, las cuales serán objeto de análisis para la resolución del fondo de la Litis, la cual se efectuará junto con el fondo de las pretensiones, en el presente fallo. En la contestación, la accionada solicitó la vinculación de Fiduciaria La Previsora S.A., solicitud que fue denegada por el Despacho en la audiencia inicial del 18 de junio de 2018, al momento de efectuar el saneamiento del proceso.

Una vez vencidos los términos de traslado se celebró la mencionada audiencia inicial⁵, en la cual se dispuso que una vez se recaudaran las pruebas decretadas (copia del expediente administrativo) y se fijara en lista el traslado de las mismas se correrá traslado para alegar de conclusión, lo cual se hizo mediante auto del 28 de agosto del cursante año, para que las partes presentaran sus alegaciones de conclusión⁶.

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

ALEGACIONES

La apoderada demandante presentó sus alegatos de conclusión, en memorial del 5 de septiembre de 2018⁷, en los cuales se ratificó en sus pretensiones y precisó que la mora en el pago de las cesantías, por parte de las demandadas era de 88 días.

³ Véase acta de la audiencia inicial a folios 166-170 del expediente y el CD del audio y vídeo a folio 173

⁴ Léanse folios 166-170 del expediente.

⁵ Acta del 18 de junio de 2018

⁶ Léanse folios 182y siguientes del plenario

⁷ Léanse folios 194-203 del expediente

La demandada NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG presentó alegatos de conclusión mediante memorial de fecha 6 de septiembre de 2018⁸.

Reiteró que las pretensiones de la parte actora resultan inaplicables a la luz de la Ley 6 de 1945 y la Ley 4ª de 1966 además de hacer aclaraciones y precisiones sobre normatividad alusiva a las prestaciones de retiro de los docentes, temas que en absoluto tienen relación con el asunto debatido en el presente proceso. No obstante, estando aún dentro del término de traslado, la apoderada del FOMAG presentó el 13 de septiembre de 2018 escrito en el cual expresó sus alegaciones de conclusión de manera coherente con la materia del debate en el presente proceso⁹.

Expresó la encausada que el FOMAG encarga el pago de las cesantías al ente Fiduciario La Previsora S.A., luego de haberse expedido el acto administrativo respectivo del ente territorial en el cual presta los servicios el docente afiliado, que el pago sólo puede darse cuando existe la respectiva apropiación presupuestal, por ello, no se puede soslayar el hecho que al no haber disponibilidad presupuestal para el pago de la prestación reclamada y en consecuencia, señalar que el FOMAG incurrió en alguna negligencia o mala fe al momento de pagar las prestaciones requeridas e insiste en que los entes encargados del pago son las entidades territoriales y la empresa de encargo fiduciario, para lo cual cita un pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Antioquia .

Añade que la mora en el pago de cesantías regulada por la Ley 1071 de 2006, es una norma que no cobija a los docentes del sector oficial, los cuales tienen su régimen especial de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989.

Finalmente, el DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN presentó alegatos de conclusión en memorial de fecha 10 de septiembre de 2018¹⁰, los mismos serán desestimados por el Juzgado, teniendo en cuenta que en la audiencia inicial fue desvinculado del proceso al prosperar la excepción previa de falta de legitimación en causa procesal por pasiva, declarada en la misma audiencia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Judicial I Para Asuntos Administrativo no rindió concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

De acuerdo a lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no se advierte hasta este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, en consecuencia, se procede a dictar la sentencia correspondiente.

IV.- CONSIDERACIONES

EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS

⁸ Léanse folios 204 al 209 del plenario

⁹ Léase folios 210-212 y 213 al 221 del expediente.

¹⁰ Léanse folios 204-

La apoderada de la entidad demandada NACIÓN – MINEDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG contestó demanda y en su escrito no propuso excepciones previas.

Por su parte, la encausada DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, propuso como medio exceptivo previo la falta de legitimación en causa procesal por pasiva, el cual, como ya se señaló, se declaró probado y en consecuencia, se desvinculó del proceso al ente territorial.

PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico se centra en determinar si:

Debe declararse la nulidad del oficio No. 2343 de fecha 27 de octubre de 2016, expedido por el Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación, en el cual se niega el reconocimiento al pago de sanción moratoria, por el pago tardío de la cesantía definitivas reconocidas a la actora SONIA MARÍA DE LOS REYES AHUMADA, 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

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

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 penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.*

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

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

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

(...)"Negritas 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 2006¹¹, 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, 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 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.

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 éste".

(Negritas del Despacho).

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

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 acarrearán 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 administración¹².

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 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".¹³ Negrillas del Despacho.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006, el Consejo de Estado ha reiterado que ésta ley cobija 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

¹² Sala Plena del Consejo de Estado. 27 de marzo de 2007. Expediente No. 2777-04. Ponente Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.

¹³ Sala Plena del Consejo de Estado. 27 de marzo de 2007. Expediente No. 2777-04. Consejero Ponente: Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

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 1989¹⁴, 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.¹⁵

En la reciente sentencia de unificación de la sección segunda del consejo de Estado¹⁶ la Máxima Instancia de esta jurisdicción 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 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. 1071/2006¹⁷), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁸) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁹], y 45 días hábiles a partir del día en

¹⁴Artículo 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”.

¹⁵ 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.

¹⁶ Sentencia de Unificación Consejo 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) Radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

¹⁷ «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.»

¹⁸ «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.»

¹⁹ «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.

[...]

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 2006²⁰.

CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, la actora, SONIA MARÍA DE LOS REYES AHUMADA, afiliada activa del FOMAG, solicitó a la entidad demandada el retiro parcial de sus cesantías mediante derecho de petición del 17 de julio de 2014, el cual fue reconocido a la actora mediante la Resolución No. 0973 del 30 de octubre de 2014, lo cual excedió con creces el término para resolver lo solicitado, de 15 días hábiles; además de ello, las cesantías sólo fueron pagadas a la demandante el 27 de enero de 2015; por lo cual, el término de conteo de los 70 días para determinar la sanción moratoria resultante deberá contarse a partir del 17 de julio de 2014 así: fecha de vencimiento del término de los 70 días hábiles: 28 de octubre de 2014. Fecha en que se produjo el pago efectivo: 27 de enero de 2015.

En consecuencia transcurrieron 89 días desde que a 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 cesantías definitivas, es decir 89 días de sanción moratoria.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se trata de una solicitud de retiro parcial de cesantías, para su liquidación se tomará el salario devengado por la solicitante en 2013, como asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, *sin que varíe por la prolongación en el tiempo*, de acuerdo a lo indicado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación mencionada²¹.

-Hechos Probados

- Copia del derecho de petición elevado por la actora, en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo, a partir de los siguientes 70 días hábiles de haber radicado la solicitud de pago parcial de cesantías, enviado a la encausada en fecha 22 de septiembre de 2014 y su constancia de envío (folios 23-25).

- Copia simple del Oficio No. 2343, de fecha 27 de octubre de 2014 expedido por la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico, por el cual se resolvió de forma negativa la solicitud de la indemnización moratoria por el reconocimiento y pago tardío de cesantías definitivas (Folios 26-27).

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

{...}»

²⁰ «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.»

²¹ 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.

- Copia de la Resolución 973 del 30 de octubre de 2014, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, notificada el 31 de octubre de 2014, a través de la cual se ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a la actora en calidad de docente Nacional del Situado Fiscal, solicitadas 22 de septiembre de 2014, por valor total de \$8.913.761 , previos descuentos, con constancia de pago efectivo el 27 de enero de 2015²² (Folios 18-20).
- Copia de los comprobantes o finiquitos de pago del FOMAG de los períodos 1º de julio de 2014 al 31 de julio del mismo año y 1º al 31 de enero de 2015, expedidos por el FOMAG, que señala lo por la docente en los años 2014 y 2015 (Folios 21-22).

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 parciales, toda vez que la Resolución 973 del 30 de octubre de 2014, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, con la cual se ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a la actora, fue notificada a la reclamante el **31 de octubre de 2014**, cuya solicitud fue realizada el **17 de julio de ese mismo año**, como bien se observa en las consideraciones de la misma decisión administrativa²³, transcurriendo más de los 15 días señalados en la precitada norma. (Folios 18-20),
- Así mismo, una vez ejecutoriada la anterior Resolución, esto es, **el 1º de noviembre de 2014**, como día siguiente a partir de la fecha de notificación personal a la interesada, la entidad demandada tenía 45 días para el pago efectivo de la prestación económica en reclamo, es decir, que desde la solicitud realizada el **17 de julio de 2014**, la entidad demandada tuvo el hasta el día **28 de octubre de 2014**, para el pago efectivo del emolumento, sin embargo dicho pago sólo fue realizado hasta el día **27 de enero de 2015** lo que bien está demostrado en el plenario en el folio 18 donde se observa el sello de recibido del Banco BBVA.

De conformidad con lo expuesto, para este Despacho, el acto administrativo demandando, **Oficio 2343 del 27 de octubre de 2016**, 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, se declarará la nulidad del acto demandado y se ordenará al ente demandado efectuar el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada por la actora, por el retardo en el pago de las cesantías definitivas, como se ha establecido previamente

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).

²² Léase a folio 18 del expediente sello de recibido del banco BBVA de fecha 27 de enero de 2015.

²³ Léase el numeral SEGUNDO de las consideraciones de la Resolución 0973 a folio 18 del plenario

- **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. 2343 de fecha 27 de octubre de 2016, expedido por la Secretaria de Educación Departamental del Atlántico, mediante el cual se negó la solicitud de indemnización moratoria, solicitada por la señora SONIA MARÍA DE LOS REYES AHUMADA, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído .

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG, al pago por concepto de indemnización o sanción moratoria por el retraso en el pago de las cesantías parciales, a la señora SONIA MARÍA DE LOS REYES AHUMADA, en razón de un día de salario (recibido al momento del pago efectivo) por cada día de retardo, esto es 89 días, toda vez, que el plazo máximo para el pago fue el día 28 de octubre de 2015, mientras que la cesantía fue cancelada el 27 de enero de 2015.

TERCERO: 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.

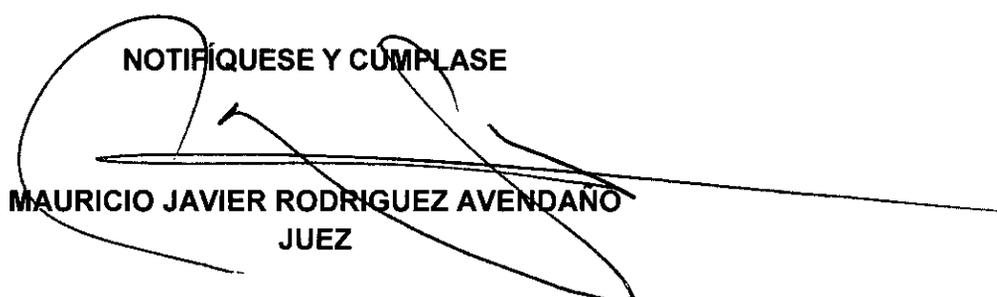
CUARTO: Désele, cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en el artículo 192 a 195 del CPACA

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

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

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta sentencia, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDAÑO
JUEZ

ACO