



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

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE BARRANQUILLA

Distrito de Barranquilla, treinta (30) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	08-001-33-33-006-2019-00085-00
Demandante	Graciela Elena de Jesús Mercado Corona
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación
Jueza	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

ASUNTO

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso ordinario contencioso administrativo, promovido a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora Graciela Elena de Jesús Mercado Corona, quien actúa mediante apoderado, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda.

1.1.1. Pretensiones.

Como pretensiones de demanda, la parte actora presentó las que a continuación se transcriben:

"DECLARACIONES:

1. Declarar la existencia de un acto ficto configurado, producto de la reclamación administrativa de la sanción moratoria presentada el día 16 de noviembre de 2016, por el pago tardío de las cesantías a mi representada.

2. Declarar la nulidad del acto ficto configurado frente a la petición presentada el día 16 de Noviembre de 2016, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN MORA a mi mandante 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 ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

3. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –(vinculado el DEPARTAMENTO DE ATLÁNTICO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DEL ATLÁNTICO por tener interés en las resultas del proceso), le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA 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 ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS:

1. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –(vinculado el DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00

Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación

DEL ATLÁNTICO por tener interés en las resultas del proceso) a que se le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, 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 ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –(vinculado el DEPARTAMENTO DE LATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO por tener interés en las resultas del proceso), 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).

3. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –(vinculado el DEPARTAMENTO DE LATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO por tener interés en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del Índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

4. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –(vinculado el DEPARTAMENTO DE LATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO por tener interés en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCIÓN MORATORIA reconocida en esta sentencia.

5. Condenar en costas a la a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –(vinculado el DEPARTAMENTO DE LATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DEL ATLANTICO por tener interés en las resultas del proceso) de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010."

1.1.2. Hechos.

Como fundamentos fácticos de las pretensiones de demanda, el actor relata los que a continuación se resumen:

Hecho 1° y 2°: Alega que, el artículo 3 de la ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, quien por mandato del parágrafo 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 le asignó la competencia de pagar la cesantía a los docentes de los establecimientos del sector oficial.

Hecho 3°: Manifiesta la demandante que, por prestar sus servicios como docente en los servicios educativos estatales le solicitó a la entidad demandada el día 10 de junio de 2014, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

Hecho 4° y 5°: Aduce que, por medio de la Resolución No. 741 del 01 de septiembre de 2014 se le reconoció a la actora la cesantía solicitada, la cual fue pagada el 16 de diciembre de 2014 por medio de entidad bancaria.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00

Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación

Hecho 6°: Indica que, el artículo 4 de la ley 1071 de 2006 dispone el término de 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías para que la entidad que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías expida la resolución correspondiente.

Hecho 7°: Expresa que, en sentencia de unificación expedida por el Consejo de Estado el 27 de marzo de 2007, se contempló la fórmula de contabilizar los términos relativos a la sanción moratoria de cesantías.

Hecho 8°: Dice que, solicitó las cesantías el 10 de junio de 2014, siendo el plazo para cancelarlas el 29 de septiembre de 2014, pero el pago de estas se efectuó el 16 de diciembre de 2014, por lo que transcurrieron 85 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.

Hecho 9°: El 16 de noviembre de 2016, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad convocada, pero ésta resolvió negativamente la petición a través de acto ficto o presunto.

1.1.3. Normas violadas.

Señaló como normas violadas de la Constitución los artículos 5 y 15 de la ley 91 de 1989, los artículos 1 y 2 de la ley 244 de 1995, los artículos 4 y 5 de la ley 1071 de 2006 y el Decreto 2831 de 2005.

1.1.4. Concepto de la violación.

Señala que, debe decretarse la nulidad del acto administrativo ficto demandado, debido a que la entidad desconoce la regulación del término para que se efectúe el pago de cesantías de los servidores públicos, consagrado en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006. Además, indica que, la cesantía son emolumentos que retiene el patrono pero que son del empleado y que debe gozar cuando esté cesante en su actividad.

Manifiesta que las leyes citadas establecieron un término perentorio para el reconocimiento de la prestación social, conformado por 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Aduce que, la jurisprudencia ha establecido que, de la disposición normativa ha de entenderse que el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superar los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud, y que el Fomag ha venido cancelando extemporáneamente las cesantías, lo que genera una sanción para la entidad equivalente a un (1) día de salario del docente, con posterioridad a los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud, contado hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.

1.2. Contestación de la demanda.

1.2.1. Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación.

No presentó contestación a la acción.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00

Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación

1.2.2. Fiduprevisora S.A.

No presentó contestación a la acción.

1.2.3. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En relación con los **hechos**, manifestó que los supuestos 1, 2, 6 y 7, **no son hechos**; en cuanto a los hechos 3, 5, 8 y 9 dijo que **se atiende a lo que se demuestre**; y respecto del hecho 4 indicó que **es cierto**.

En cuanto a las **pretensiones**, se opuso a las mismas, argumentando, en resumen y esencia, lo siguiente:

Se opone a la declaratoria y condena por concepto de indexación, toda vez que, no evidencia que faltaren dineros por reconocer, sobre los cuales se debe aplicar corrección monetaria alguna. Por otro lado, advierte que, de generarse dicha sanción, estaría imponiéndosele a la administración una doble sanción, lo que conlleva en un detrimento del patrimonio económico injustificado al patrimonio del Estado, afectando de manera directa y tajante el principio constitucional de sostenibilidad financiera, sostenibilidad fiscal y economía fiscal.

Alega que, en este caso el fondo es el que tiene la función del pago de prestaciones, sin embargo, la expedición del acto corresponde a las secretarías de educación y por otro lado se encarga a una sociedad fiduciaria de la administración de los recursos del fondo, y pagar las prestaciones sociales. Agrega que, el ente territorial emite la Resolución de reconocimiento de las cesantías por fuera del término de 15 días establecido normativa y jurisprudencialmente, ya que dicho término fenecía el 3 de Julio de 2014. Razón por la cual, el ente territorial es responsable por el retardo y no la entidad pagadora, argumento que soporta en el artículo 57 de la ley 1955 de 2019.

Indica que, será la entidad fiduciaria quien deberá proceder con los pagos prestaciones, luego de contar con el acto administrativo emitido por la respectiva secretaría, previo el trámite legal para su concesión que compromete el reporte de todos los entes implicados dentro del salario del docente conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Relata que, acorde con el aplicativo FOMAG, el cual es utilizado por la Unidad de Defensa Judicial con el fin de consultar el estado de las cesantías solicitadas por el docente y el estado de la sanción moratoria generada como consecuencia del incumplimiento en el pago de dichas cesantías, es posible evidenciar que, el pago de dicha sanción se encuentra pendiente de estudio.

Manifiesta que, respecto de la indexación de la condena, y en lo referente a la indexación por sanción moratoria, es menester recordar que el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, en lo relativo a la indexación de la sanción por mora, señaló expresamente la incompatibilidad entre la indexación y la sanción por mora.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00

Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación

Por otro lado, presentó las excepciones que denominó (ii) litisconsorcio necesario por pasiva (entre el Fomag, la entidad territorial y Fiduprevisora S.A.); (ii) legalidad de los actos administrativos; (iii) improcedencia de la indexación de las condenas; (iii) prescripción; (iv) compensación y (vi) sostenibilidad financiera.

1.3. Alegatos de conclusión.

1.3.1. Demandante.

Al rendir alegatos finales, realizó exposición de argumentos de hecho y de derecho que ratifican los plasmados en el escrito de demanda.

1.3.2. Departamento del Atlántico – Secretaria de Educación.

Al momento de rendir alegatos de conclusión, concluyó que carece de legitimación en la causa por pasiva, con fundamento en los argumentos que a continuación se resumen:

“La Secretaria de Educación Departamental de la Gobernación del Atlántico y el ente territorial DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO, carece de legitimación en la causa y por tanto de interés sustancial en las resultas del proceso, por cuanto no puede entrar a satisfacer una eventual y poco probable condena en el presente caso. La predicada falta de legitimidad en la causa, se fundamenta en el hecho palmario que la Secretaria de Educación Departamental- Gobernación del Atlántico – Departamento del Atlántico, actúa en el marco de las competencias emanadas de la Ley 91 de 1989, de la Ley 962 de 2005 y del Decreto 2831 de 2005 que establece que dicha dependencia departamental le corresponde el ejercicio de algunas facultades en materia de la recepción y tramite de las solicitudes efectuadas por el personal docente relacionadas con prestaciones sociales, no obstante dichas normas son claras en cuanto a que el pago de las mismas es competencia del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio. Tratándose de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de docentes, esta facultad única y exclusivamente del Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumpliendo las Secretarías de Educación de los entes territoriales un papel meramente administrativo de decisión, pero encontrándose su labor sujeta a lo decidido por la Sociedad Fiduciaria que se encarga del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

1.3.3. Fiduprevisora S.A.

No presentó alegatos finales.

1.3.4. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Dijo, en resumen, que la responsabilidad recae en el ente territorial, quien tiene la obligación de cancelar la sanción moratoria a que tiene derecho la parte actora.

Al respecto, así se manifestó el órgano nacional:

“Respecto al pago de la SANCION MORATORIA para el caso que nos ocupa, se observa en el plenario que la Secretaria de Educación al que se encuentra adscrito el demandante, reconoció las cesantías solicitadas atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal para tal efecto y respetando el derecho de igualdad de que gozan todos los Docentes afiliados al FOMAG- en cuanto a la presentación de las solicitudes, por lo que previamente debió verificar que el peticionario no hubiera presentado solicitud anterior y que el Fondo (Fondo de atención de Prestaciones Sociales del Magisterio) contara con el rubro presupuestal para el pago de dicha prestación.

(...).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00

Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación

*Es decir que, dentro de la puntualización jurídica plasmada con antelación, vislumbra la responsabilidad y obligación de pago de sanción mora del ente territorial, puesto que la solicitud fue presentada el 10 DE JUNIO DE 2014 y de manera extemporánea expidió la Resolución No.741 DEL 1 DE SEPTIEMBRE DE 2014. Es entonces, es loable indicar y teniendo como base la Sentencia de Unificación de 18 de julio de 2018, que para el caso en concreto se solicita que se tenga en cuenta la regla jurisprudencial que cuando el acto de profiere por fuera del término, la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud, por lo tanto, el término que se tenía para pago, otorgados por la norma era hasta el día 22 DE SEPTIEMBRE DE 2014. Que, de acuerdo a lo anterior es de gran importancia su señoría tener en cuenta el certificado de pago de cesantías donde se puede verificar que el mismo fue puesto a disposición desde el 19 DE SEPTIEMBRE DE 2014.
(...)"*

1.4. Concepto del Ministerio Público.

La señora agente del Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

1.5. Trámite procesal.

La demanda fue presentada el 02 de abril de 2019, correspondiendo su conocimiento, previo reparto, a esta agencia judicial, quien en auto de fecha 15 de mayo de 2019 admitió la acción.

Contestada la demanda, del 11 al 13 de mayo de 2022, fueron fijadas en lista las excepciones propuestas.

El 08 de agosto de 2022 se profirió auto en el que se tomaron medidas para dictar sentencia anticipada al encontrarse configurados los requisitos legales para ese efecto. En tal virtud, se prescindió de la realización de audiencia inicial, se incorporaron las pruebas, se fijó el litigio, y se ordenó rendir alegatos de conclusión por escrito.

Vencido el término de traslado para alegar, ingresa el proceso a Despacho para dictarse sentencia.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

El despacho es competente para conocer del presente asunto, al tratarse de una demanda de nulidad y restablecimiento de carácter laboral cuya cuantía no excede a los 50 SMLMV, conforme lo señala el numeral 2° del artículo 155 del CPACA.

2.2. Validez de la actuación

Revisadas las actuaciones procesales, no se observa alguna irregularidad procedimental que conlleve a declarar la invalidez de lo actuado hasta esta instancia procesal.

2.3. Problema jurídico

El problema jurídico en el presente asunto, consiste en lo siguiente:

Determinar si se encuentran configurados los requisitos que permitan pronunciamiento de fondo, entre los que figura la existencia o no de acto ficto negativo frente a la petición de

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00

Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación

reconocimiento y pago de sanción moratoria que aduce la actora presentó en sede administrativa.

Despejado lo anterior, deberá establecerse si tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la sanción moratoria prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, derivada del no pago oportuno de sus cesantías causadas con ocasión de su desempeño como docente.

Finalmente, y de acuerdo a la respuesta que se dé al anterior cuestionamiento, se determinará si el acto acusado se ajusta a derecho, en el marco de los cargos de nulidad propuestos en la demanda y si debiendo o no anularse este, hay lugar al restablecimiento de derechos en los términos pretendidos.

2.4. Tesis

Se sustentará como tesis lo siguiente:

- Debe declararse configurado acto ficto que resolvió desfavorablemente la petición que presentó en sede administrativa la parte actora, con la cual deprecó reconocimiento y pago de sanción moratoria.
- Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la sanción moratoria prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, derivada del no pago oportuno de sus cesantías causadas con ocasión de su desempeño como docente, en atención a que no fueron consignadas las cesantías solicitadas por la parte actora, dentro del término legal establecido para ese efecto.
- En consecuencia, se sostendrá que el acto administrativo acusado está inmerso en causal de nulidad que justifica su anulación y la orden de restablecimiento del derecho.

2.5. Marco jurídico

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo y que se reconoce, de manera parcial cuando se dan los supuestos fácticos que originan el derecho a ella o en forma definitiva luego del retiro del servicio, siendo su oportuno pago, en ambos eventos, asunto de trascendencia constitucional.

En armonía con lo anterior, está decantado que, el incumplimiento de los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías, parciales o definitivas, da lugar a la imposición de una sanción moratoria con sujeción a lo dispuesto especialmente en los artículos 1 y 2 de la ley 244 de 1995 y 1º a 6º de la ley 1071 de 2006, normas que se cita como fundamentos del presente fallo.

Al respecto el Consejo de Estado¹ al referirse a esa normatividad ha dicho lo siguiente:

¹ Sentencia de la sala plena de fecha 27 de marzo de 2007, expediente No. 2777-2004, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00

Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación

- ✓ Las cesantías se cancelan con carácter definitivo al servidor público al término de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas; o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese.
- ✓ La liquidación de la cesantía definitiva o parcial debe estar contenida en acto administrativo originado en la petición del interesado.
- ✓ La petición del interesado se debe resolver por la entidad dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a su presentación.
- ✓ La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de la ley 244 de 1995, es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, por ello, la primera cuenta con un término máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, para hacer efectiva la prestación liquidada, so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

Asimismo, cita el despacho las sentencias C-486 de 2016, SU- 336 de 2017, SU332 de 2019 de la Corte Constitucional y los fundamentos normativos analizados en la sentencia dictada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, siendo Magistrada Ponente la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en fecha 18 de julio de 2018, expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18, dentro de proceso promovido a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en el que fungió como demandante el señor Jorge Luis Ospina Cardona y como demandado la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima, providencia última en la que con carácter de unificación, se sentaron las siguientes reglas jurisprudenciales, a las que se sujetará el análisis del caso concreto:

- 1) Al 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.
- 2) 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.
- 3) 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 los artículos 68 y 69 CPACA, 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. 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.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00

Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación

4) 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.

5) 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.

6) Es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA sobre el ajuste de valor de las condenas. En ese sentido, se reiteró el criterio fijado en providencia del 17 de noviembre de 2016 del H. Consejo de Estado – sección segunda – sub sección A., expediente con número interno: 1520-2014, demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz, consejero ponente William Hernández Gómez, conforme al cual no resulta procedente el ajuste de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, porque se entiende *“que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria”*.

2.6. Caso concreto

Con la demanda de la referencia la parte actora pretende esencialmente lo siguiente:

Se declare la existencia y nulidad de acto ficto configurado frente a reclamación administrativa presentada el día 16 de noviembre de 2016, en cuanto le negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria de cesantías establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo.

Como restablecimiento del derecho, y consecuentemente a la declaración de nulidad, solicita la parte actora que se condene a las entidades demandadas, al pago de *“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 ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma”*.

Para el **demandante**, le asiste el derecho al reconocimiento de las cesantías que persigue, con aplicación de los siguientes artículos: 5º y 15 de la Ley 91 de 1989; 1º y 2º de la Ley 244 de 1995 y 4º y 5º de la ley 1071 de 2006; así como del Decreto 2831 de 2005.

En contraposición a lo anterior, la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando, en resumen y esencia, lo siguiente:

(i) El ente territorial emitió la resolución de reconocimiento de las cesantías por fuera del término legal para ello, razón por la cual es responsable por el retardo y no la entidad pagadora.

(ii) Actualmente el trámite del pago de la sanción moratoria se encuentra pendiente de estudio.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00

Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación

(iii) La indexación de la condena, y en lo referente a la indexación por sanción moratoria, son incompatibles con la sanción por mora.

El Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación y Fiduprevisora S.A., no contestaron la demanda.

Plasmados los extremos litigiosos, se enlistarán los medios de convicción que se destacan del expediente, para con apoyo en ello y las consideraciones precedentes, continuar la solución de fondo de este asunto.

2.6.1. Hechos probados

Se encuentran demostrados relevantemente, los siguientes hechos:

1. La existencia de vínculo entre las partes no es objeto de discusión, siendo afirmado este hecho sin oposición alguna y teniendo incluso, soporte documental, por ejemplo, en nómina de pago anexada a la demanda, expedida por la Secretaría de Educación Departamental en favor de la parte actora y en virtud de su cargo de docente.
2. El 10 de junio de 2014, la parte actora, solicitó en sede administrativa, el reconocimiento y pago de cesantía.
3. El 01 de septiembre de 2014, fue expedida Resolución que reconoció la cesantía deprecada.
4. El 16 de diciembre de 2014 fueron pagadas a la parte actora, las aludidas cesantías.
5. El 16 de noviembre de 2016, la parte actora presentó reclamación administrativa, deprecando lo siguiente:

"PRIMERO: Se ordene el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 1071 de 2006 mi mandante equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía parcial y/o definitiva ante esta entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

SEGUNDO: Que sobre el monto de la SANCIÓN POR MORA se ordene el reconocimiento de la respectiva indexación hasta la fecha en que se efectúe el pago de esta obligación a cargo de esta entidad, por haber quedado esta sanción estática y devaluada en el tiempo".

6. La reclamación anterior no fue resuelta por la administración, en tanto guardó absoluto silencio frente a ella.

2.6.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico planteado

2.6.2.1. Configuración de acto ficto negativo.

La Ley 1437 de 2011, en su artículo 83, cuando regula la figura del silencio negativo, prescribe que *"Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa".*

*Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00
 Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona
 Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y
 Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación*

Tenía entonces la administración el término de 3 meses, para emitir decisión expresa que resolviera la reclamación presentada por la parte actora, so pena de entenderse dicha decisión como negativa para las pretensiones de la reclamación.

Pues bien, en el acápite anterior donde se enlistaron los hechos relevantemente demostrados, se evidenció que, frente a la reclamación administrativa, la entidad pública guardó absoluto silencio, configurándose entonces un acto administrativo ficto negativo, cuya existencia se declarará en la parte resolutive de esta sentencia, para dar mayor alcance a esta providencia y aplicar una técnica judicial más descriptiva, que le brinde mayor claridad a la impartición de justicia.

2.6.2.2. Ocurrencia de la mora.

Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial unificado expuesto en el marco jurídico, a los docentes le 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.

Ahora bien, de acuerdo con los elementos de prueba aportados al proceso, se encuentra acreditado que la administración incurrió en un retardo en el reconocimiento de las cesantías parciales del demandante, toda vez que el acto de liquidación de la aludida prestación social no fue expedido dentro del término de 15 días previsto en el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, en tanto el actor radicó la petición el 16 de noviembre de 2016, de manera que el plazo venció el 09 de diciembre de 2016.

Conforme a lo expuesto, dado que la resolución no se profirió dentro de la oportunidad legal, se aplicará la regla jurisprudencial fijada en la Sentencia de Unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado², relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, según la cual la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

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

- Fecha reclamación cesantías parciales: 10 de junio de 2014.
- Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 31 de julio de 2014.
- Vencimiento término de ejecutoria: (10 días) 15 de agosto de 2014.
- Vencimiento término para efectuar el pago:(45 días) 21 de octubre de 2014.
- Fecha de reconocimiento: 01 de septiembre de 2014.
- Fecha de pago: 16 de diciembre de 2014.

Período de mora: desde el 22 de octubre hasta el 15 de diciembre de 2014, equivalente a cincuenta y cinco (55) días de mora.

² Expediente radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jorge Luis Ospina Cardona contra La Nación — Ministerio de Educación Nacional — FOMAG y Departamento del Tolima

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00

Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación

En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción, como se expuso en precedencia, se aplica la regla fijada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018, y por ende, será la vigente al momento de la causación de la mora, esto es, la devengada en el año 2014.

3.5.2.1. Sobre la petición de actualización de la suma reconocida por concepto de sanción moratoria.

Solicita la parte actora en su demanda se reconozca el pago de los intereses moratorios correspondientes, así como la actualización de las sumas que resulten deberse por concepto de sanción moratoria.

Al respecto, ha de advertirse que según lo considerado por el Consejo de Estado³ en su decantada jurisprudencia, no hay lugar a ordenar los ajustes de valor de acuerdo al IPC en los casos de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contemplado en la Ley 1071 de 2006, debido a que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria toda vez que constituiría una doble penalidad. Sobre el particular, es pertinente traer a colación la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda de esa Corporación en este punto, a saber:

"(...) Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C448 de 1996, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria, sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995(...)"⁴

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria. (...)"

En ese entendido, es claro que, la indexación solicitada por la parte actora no es procedente en este asunto.

Así, como restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago por parte de la demandada, **desde el 22 de octubre hasta el 15 de diciembre de 2014, equivalente a cincuenta y cinco (55) días de mora**, sin lugar a la actualización de la misma, conforme a lo expuesto.

³ Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia 0-032-2016 de 17 de noviembre de 2016 proferida dentro del expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01 Número Interno: 1520-2014, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz contra Nación — Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Revoca ordinal tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda y niega indexación.

⁴ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3.º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: "Así, el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...). En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella" (Resaltado no es del texto original).

*Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00*

Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

*Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y
Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación*

3.6. Conclusiones.

De conformidad con lo expuesto, el acto administrativo demandando se encuentra viciado de nulidad, por infracción a las normas en que debió fundarse.

Entonces, se declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto acusado, y se ordenará el reconocimiento y pago por parte de la demandada Nación Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, de la sanción moratoria, en los términos enunciados en el acápite anterior.

3.7. Condena en Costas

Sobre este punto se aplicará el inciso segundo del artículo 188 del CPACA y el numeral 8 del artículo 365 del CGP que facultan, respectivamente, la imposición de este tipo de condena cuando la demanda fuere interpuesta con manifiesta carencia de fundamento legal y/o cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Por tanto, el despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida toda vez que no logra constatar que la demanda fuera interpuesta con manifiesta carencia de fundamento legal y también porque no hay constancia dentro del expediente de gastos que imponga el reconocimiento de costas a favor de la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Sexto (06) Administrativo Oral de Barranquilla**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero: Declarar la existencia del acto ficto negativo, configurado por el silencio de la administración, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria de cesantías que presentó la parte actora. Ello, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo: Declarar la nulidad del acto ficto negativo demandado, configurado por el silencio de la administración, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria de cesantías que presentó la parte actora. Ello, de acuerdo a lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación — Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago a favor de la parte actora, de un día de salario por cada día de retardo, **desde el 22 de octubre hasta el 15 de diciembre de 2014, equivalente a cincuenta y cinco (55) días de mora**, por concepto de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, liquidable con base en la asignación básica mensual devengada para el año 2014 por la parte accionante. Ello, conforme a las consideraciones de esta sentencia.

Cuarto: Negar las demás súplicas de la demanda.

Quinto: Sin costas en esta instancia.

Sexto: Notificar a las partes a través del medio instituido por la Ley.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 08001-3333-006-2019-00085-00

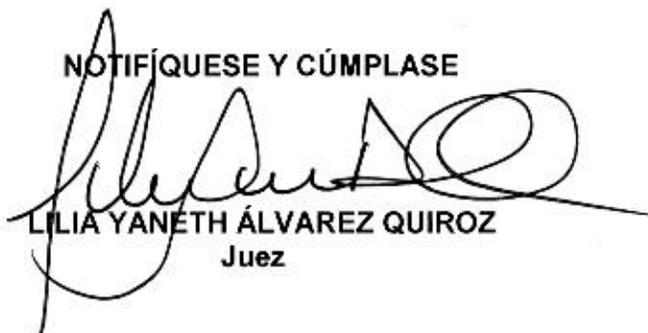
Demandante: Graciela Elena de Jesús Mercado Corona

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Atlántico – Secretaría de Educación

Séptimo: Notificar personalmente esta providencia a la señora delegada del Ministerio Público ante este Juzgado.

Octavo: Por secretaría infórmese en su oportunidad si contra la presente sentencia se interpone recurso de apelación y una vez ejecutoriada, archívese el expediente físico y electrónico, verificándose que todas las actuaciones surtidas, estén registradas en el sistema SAMAI y en los registros internos del juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Juez

JP