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

Barranquilla D.E.I.P., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veinte (2020).-

Radicado	08-001-3333-006-**2018-00454**-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante	Álvaro Luis Villanueva González
Demandado	Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Fomag - Departamento del Atlántico
Jueza	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral instaurada, a través de apoderado judicial, por el señor Álvaro Luis Villanueva González contra Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Fomag- Departamento del Atlántico.

II.- ANTECEDENTES.

2.1 Pretensiones.

-. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado respecto de la petición formulada el 3 de abril de 2018 radicado SAC 2018PQR5450, por medio del cual se denegó al demandante el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías, de conformidad a lo consagrado por la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006. Cesantías parciales que fueron reconocidas mediante Resolución No. 1256 del 28 de diciembre de 2017.

-. Que como consecuencia de tal declaración, a título de restablecimiento del derecho se reconozca y ordene el pago de la Indemnización moratoria por el no reconocimiento y pago oportuno de la cesantía parcial reconocida mediante Resolución No. 1256 del 28 de diciembre de 2017, condenando a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo, Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por moratorios por un total de 35 días, a razón de un (1) día 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 ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en los artículos 192 a 195 de la ley 1737 de 2011

-. Condenar en constas y agencias en derecho a la entidad demandada.

2.2. Hechos.

El demandante señala los siguientes presupuestos fácticos:

1. El señor Álvaro Luis Villanueva González, presentó solicitud radicada bajo el No. 2017PQR18869 de fecha 08/11/2017 ante la Secretaria de Educación del Departamento del Atlántico, para el reconocimiento y pago de cesantías parciales.

2. Dicha prestación fue reconocida por la Secretaria de Educación del Departamento del Atlántico a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante resolución No. 1256 del 28 de diciembre de 2017, teniendo el año 2017 como salario base la suma de $ 4.018.018.00 y a través de una entidad financiera. Siendo notificada 11 de enero de 2018.

3. El día 28 de marzo de 2018 se hizo el pago efectivo de las cesantías definitivas mediante consignación bancaria en el banco BBVA. Se precisa que el actor radicó la solicitud de cesantías el día 8 de noviembre de 2017 siendo el plazo para cancelarlas el día 21 de febrero de 2018 (70 días hábiles), pero su pago solo se realizó el día 28 de marzo de 2018 por lo que transcurrieron 35 días de mora calendario), 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.

4. El día 3 de abril de 2018 el actor presentó solicitud de reconocimiento y pago de la mencionada indemnización moratoria, con radicado 2018PQR5450. Sin recibir respuesta alguna

2.3. Normas violadas.

La parte actora señala como normas violadas la Ley 244 de 1995. Artículos 1 y 2. Ley 1071 de 2006 Artículos 4 y 5.

2**.4. Posición de las partes.**

2.4.1 Demandante

La parte actora sostiene que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, *"mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, conformado por los 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder al pago al servidor, una vez expedido el acto administrativo de reconocimiento"*.

En tal sentido, asegura que la entidad no está cumpliendo dichos plazos, pese a que en forma reiterada el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha establecido que entre el reconocimiento y pago de las cesantías (parcial o definitiva) no debe superarse el término de 70 días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud, motivo por el cual estima debe ser condenada al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada.

Reafirma lo expuesto, trayendo a colación sentencias del Consejo de Estado – Sección Segunda, relacionada con el tema en estudio.

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

Una vez notificada del auto admisorio, la entidad Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, No contestó la demanda.

2.4.3. Departamento del Atlántico

Manifiesta el apoderado del Departamento del Atlántico que, que el régimen prestacional especial de los docentes, se encuentra exceptuado de la normatividad legal ordinaria aplicable a los demás servidores públicos. Pues así lo ha determinado la jurisprudencia (sentencia del 14 de abril de 2010 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado), en el sentido de que la Ley 91 de 1989 norma que regula de manera especial el pago de las cesantías de los docentes del sector público se aplica de manera prevalente a la Ley 1071 de 2006, así esta última norma sea posterior, por cuanto la ley especial regula una materia concreta respecto al pago de las cesantías para los docentes. Por ello la disposición legal de carácter general regulada por la Ley 1071 de 2006 no se hace extensiva para los docentes del sector público.

En virtud de lo anterior resulta inaplicable la sanción o indemnización moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, por cuanto no se dio la mora aducida por la reclamante, teniendo en cuenta que el pago se realizó dentro de los turnos de disponibilidad presupuestal y el cronograma establecidos con los bancos en virtud de lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 344 de 1995 y acuerdo 034 de 1998 emanado del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y además como se advirtió no es aplicable esta normatividad al régimen especial de los docentes.

Presentó como excepción falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda fue presentada el 21 de noviembre de 2018[1] ante la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de esta ciudad, siendo asignada por reparto a este estrado judicial.

Por auto de 13 de diciembre de 2018[2] fue admitida la demanda. Notificado el auto admisorio en debida forma las entidades demandadas. Vencido el término de traslado y surtido el trámite de las excepciones con su correspondiente traslado, fue señalada fecha y hora para el desarrollo de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. a través de proveído de 20 de febrero de 2020[3].

Mediante el Decreto 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección social, declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional y en razón a ello, el Consejo Superior de la Judicatura para garantizar la salud de servidores y usuarios del servicio de Administración de Justicia, como medida de prevención expidió el Acuerdo No. PCSJA 20-11517 de 2020, en el cual se ordenó la suspensión de términos judiciales a partir del 16 marzo de 2020. Suspensión que fue prorrogada hasta la expedición del Acuerdo PCSJA20-11581, en el cual se dispuso el levantamiento de los términos judiciales y administrativos a partir del 1° de julio de 2020.

Asimismo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 806 de 2020 por medio del cual se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y dispuso en su artículo 12 que, entratándose de procesos

[1] Archivo 01- Demanda y 05- Hoja de Reparto del expediente digitalizado.
[2] Archivo 06 admisión del expediente digitalizado
[3] Archivo 11 fija fecha audiencia del expediente digitalizado.

que cursan trámite en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el juzgador se encuentra actualmente facultado antes de la audiencia inicial, para dictar sentencia anticipada cuando se trate de asuntos de puro derecho o en aquellos donde no fuere necesario la práctica de pruebas, siendo necesario previamente correr traslado a las partes para alegar por escrito.

En razón a lo anterior, mediante auto de fecha 5 de agosto de 2020 se ordenó la presentación de alegatos, por el término de diez (10) días. Término que se encuentra vencido.

IV. ALEGACIONES

4.1 Nación-Ministerio de Educación- FOMAG:

Manifestó que, no es procedente acceder a la actualización de la sanción moratoria, que ante el eventual escenario de una condena en contra de la entidad, no puede accederse a las pretensiones en los términos deprecados en el líbelo introductorio de este medio de control, si se considera que conforme a las documentales allegadas se acredita que el retardo en el pago de las cesantías no corresponde a lo pretendido por la parte actora.

4.2 Concepto del Ministerio Público.

No emitió concepto.

V. CUESTIÓN PREVIA O EXCEPCIONES

El apoderado del Departamento del Atlántico propuso como excepción de las enlistadas como excepción previas la *falta de legitimación por pasiva*, aduciendo que el ente territorial carece 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. Con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado señala que el Departamento del Atlántico no es el obligado a satisfacer las pretensiones del demandante, porque tratándose del reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los docentes, la facultad la tiene el Ministerio de Educación Nacional y el FOMAG.

Conforme al artículo 56 de la Ley 962 de 2005, las prestaciones sociales de los docentes oficiales son reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual, en todo caso, debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre

vinculado el docente. Lo anterior, no implica que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio carezca de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

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

Sin embargo, y aun cuando el ente territorial y la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, corresponde únicamente a éste último, mediante de la Secretaría de Educación del ente territorial respectivo, la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación solicitada, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

De lo anterior se colige que a las Secretarías de Educación de los entes territoriales demandadas, se les confían la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue el reconocimiento y pago de la prestación social en reclamo, decisión administrativa que con posterioridad deberá aprobar o improbar la entidad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones, por lo tanto, la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, en el presente proceso no se encuentran legitimada para ser demandada, al no ser el llamado a responder, careciendo de legitimación en la causa procesal por pasiva, por lo tanto así se dispondrá.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente asunto, le corresponderá al Juzgado si a los docentes oficiales regidos por la Ley 91 de 1989[4], les es aplicable la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006[5], que regula los términos correspondientes al pago oportuno de cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos y por lo tanto, si son éstos son acreedores del pago generado por el reconocimiento de la sanción mora establecida, debido al incumplimiento en los términos allí dispuestos para el pago de la cesantías. En caso positivo, si se deben reconocer 35 días por concepto de mora por el retardo en el pago de las cesantías que reclama el actor, asimismo se estudiará si ocurrió el fenómeno de la prescripción.

VII. TESIS

El Despacho sostendrá como tesis en el presente proceso que, la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 si es aplicable a los docentes por lo que si corresponde al FOMAG reconocer sanción mora cuando se evidencia retardo en el pago de sus cesantía. Por lo tanto el término para el pago de éstas no puede exceder de los 70 días desde la solicitud de reconocimiento. Constituyéndose en el caso un retardo en el pago de las cesantías de 27 días, por parte de la entidad demandada. Tal como se sustentará seguidamente.

VII. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

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

> ***"Artículo 1º.-*** *Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.*
>
> ***Parágrafo.-*** *En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al 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.*

---

[4]« Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»
[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 disposición.»**

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

La anterior disposición normativa, fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006[6], que en su artículo 2º, precisó su ámbito de aplicación así:

> ***"Artículo 2. Ámbito de aplicación****. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro".*

De igual manera, la Ley en comento hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de los servidores públicos. Dice la norma:

> *"**Artículo 4°.** Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*
> ***Parágrafo.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*
> *Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*
> ***Artículo 5°.** Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un **plazo máximo** de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*
>
> ***Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo****. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este".* (Se resalta).

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

---

[6] 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

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 acarrean 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 administración[7].

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con el objeto de definir la naturaleza jurídica de los docentes oficiales, dictó la sentencia SUJ-012-S2[8], a través de la cual unificó jurisprudencia para señalar que a los docentes oficiales les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional en las sentencias C-741 de 2012 y SU-336 de 2017. Así mismo quedó señalado que la tesis expuesta dicha sentencia, es de obligatorio acatamiento para los trámites pendientes de resolver, debiéndose aplicar de manera retrospectiva a todos los casos a la espera de decisión tanto en vía administrativa como judicial.

De otro lado, en lo que atañe al momento a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria, la Sección Segunda del Consejo de Estado[9], unificó jurisprudencia para señalar que en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, deben observarse las reglas que a continuación se enuncian:

> *"i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

---

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

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena Sección Segunda, Sentencia de unificación por Importancia jurídica SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En dicha sentencia se unificó jurisprudencia sobre los siguientes puntos: i) La naturaleza del empleo docente y la aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial; ii) La exigibilidad de la sanción moratoria; iii) El salario base de liquidación de la sanción moratoria; y iv) La compatibilidad de la sanción moratoria con la indexación.
Selaño: *los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter* ***restrictivo*** *encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de* ***empleados públicos,*** *establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley*

[9] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena Sección Segunda, Sentencia de unificación por Importancia jurídica SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. En dicha sentencia se unificó jurisprudencia sobre los siguientes puntos: i) La naturaleza del empleo docente y la aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial; ii) La exigibilidad de la sanción moratoria; iii) El salario base de liquidación de la sanción moratoria; y iv) La compatibilidad de la sanción moratoria con la indexación.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto."

En este punto de la providencia, resulta pertinente señalar que frente al salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria, la Sección Segunda del Consejo de Estado[10], en la Sentencia de Unificación referenciada se ocupó del tema en cuestión, precisando que la postura fijada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, en tanto el salario base de liquidación para la sanción moratoria en la consignación tardía de las cesantías de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, se mantiene incólume; estableciendo además que respecto de la penalidad originada en el retardo o pago tardío de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos en aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus complementarias, debe observarse lo siguiente regla jurisprudencial:

"3.5.3 (…) tratándose de ***cesantías definitivas****, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las* ***cesantías parciales,*** *donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo."* (Se destaca)

IX. CASO CONCRETO

9.1 Hechos probados

1.- Las cesantías parciales solicitadas por el actor el 24 de noviembre de 2017, fueron reconocidas mediante resolución No. 1256 de 2017 notificada el 11 de enero de 2018

2.- El pago de la cesantías se realizó el 28 de marzo de 2018 por conducto del banco BBVA, por el valor de $ 13.589.772.oo

3.- Que el 3 de abril de 2018 presento solicitud de reconocimiento y pago de indemnización moratoria por el no reconocimiento y pago oportuno de las cesantías

[10] Expediente radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jorge Luís Ospina Cardona contra La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y epartamento del Tolima.

9.2 Análisis de las pruebas en el caso concreto

Pues bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial unificado expuesto en párrafos precedentes, según el cual *"**a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006**, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos"*, y de acuerdo con los elementos de prueba aportados al proceso, se encuentra acreditado que la administración incurrió en un retardo en el reconocimiento de las cesantías parciales, toda vez que el acto de liquidación de la aludida prestación social fue expedido fuera del término de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, en tanto la actora radicó la petición el **24 de noviembre de 2017,** de manera que el plazo venció el **18 de diciembre de 2017** y la entidad expidió la Resolución No1256 el 28 de diciembre de 2017 y efectuó el pago el **28 de marzo de 2018.**

Conforme a lo expuesto, dado que la resolución no se profirió dentro de la oportunidad legal, el Despacho aplicará la regla jurisprudencial fijada en la Sentencia de Unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado[11], 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 del demandante, los términos transcurrieron como pasa a exponerse a continuación:

Fecha reclamación cesantías parciales: 24 de noviembre de 2017
Vencimiento término para reconocimiento (15 días): 18 de diciembre de 2017
Vencimiento término de ejecutoria: 3 de enero de 2018
Vencimiento término para efectuar el pago: 1 de marzo de 2018
Fecha de reconocimiento: 28 de diciembre de 2017
Fecha de pago: 28 de marzo de 2018

Período de mora: desde de 1° de marzo de 2018 hasta el 27 de marzo de 2018, equivalente a **27 días.**

En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción, como se expuso en

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

precedencia, se aplica la regla fijada en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 calendada 18 de julio de 2018[12], y por ende, será la vigente al momento de la causación de la mora, esto es, la devengada en el año **2018.**

De conformidad con lo expuesto, para este Despacho el acto ficto administrativo generado por la no respuesta de la petición de fecha 3 de abril de 2018, 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 parciales, sin lugar a la actualización de la misma, como se ha establecido previamente.

De otra parte el apoderado del demandante mediante memorial recibido el 20 de agosto de 2020, manifiesta al Despacho que el 15 de febrero de 2019 el señor Álvaro Luis Villanueva González recibió el valor de $1.335.373.oo de parte de FIDUPREVISORA, sin determinar la procedencia del mismo, por lo que solicita que si éste valor corresponde a las pretensiones del presente proceso sea aplicado como pago parcial.

En esa medida se dispondrá que si la entidad demandada ha efectuado pagos por concepto de sanción moratoria, al momento de dar cumplimiento a la presente sentencia, proceda aplicar dichos abonos en la liquidación de la misma.

X. COSTAS.

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

XI- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

[12] Ibídem 19.

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento del Atlántico conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad la nulidad del acto ficto configurado respecto de la petición formulada el 3 de abril de 2018, por medio del cual se denegó al señor Álvaro Luis Villanueva González, el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías, de conformidad a lo consagrado por la Ley 1071 de 2006, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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 parciales señor Álvaro Luis Villanueva González, a razón de un día de salario por cada día de retardo, esto es 27 días, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones.

Si al momento de dar cumplimiento a la presente sentencia, la entidad demandada ha realizado pagos por concepto de sanción moratoria, debe aplicar dichos pagos en la liquidación de la misma.

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

LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

P/KS.