

	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI
Cali	veintidós (22) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

SENTENCIA No. 027

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	SANDRA MILENA CAMPO
ACCIONADA	FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG
VINCULADA	MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
RADICADO	76001-33-33-009-2017-0093-00

1. ANTECEDENTES DE LA DEMANDA

1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:

Actuando por conducto de apoderado judicial, la señora **Sandra Milena Campo**, promueve en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la **Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo ficto presunto negativo surgido como consecuencia de la petición presentada el día 19 de septiembre de 2016.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad accionada, al reconocimiento y pago a favor de la demandante, de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías reconocidas, contados a partir del vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de pago de las cesantías y hasta cuando se hizo efectivo el pago de dicha prestación.

Como argumentos de orden fáctico, expuso que de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** se le asignó como competencia el pago de las cesantías reconocidas a favor de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial, motivo por el cual considera que la actora, en calidad de docente afiliada al mentado Fondo, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas a través de la Resolución No. 4143.0.21.710 del 5 de febrero de 2014.

En este sentido, señaló que el día 18 de noviembre de 2013, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales y, la entidad accionada mediante la resolución en comento procedió a efectuar el reconocimiento, pero el pago se realizó sólo hasta el día 28 de abril de 2014; por lo que en su sentir, la entidad tardó 60 días en cancelar sus cesantías y, por ende tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, de un (1) día de salario por cada día de retardo.

1.2.-Fundamentos de derecho de las pretensiones:

A partir de los hechos puestos de presente y con el fin de sacar adelante sus pretensiones, la parte demandante manifestó que con el actuar de la administración se desconoció lo previsto en los artículos 5º, 9º y 15 de la Ley 91 de 1989, los artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995, los artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006 y el Decreto 2831 de 2005 y, finalmente hizo referencia a los apartes jurisprudenciales dictados por el Consejo de Estado, relativos al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de los docentes del sector oficial.

1.3 Alegatos de conclusión:

En el término concedido para tal efecto, el apoderado judicial de la parte demandante reafirmó los argumentos esgrimidos en el libelo inicial y solicitó que se tengan en cuenta las sentencias del Consejo de Estado, IJ-02513 del 27 de marzo de 2007 y la del 8 de abril de 2010¹.

2. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y VINCULADA

2.1. Contestación de la demanda:

2.1.1. Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – FOMAG.

Contestó oportunamente la demanda², a través de apoderada judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y al respecto expuso que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, en primer lugar, porque el régimen especial de los docentes consagrado en la Ley 91 de 1989, modificada por la Ley 812 de 2003, no contempla este tipo de sanción y, en segundo lugar, porque el pago de las cesantías de los docentes oficiales está sujeto a la disponibilidad y turno presupuestal.

En este orden de ideas, señaló que el Decreto 2831 de 2005, por medio del cual se reglamentó el inciso 2º del artículo 3º, el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispuso el procedimiento que se debe adelantar para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, en el cual se determinan claramente las etapas, términos y demás formalidades para este efecto, motivo por el cual aduce que el trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones sociales no pueden sujetarse a un procedimiento distinto, tal como lo pretende la parte actora, toda vez que en el caso específico el artículo 15 de la ley 91 de 1989, es la norma que le impone al Fondo la obligación especial de realizar dicho pago, por lo que este trámite especial debe prevalecer por ser una norma especial y, en razón a que difiere del procedimiento establecido en el artículo 4º de la Ley 1071 de 2006.

De manera que, al no estar consagrado el pago de la sanción moratoria en el Decreto 2831 de 2005, no puede proceder su reconocimiento a favor de los

¹ Folios 138 a 141 del expediente.

² Folios 62 a 70 del expediente.

docentes oficiales, ni hacerse extensiva la Ley 1071 de 2006 al trámite impartido por el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Igualmente, la apoderada judicial de la entidad accionada, argumentó que el numeral 3º del artículo 165 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de los docentes oficiales, determinó que el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, es el único habilitado para la liquidación y pago de las cesantías, lo cual excluye la aplicación del régimen de liquidación de cesantías previsto en las normas generales consagradas en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996, 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Finalmente, propuso como excepciones las denominadas: *"inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley, pago de la obligación contenida en el acto administrativo y prescripción"*.

2.1.2. Alegatos de conclusión:

Dentro del término otorgado para ello, guardó silencio.

2.2. Parte vinculada de Oficio:

2.2.1. Contestación de la demanda:

El **Municipio de Santiago de Cali**, a través de apoderada judicial, contestó oportunamente la demanda³, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; en tal virtud, hizo alusión a la normatividad que se aplica al régimen especial de los docentes oficiales, para así concluir que las normas que regulan el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente oficial, a saber las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, no establecieron el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, motivo por el cual considera que no hay lugar a aplicar los preceptos normativos consagrados en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, toda vez que con ello se desnaturalizaría la razón de ser de los regímenes especiales, los cuales nacieron para otorgar unas prerrogativas especiales a quienes por su condición gozan de ellos.

Como consecuencia de lo anterior, propuso como excepciones las denominadas: *"falta de legitimación en la causa por pasiva", "cobro de no lo debido" y "Carencia del derecho"*.

2.2.2. Alegatos de conclusión:

En el término concedido para tal efecto, la apoderada judicial de la entidad vinculada se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitó que se declare la falta de legitimación de la entidad territorial, como quiera que no es la entidad encargada del pago de la sanción moratoria reclamada.

³ Folios 86 a 99 del expediente.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

3.1. Problema jurídico planteado:

El problema jurídico se circunscribe a determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo surgido como consecuencia de la petición presentada el día 19 de septiembre de 2016 y, en consecuencia debe establecerse si la señora **Sandra Milena Mera Campo** tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías definitivas reconocidas mediante la Resolución No. 4143.0.21.710 del 5 de febrero de 2014.

3.2. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso:

3.2.1. Sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías:

En principio, es menester indicar que la cesantía constituye una forma de remuneración laboral a favor de los trabajadores, las cuales deben ser canceladas en forma oportuna, en aplicación de lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, motivo por el cual el legislador estableció la sanción moratoria como una penalización económica que tiene por objeto resarcir los daños que se causen por el incumplimiento en el pago de las cesantías.

Al respecto, se tiene que la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, dispuso el reconocimiento y pago de una sanción en caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, hasta la fecha en que se acredite el pago efectivo de la prestación y, en lo que corresponde a los términos otorgados para proceder al reconocimiento y pago de las cesantías, se tiene que la norma en mención en sus artículos 1º y 2º, dispuso lo siguiente:

"Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley. (...).

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

Parágrafo. - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. 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".

A partir de lo anterior, el artículo 3º de la norma en comentario, estableció que los organismos de control del Estado deben velar por el cumplimiento de los términos de pago señalados en dicha Ley; ello en atención a que el trabajador no tiene por

qué soportar las consecuencias de la ineficacia de las autoridades, tal como lo indicó la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996.

En este mismo sentido, se pronunció la Sala Plena del Consejo de Estado mediante providencia fechada el 27 de marzo de 2007⁴, en donde sostuvo que: *"la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores"*.

Ahora bien, la norma antes referida fue modificada y adicionada con la expedición de la Ley 1071 de 2006, la cual extendió el reconocimiento de dicha sanción en el caso de las cesantías definitivas, reiterando los mismos términos establecidos en la Ley 244 de 1995, en cuanto al tiempo con el que cuenta la administración para efectuar el reconocimiento y pago de la mentada prestación, así como el valor de la mora a la que habrá lugar en caso de retardo en la cancelación de la misma.

Así las cosas, es del caso señalar que en lo que corresponde a la forma en que deben contabilizarse los términos para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia fechada el 27 de marzo de 2007⁵, expuso lo siguiente:

"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 (...)".

Con posterioridad, el órgano de cierre unificó su jurisprudencia y precisó el momento a partir del cual se haría exigible la sanción moratoria en el evento en el que la administración guardara silencio frente a la solicitud de reconocimiento de cesantías ya fueran parciales o definitivas, o se pronunciara de manera tardía a dicha petición, fijando el siguiente criterio⁶:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

⁴ Sentencia de 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.
⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Consejero Ponente: doctor Jesús María Lemus Bustamante, Número Interno 2777-2004, demandante José Bolívar Caicedo Ruíz.
⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá D.C. 18 de julio de 2018. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018. Exp. 4691-2015.

ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ⁷	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

3.2.2. Aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al personal docente oficial:

Teniendo en cuenta que los docentes afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** se encuentran cobijados por el régimen especial consagrado en la Ley 91 de 1989, resulta importante destacar que de la lectura del artículo 15 de la norma en cita, se deduce que respecto de las cesantías del sector docente existe un ordenamiento especial que regula la materia y que los separa en dos grupos para efectos de su reconocimiento. El primer grupo está conformado por los docentes nacionalizados⁸ y vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y se caracteriza por estar sometido al régimen retroactivo, y el segundo, por los maestros que se vincularon a partir del 1º de enero de 1990 y los docentes nacionales vinculados con posterioridad a esa fecha, quienes tienen derecho al reconocimiento anualizado de las cesantías sin retroactividad y al pago de un interés anual que debe aplicarse sobre el saldo existente para el 31 de diciembre de cada año.

Adicional a lo anterior, se colige que el régimen especial del personal docente no contempló sanción alguna por mora en el pago de las cesantías previamente reconocidas de manera parcial o definitiva por el **Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio**, por lo que puede decirse en principio, que los docentes no tienen derecho a su reconocimiento.

⁷ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

⁸ De conformidad con el numeral 2º del artículo 1º de la Ley 91 de 1989, los docentes nacionalizados son los vinculados por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976, y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975.

No obstante, es menester indicar que en los términos del artículo 1º de la Ley 1071 de 2006, dicha ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación y, el artículo 2º ibídem señaló los destinatarios de la norma, así: *"son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro"*.

En este sentido, de la interpretación armónica de los artículos 1º y 2º de la Ley 1071 de 2006, se logra determinar que la finalidad perseguida por el Legislador fue la de reglamentar el reconocimiento y pago oportuno de la cesantías parciales y definitivas para todo servidor público, y por tanto, puede inferirse que los docentes afiliados al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** deben considerarse como destinatarios de la misma, como quiera que ostentan la calidad de servidores y empleados públicos, de acuerdo con lo previsto en los artículos 123 y 125 de la Constitución Política.

Si alguna duda hubiere al respecto, es importante precisar que en los términos del artículo 105 de la Ley 115 de 1994, los maestros deben ser catalogados como empleados públicos, en la medida en que deben superar un concurso de méritos para que sean vinculados a través de un nombramiento realizado por Decreto, y en ese orden de ideas, como servidores públicos.

Merced a lo expuesto es claro, que los docentes públicos tienen derecho a la penalidad contemplada en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, en razón a que el objetivo principal de esta norma, fue regular el tema relacionado con el reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, al igual que su cancelación oportuna, sin hacer salvedad alguna sobre sus destinatarios y el tipo de cesantía reconocido (con y sin retroactividad), por lo que una interpretación contraria, desconocería los principios superiores de igualdad de trato y de favorabilidad.

Así mismo debe decirse, que si bien los docentes cuentan con un régimen especial sobre aspectos prestacionales, de seguridad social, pensionales y relacionados con servicios médico asistenciales que difieren del régimen general, lo cierto es que no resulta acertado que se excluyan de la aplicación de la Ley 1071 de 2006, ya que esta norma fue diseñada con el fin de proteger los derechos de los servidores públicos, amén de que, la misma disposición normativa incluye beneficios más favorables en relación con los concedidos en la norma especial consagrada en la Ley 91 de 1989.

Al respecto, se tiene que la Corte Constitucional en sentencia SU-336 de 2017, al analizar las diferentes posturas que se habían emitido por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, determinó que el régimen contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos es aplicable a los docentes oficiales, como quiera que de esta manera se garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, pues una tardanza o falta en el pago de las cesantías, genera una

afectación para el trabajador que desconoce otras garantías fundamentales y desdibuja el propósito mismo por el cual fueron establecidas a su favor.

Por su parte, el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación sostuvo que:

"(...) 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 oficiales⁹, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley

En este sentido, el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, concluyó que: *"(...) a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995¹⁰ y 1071 de 2006¹¹, 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 Constitucional¹².*

En este orden de ideas y atendiendo el marco normativo y jurisprudencial antes expuesto, el Despacho considera que las disposiciones de la Ley 1071 de 2006, son aplicables al sector docente, debido a que, una posición opuesta conllevaría a que se les someta a un trato desigual e injustificado en relación con los destinatarios del ordenamiento general, amén de que no resulta legítimo, a la luz de la Constitución, excluir a los maestros de los mecanismos de protección previstos en la norma general para todos los servidores públicos frente a la mora en el pago de las cesantías.

3.3. Análisis del caso en concreto:

De acuerdo con las pruebas que obran en el plenario, se tiene acreditado que la señora **Sandra Milena Mera Campo**, mediante derecho de petición fechado el 18 de noviembre de 2013¹³, solicitó ante la entidad accionada el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales por los servicios prestados como docente de la Institución Educativa "TEC. Industrial Donald R. Tafur" de Cali, vinculada como docente del **Municipio de Santiago de Cali**.

En virtud de lo anterior, la Secretaria de Educación del Municipio de Santiago de Cali, mediante la Resolución No. 4143.0.21.710 del 5 de febrero de 2014, ordenó

⁹ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

¹⁰ «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

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.»

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá D.C. 18 de julio de 2018. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018. Exp. 4691-2015.

¹³ Información extraída de la parte considerativa de la Resolución No. 4143.0.21.710 del 5 de febrero de 2014, visible de folios 6 a 10 del expediente.

el reconocimiento y pago por parte del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** y a favor de la demandante, de la suma de \$9.847.485, por concepto de liquidación parcial de cesantías; decisión que fue notificada personalmente el día 10 de febrero de 2014¹⁴.

La suma antes indicada, fue cancelada a favor de la señora **Sandra Milena Mera Campo** el día 10 de abril de 2014, tal como se desprende del certificado remitido por la Fiduprevisora¹⁵.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 4º de la ley 1071 de 2006, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías parciales o definitivas, por tanto, al tenerse que la solicitud de reconocimiento de cesantías se radicó el día 18 de noviembre de 2013 y, el acto administrativo de reconocimiento se profirió el día 5 de febrero de 2014, debe concluirse que la entidad accionada incumplió con el término perentorio consagrado en dicho articulado, ya que profirió el acto administrativo más de dos (02) meses después de radicada la mentada solicitud.

En virtud de lo anterior y dada la tardanza en el trámite adelantado por la entidad accionada, para proceder al reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas por la parte demandante, la sanción moratoria debe contabilizarse a partir del día hábil siguiente a la fecha en que se radicó la solicitud de la prestación, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración.¹⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester indicar que en el caso en concreto, los términos se surtieron así:

1.- La solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, se radicó el día 18 de noviembre de 2013, esto es en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

2.- El término de quince (15) días hábiles para proferir el acto de reconocimiento de las cesantías, en virtud de lo previsto en el artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, se surtió del 19 de noviembre de 2013 al 9 de diciembre de 2013.

3.- Los diez (10) días para la firmeza del acto administrativo de reconocimiento prestacional, fenecieron el 23 de diciembre de 2013¹⁷.

4.- El término de los cuarenta y cinco (45) días, de que trata el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, para efectuar el pago de las cesantías, se surtió del 24 de diciembre de 2013 al 27 de febrero de 2014.

A partir de lo anterior, puede indicarse que el término de los setenta (70) días con los que contaba el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, para proceder al pago de las cesantías definitivas reconocidas a favor de la demandante a través de la Resolución No. 4143.0.21.710 del 5 de febrero de

¹⁴ Folios 6 a 10 del expediente.

¹⁵ Folio 131 y 135 a 136 del expediente.

¹⁶ Sentencia del 27 de marzo de 2007. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo C. P. Jesús María Lemos Bustamante. Actor José Bolívar Caicedo Ruiz. Exp. No. 200002513 01.

¹⁷ Aquí, debe tenerse en cuenta que la petición de reconocimiento y pago de las cesantías, fue radicada por la parte actora en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

2014, se surtió del 19 de noviembre de 2013 al 27 de febrero de 2014, motivo por el cual se logra establecer, que se causó una mora entre el 28 de febrero de 2014 y el 10 de abril de 2014, día en el que se puso a disposición de la demandante los dineros correspondientes a sus cesantías parciales¹⁸.

Por lo expuesto, puede determinarse que la entidad accionada no cumplió con los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006, para efectuar el pago oportuno de las cesantías parciales solicitadas por la demandante desde el día 18 de noviembre de 2013, lo que trae como consecuencia la nulidad del acto administrativo ficto presunto negativo surgido como consecuencia de la petición presentada el día 19 de septiembre de 2016 y el reconocimiento de la sanción moratoria de que trata el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, de un (1) día de salario por cada día de retardo, debiéndose pagar por el periodo comprendido entre el 28 de febrero y el 10 de abril de 2014, respectivamente, día en el que se puso a disposición de la demandante los dineros correspondientes a sus cesantías parciales.

En este punto, resulta importante señalar que la anterior condena deberá ser acatada exclusivamente por la **Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-**, por ser la entidad que tienen a cargo el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al mismo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5º a 8º del Decreto 1775 del 3 de agosto de 1990 y 56 de la Ley 962 de 2005 y; demás normas concordantes.

Así las cosas, se procederá a declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, presentada por la apoderada judicial del **Municipio de Santiago de Cali**, advirtiéndose que por sustracción de materia no se hará pronunciamiento alguno respecto a las excepciones de fondo planteada por dicha entidad territorial.

Finalmente, se advierte que en sentir de esta juzgadora la indexación de la sanción moratoria solicitada por la parte actora es improcedente, como quiera que esto constituiría una doble sanción por la misma causa, pues la indemnización moratoria es superior al reajuste monetario, por lo que no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas¹⁹.

Sumado a que por tratarse de una penalidad, se encuentra revestido de carácter económico que sanciona la negligencia de la entidad empleadora, por no haber reconocido en tiempo la prestación económica deprecada por el trabajador, valores que en voces del Consejo de Estado no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo, al no tratarse de un derecho de carácter laboral²⁰.

En virtud de lo anterior, no se ordenará la indexación sobre las sumas que resulten a deberse a favor de la parte demandante, por concepto de sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías.

¹⁸ Información extraída de la certificación de expedida por la Fiduprevisora visible a folio 131 del expediente.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00107-01(1478-15), providencia fechada el 27 de noviembre de 2017, Actor: Rubén Darío Vidal, Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá D.C. 18 de julio de 2018. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018. Exp. 4691-2015 y Otro.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Bogotá D.C. 18 de julio de 2018. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018. Exp. 4691-2015.

3.4. La prescripción:

En cuanto a la excepción de "*prescripción*", propuesta por la entidad accionada, debe indicarse que de la revisión del caso en concreto, se observa que no hay lugar a su declaratoria, como quiera que entre la fecha en que se hizo efectivo el pago de las cesantías, a saber, el 10 de abril de 2014, y la fecha de presentación de la petición, ante la entidad accionada para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, esto es, el 19 de septiembre de 2016²¹ no había transcurrido más de los tres (3) años de que trata el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Aquí, resulta importante destacar que el término prescriptivo establecido en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se aplica al *caso sub-examine*, dada la pauta jurisprudencial indicada por el Consejo de Estado en providencia fechada el 27 de noviembre de 2017²².

En virtud de lo anterior, se procederá a declarar no probadas las excepciones denominadas: "*inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley, pago de la obligación contenida en el acto administrativo y prescripción*", propuestas por la apoderada judicial de la entidad accionada, **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

3.5. De las costas y agencias en derecho:

El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagra un criterio objetivo respecto de la condena en costas, lo cierto es que este criterio no puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General de Proceso, prevé en su numeral 8º que: "*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*".

Por otro lado se tiene, que la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en providencia fechada el 09 de agosto de 2016²³, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017²⁴, al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, "*...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, **tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas**, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; **descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte***".

²¹ Folios 3 a 5 del expediente.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, C.P. William Hernández Gómez, Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00107-01(1478-15), Actor: Rubén Darío Vidal, Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Otro.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yolima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).

quien resulte vencido para que le sean impuestas." (Negrilla y subrayado del Despacho).

En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia, se pudo determinar que, si bien se causaron unos gastos procesales, lo cierto es que no se encontró una actuación que obrara en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual, el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada: *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*, propuesta por el apoderado judicial de la entidad vinculada, **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas: *"inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley, pago de la obligación contenida en el acto administrativo y prescripción"*, alegadas por la entidad accionada, **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, conforme con los argumentos expuestos previamente.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo ficto presunto negativo surgido como consecuencia de la petición presentada el día 19 de septiembre de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reconocer y pagar la sanción moratoria de que trata el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, a favor de la Señora **SANDRA MILENA MERA CAMPO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 67.011.131, desde el día 28 de febrero de 2014 al 10 de abril de 2014, sin lugar a indexación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ORDENAR dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS.

SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MIRFELLY ROCÍO VELANDÍA BERMEO
JUEZ