

República De Colombia



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO  
DE VALLEDUPAR - CESAR

**E D I C T O**

<b>RADICADO</b>	:	20001-33-33-001-2012-00261-00
<b>CLASE DE PROCESO</b>	:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>DEMANDANTE (S)</b>	:	RODRIGO SILVA VILLAREAL
<b>DEMANDADO (S)</b>	:	MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUPREVISORA S.A.- DEPARTAMENTO DEL CESAR

EL SUSCRITO SECRETARIO DE ESTE DESPACHO JUDICIAL, **HACE SABER** QUE DENTRO DEL REFERENCIADO, SE DICTO:

<b>SENTENCIA DE FECHA</b>	<b>EL SEÑOR JUEZ</b>
29 DE NOVIEMBRE 2013	JAIME ALFONSO CASTRO MARTINEZ

Y PARA NOTIFICAR A LAS PARTES Y DEMAS INTERESADOS DEL CONTENIDO DEL FALLO ANTERIOR, SE FIJA EL PRESENTE **EDICTO**, EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE LA SECRETARIA DE ESTE JUZGADO, POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DIAS, HOY **CINCO (05) de DICIEMBRE de DOS MIL TRECE (2013)**, SIENDO LAS OCHO (8:00) DE LA MAÑANA.

  
JOSE ALBERTO RUMBO MAESTRE  
SECRETARIO

SE DEJA CONSTANCIA QUE EL PRESENTE **EDICTO SE DESFIJA HOY DICIEMBRE NUEVE (09) DE 2013**, SIENDO LAS SEIS (6:00) DE LA TARDE, DESPUES DE ESTAR FIJADO POR EL TERMINO LEGAL, EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE LA SECRETARIA.

  
JOSE ALBERTO RUMBO MAESTRE  
SECRETARIO



## **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR**

Valledupar, Veintinueve (29) de noviembre de dos mil trece (2013).

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
 Demandante : RODRIGO SILVA VILLAREAL  
 Demandado : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO  
 NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-  
 DEPARTAMENTO DEL CESAR-SECRETARÍA DEPARTAMENTAL  
 DE EDUCACIÓN Y FIDUPREVISORA  
 Radicación : 20-001-33-31-001-2012-00261-00

### **I. ASUNTO**

RODRIGO SILVA VILLAREAL, en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Departamento del Cesar-Secretaría Departamental de Educación y Fiduprevisora, a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

### **II. DEMANDA**

Pide el actor que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre las siguientes:

### **III. PRETENSIONES**

**PRIMERA:** Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio **CSEDEX N° 2266 expedido el 20 de Junio de 2012**, expedido por la oficina de Prestaciones Sociales Secretaría de Educación Departamental (sic).

**SEGUNDA:** Que se declare que el Departamento del Cesar incurrió en 84 días de mora, para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías Parciales por lo que debe a su poderdante por concepto de Sanción Moratoria el valor de CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTE Y DOS PESOS (\$4´498.622) contemplada en la ley 1071 de 2006, desde la fecha en la cual se cumplieron los 15 días hábiles mas la ejecutoria para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, hasta el 02 de Diciembre de de 2010, fecha en la que a través de resolución 003215 se reconoce el pago de las cesantías Definitivas. La anterior suma debe ser indexada según IPC actualizado al momento del pago.

**TERCERA:** Que se declare que la Nación- Ministerio de Educación-FIDUPREVISORA S.A

FOMAG, incurrió en 165 días de mora, para el pago de las cesantías parciales, por lo cual debe a su poderdante el valor de OCHO MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS. (\$8.836.575), por concepto de sanción moratoria desde el día siguiente a la ejecutoria de la resolución 003215 el Departamento del Cesar reconoce el pago definitivo de las cesantías definitivas, hasta la fecha en que se efectuó el pago. La anterior suma debe ser indexada según IPC actualizado al momento del pago.

**CUARTA:** Que se paguen los intereses corrientes a la tasa máxima legal autorizada, desde el momento en que se efectuó el agotamiento de la vía gubernativa hasta el momento en que se cancelen los dineros insolutos correspondientes a la indemnización moratoria, los cuales deberán tasarse. (sic).

**QUINTA:** Que se ordene a las entidades demandadas a que den cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, dentro de los términos perentorios señalados en el artículo 176 de C.C.A. (sic).

**SEXTA:** Que se condene a los demandados a que sobre las sumas adeudadas a mi poderdante, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precio al consumidor, o al por mayor como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A.(sic).

**SÉPTIMA:** Condenar a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de los interés moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a su mandante, conforme a lo normado en el artículo 177 de C.C.A (adicionado por la ley 446 de 1998). (sic).

**OCTAVA:** Que se condenen en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

#### IV. HECHOS

**PRIMERO:** El Departamento del Cesar mediante Resolución 000805 del 19 de Abril de 2004, nombró al docente RODRIGO SILVA VILLAREAL, en la Escuela Rural Mixta San Francisco, del Municipio de Tamalameque Cesar.

**SEGUNDO:** El poderdante, Prestó sus servicio como Docente de manera continua desde el 22 de Abril del 2004 hasta el 26 de mayo del 2010.

**TERCERO:** A través del Decreto N°000877 del 26 de mayo el Departamento del Cesar, dio por terminada la relación laboral con el poderdante.

**CUARTO:** Como consecuencia del anterior hecho, el poderdante solicitó el pago de las cesantías Definitivas mediante solicitud de fecha 11 de Agosto del 2010. Que su poderdante al momento de presentar su solicitud cumplía con todos los requisitos legales para obtener el pago de sus cesantías Parciales, prueba de ello es que la entidad no le hizo ningún requerimiento posterior a la presentación de la solicitud y sus anexos.

**QUINTO:** Aunque la ley estipula términos de estricto cumplimiento para proferir la resolución donde se reconocen y pagan las cesantías Parciales definitivas y, el cual es de 15 días hábiles contados a partir de la solicitud, que dichos términos fueron violados, ya que solo hasta el día 02 de Diciembre del 2010, de manera ex témpora (sic), incumpliendo el termino de 15 días para el reconocimiento y 45 para el pago contemplado en el Artículo 04 de la ley 1071 de 2006, a través de la resolución 0003215 de 02 de Diciembre, el Departamento del Cesar reconoce el pago de las Cesantías por un valor de \$ 7´011.743.

**SEXTO:** Teniendo en cuenta la fecha de presentación de la solicitud, el Departamento del Cesar, tenia 15 días para el reconocimiento el cual se cumplieron el 02 de Septiembre de 2010, y 45 días para el pago el cual se cumplirían el 08 de Noviembre de 2010, pero lo cierto es que solo hasta el 19 de Mayo del 2011, se giro el valor correspondiente a las Cesantías Definitivas al poderdante, lo que constituye una violación injustificada a los términos consagrados en la ley y una mora también injustificada en el pago de sus Cesantías Definitivas.

**SÉPTIMO:** El día 05 de Junio de 2012, se interpuso derecho de petición tendiente a obtener el pago de la indemnización o sanción moratoria consagrada en la Ley cuando las entidades públicas incumplen con los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas.

**OCTAVO:** La Administración Departamental a través de oficio el día 20 de junio dio respuesta a la petición interpuesta a través del oficio CSEDEX N° 2262 donde manifiesta que no es la oficina competente, y un supuesto cumplimiento de su obligación mediante la expedición de la resolución, igualmente manifiesta que la sanción moratoria es competencia de la FIDUPREVISORA S.A.

**NOVENO:** Con la intención de agotar el requisito de procedibilidad que exige la ley 1285 de 2009, se solicito audiencia de conciliación con los demandados ante el procurador judicial delegado ante los jueces administrativos, el día 03 de Septiembre del 2012, dicha audiencia se realizó el día 30 de Octubre de 2012, sin que la Nación Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones del Magisterio - Fiduprevisora S.A se hicieran presente, ni presentaran excusas. Sin que se hubiera llegado a un acuerdo conciliatorio, por lo tanto se declaró fallida.

**NOVENO:** La parte demandante, confirió poder para actuar. (sic).

## **V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

La parte demandante consideró infringidas las siguientes disposiciones: La constitución Política de Colombia Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 53, 58, 228 y 336.

En este caso el hecho que las entidades demandadas, por no haber atendido los requerimientos del ahora demandante, pagándole a éste, oportunamente el auxilio de

cesantía, y negarle el pago de la indemnización que genera dicha mora, vulnera el fin esencial del Estado de garantizar la efectividad del derecho a recibir oportunamente el pago de tal prestación, con ello se configura un comportamiento contrario a la misión de las autoridades de la República de Colombia, por omitir el deber constitucional de proteger y garantizar el derecho reclamado en legal forma.

Así mismo - afirma- que siendo el pago oportuno del auxilio de cesantía un derecho del servidor público, las entidades demandadas han desconocido y por consiguiente violado las normas citadas en la presente demanda, al desatender el pago oportuno del auxilio de cesantía y la correspondiente indemnización moratoria por mora en el pago debido por estas entidades al demandante, pese a los requerimientos.

Dice el apoderado que La Ley 1071 de 2006, fija términos para el pago oportuno de cesantías a los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones, en el artículo 4, dispone los términos para reconocer las cesantías debidas y hacer el pago efectivo de las mismas. Al no haber cumplido las entidades demandadas, con todas estas prescripciones legales, no queda duda que las violaron y en consecuencia se hacen acreedores a la sanción prevista en el parágrafo del artículo Quinto citado.

Denota el apoderado judicial de la parte demandante, que la mora en el pago de las prestaciones de un trabajador, particularmente el auxilio de cesantía constituye una desviación de poder, por lo que a estas entidades no le asiste ninguna razón para retener ilegalmente los dineros que provienen de un derecho establecido por la Ley.

Sostiene que la acción de nulidad y restablecimiento de derecho faculta al actor para pretender que se le reconozca un derecho civil o administrativo, se le restituya en su ejercicio, o se le indemnice por su disminución o pérdida, el cual le ha sido quebrantado por acto administrativo. Tal es la situación de su patrocinado, quien ha sido sometido de manera injusta a la privación de un derecho que es consustancial a la relación laboral, como lo es la indemnización moratoria por mora en el auxilio de cesantía, allí radica su legitimación para impetrar la presente acción, por el retardo indebido del pago de la prestación reclamada.

En cuanto a las normas legalmente aplicadas expone el apoderado que se dejó de aplicar lo dispuesto en la ley 1071 de 2006 que indica en su artículo 4° los términos, como también el artículo 5° que establece la mora en el pago.

## VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En esta conveniencia procesal, la apoderada judicial del **Departamento del Cesar** contestó la demanda manifestando con respecto a los hechos que el 1°, 2°, 3°, 7°, 8°, 9° y 10° son ciertos; de los hechos 4°, 6° no le consta; sobre el hecho 5° es parcialmente cierto.

**Formuló las siguientes excepciones:**

**1) Legalidad del Acto Administrativo Demandado:** Dice que la obligación de reconocer y pagar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías recaía sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora S.A., fundamentándose en el sistema normativo respectivo, Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 reglamentado por el Decreto Nacional 2831 de 2005.

**2) Falta de Legitimidad Material por Pasiva del Ente Territorial:** Precisa que la parte legitimada dentro de los supuestos derechos pretendidos, es la Nación - Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales - Fiduprevisora S.A., tal competencia viene del artículo 9° de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 decreto reglamentario 2831 de 2005.

**3) Interpretación Errónea de la Norma:** Dice que el Consejo de Estado ha manifestado que el término con que cuenta la entidad para pagar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales es de 65 días, el cual corre de manera ininterrumpida frente a un solo trámite y no hay lugar a dividirlo como lo pretende el demandante, desconociendo que la Secretaría de Educación Departamental cuando proyectó y expidió la resolución que reconoció el auxilio de cesantías parciales lo hizo en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no puede la parte actora solicitar condenas diferentes frente al Departamento del Cesar y ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora S.A., la primera por no haber expedido la resolución dentro del término legal y la segunda por no pagarlas en tiempo.

**4) Improcedencia del Pago:** Que el demandante solicita el pago de intereses corrientes y la indexación de la sanción moratoria que haya lugar a reconocérsele, de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-448 de 1996, no pueden pedirse de manera conjunta con la sanción moratoria, las entidades demandadas no pueden ser condenadas a su pago, que esa sanción moratoria no solo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a la indexación e intereses.

**5) Inexistencia de la Obligación:** Se dice que la parte actora solicitó de manera desacertada el pago de la sanción moratoria mediante derecho de petición solo ante el Departamento del Cesar, quien carece de obligación legal de reconocerla y pagarla, pues es competencia única y exclusiva del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduprevisora S.A., el Departamento del Cesar-Secretaría de Educación Departamental no tiene obligación de cancelar valor alguno por sanción moratoria.

La Nación - Ministerio de Educación Nacional presentó la contestación de la demanda de manera extemporanea, por lo que se tendrá por no contestada (fl.45, 93).

## VII. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 28 de Noviembre de 2012 (fl.9) a la cual se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 14 de Febrero de 2013 (fl.39), notificaciones, a las entidades demandadas (fl.42, 43), al Procurador Judicial 185 Administrativo Delegado ante esta agencia judicial (fl.42, 43), y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda (fl.45). Vencido el término de traslado para la contestación de la demanda, así mismo se corrió traslado de las excepciones planteadas en la contestación de la demanda (Fl.81), luego se dispuso a señalar fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011, (fl.83), en la cual luego de surtirse, por no decretarse pruebas - por cuanto se aportaron las necesarias por el demandante -, se prescindió de la audiencia de pruebas, y se corrió termino para la presentación de los escritos de alegatos a las partes, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 1437/2011. Luego de presentados los alegatos, se pasó el expediente al Despacho, para proferir la respectiva providencia.

## VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada, La Nación - Ministerio de Educación Nacional, propuso a consideración del Despacho sus respectivos alegatos de conclusión dentro del proceso de la referencia, de la siguiente manera:

Describe que la Ley 91 de 1989, mediante el cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en las que prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado se regirán por las del orden nacional y el régimen territorial para los nacionalizados.

También cita el artículo 15 de la citada Ley, que instituye para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir de 01 de 1990, el régimen aplicable se halla contenido en los decretos 3135 de 1968, 1448 de 1969 y 1045 de 1978.

De igual manera conforme al artículo 2, numeral 5; y artículo 4 de la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la entidad encargada de pagar dichas prestaciones a los docentes nacionales y nacionalizados, vinculados a la fecha de la promulgación de la Ley.

Con la interpretación de la Ley 91 de 1989, que posteriormente fue expedida la Ley 812 de 2003 del Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003 al 2006 en su artículo 81, condicionó la cuantía de la pensión de jubilación, con los factores que a partir de la fecha de la vigencia de la Ley cotiza el educador al Fondo (FNPSM), Esta modificó el concepto de aporte, indicando que la cotización corresponde a la suma de aportes que para pensión

salud, establece las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Por otra parte el Decreto 2341 de 2003, reglamentario de la Ley 812, estableció que el ingreso base de cotización de los afiliados al Fondo (FNPSM), es el establecido en el Decreto 1158 de 1994 y son los siguientes: asignación básica mensual, gastos de representación, prima técnica cuando sea factor de salario, prima de antigüedad, ascensional y capacitación cuando sea factor salario, remuneración por trabajo dominical o festivo, remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, bonificación por servicios prestados, Que de estos solo aplican a los docentes oficiales: La asignación básica mensual y las horas extras.

Afirma el apoderado que el Decreto 3752 de 2003, artículo 3, ordena que la base de liquidación de las prestaciones sociales posteriores a la expedición de la Ley 812 de 2003, donde se encuentre obligado al pago el Fondo, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la que realiza el docente. Indica además que debe tenerse en cuenta como base de cotización los factores del Decreto 688 de 2002, como los sobresueldos de supervisores de educación, directores de núcleo, rectores vicerrectores, coordinadores, directores de establecimientos educativos rurales y docentes de preescolar, todos vinculados antes del 23 de Febrero de 1984.

Así mismo dice que en el presente caso, reitera que la Fiduprevisora S.A., procede con los pagos prestacionales conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y que esta sujeción, es la que precisamente constituye la mora en el pago de las prestaciones sociales.

Hace la observación de que no puede generarse intereses moratorios o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente a la demandante, es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

Dice que en este orden, la disponibilidad presupuestal es fundamental para esta fiduciaria como ente administrador de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque a partir de ella se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo al estricto turno de radicación, por lo tanto no puede endilgarse una negligencia a su defendida debido a que por sujeción expresa a lineamientos legales, turnos de atención y disponibilidad presupuestal.

Por esto manifiesta que la Fiduprevisora S.A., atiende las solicitudes en estricto orden de llegada y así mismo, efectúa el correspondiente pago en la medida que se cuenta con el Acto



Administrativo emitido por la secretaría de Educación previo trámite legal para su concesión. Que no le asiste responsabilidad alguna en los hechos que se ventilan en esta acción, por lo que solicita en este estadio procesal de la demanda el despacho exonere de responsabilidad a su representada.

La parte demandante del proceso referido, propuso a consideración del Despacho sus respectivos alegatos de conclusión dentro del proceso de la referencia, de la siguiente manera:

Que al hacer un análisis a las pruebas aportadas, se puede verificar de todo el acervo probatorio aportado por el demandante, que el incumplimiento en los términos para el pago y reconocimiento de las Cesantías Parciales fueron totalmente vulnerados por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fiduprevisora S.A., y el Departamento del Cesar Secretaría de Educación Departamental (sic), todo confrontado con la y la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, con la resolución 003215 de 2010, en la que se reconoce y ordena el pago de la cesantías definitivas, en la cual consta la fecha con la que el demandante realizó la solicitud de su cesantías y la fecha en la que fue expedida la resolución. Que el cumplimiento de la sanción moratoria que trata la ley, es una multa a cargo del empleador a favor del empleado, establecida para resarcir los daños que se causan al trabajador con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitivas o parciales de sus cesantías.

Solicita que por todo lo probado en el proceso, se accedan a todas las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los aspectos estudiados, invocados y argumentados en la demanda.

El Departamento del Cesar presentó los alegatos de conclusión de la demanda de manera extemporánea, por lo que tendrán como no presentados (fl.110).

## **IX.- CONSIDERACIONES**

### **9.1-Pronunciamiento sobre Nulidades, Presupuestos Procesales y Caducidad.**

No encuentra el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad parcial o total de lo actuado. Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales. En efecto, esta agencia judicial es competente en razón de la naturaleza del asunto y el lugar donde ocurrió el hecho. La demanda fue presentada dentro del término legal para ello, de tal manera que no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

Como las excepciones formuladas por los apoderados judiciales de las entidades demandadas tienen que ver con el fondo del asunto, estas serán resueltas a medida que se vayan resolviendo las presentes consideraciones y, solo en la medida en que tengan prosperidad las súplicas de la demanda.

## 9.2.-Problema Jurídico.

Debe el Despacho dilucidar en el presente proceso si el demandante tiene derecho a que las entidades demandadas cancelen la sanción moratoria como consecuencia del retraso en el pago de las cesantías definitivas. Así mismo determinar si la excepción propuesta por el apoderado del Departamento del Cesar, está llamada a prosperar, en el entendido que el ente territorial cuando expide el acto administrativo de reconocimiento prestacional, actúa en representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que tiene a cargo exclusivamente el pago de la prestación del accionante.

## 9.3. Antecedentes y Normatividad Aplicable.

La Ley 6ª de 1945, antiguo Régimen de Cesantías de los empleados públicos, en la Sección Tercera “De las prestaciones sociales” dispone:

*Art. 17 Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:*

*a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestado con posterioridad al primero de enero de 1942...”*

*La Ley 65 de 1946, por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantías y jubilación, prevé:*

*“Artículo 1. Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, háyanse o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al Auxilio de Cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.”*

Posteriormente, se promulgó la Ley 244 de 1995, por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones, la cual señala:

*"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".*

Finalmente, se promulgó la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, se reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecieron sanciones y se fijaron términos para su cancelación, señalando:

(...)

**ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS.** *Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

**PARÁGRAFO.** *En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*

*Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*

**ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO.** *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

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

*en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este".*

Como puede observarse, la indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.

De lo anterior se concluye que cuando los supuestos facticos recaen sobre el pago tardío de las cesantías de los servidores públicos, el legislador no previó una sanción diferente a la del pago de un día de salario por cada día de retardo.

#### **9.4 De la aplicación de la Sanción por Mora regulada por la Ley 1071 de 2006, a los docentes.**

Debe indicar el despacho que si bien no existe una línea jurisprudencial clara y que constituya doctrina vinculante en cuanto al régimen aplicable a los docentes respecto a la mora en la cancelación oportuna de las cesantías, toda vez que del recorrido al respecto se encontraron decisiones del órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que defiende la tesis de que la Ley 91 de 1989 es una norma especial que 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, y en cuanto a la sanción por mora en el pago oportuno de las cesantías, y que 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, al encontrar evidente que la Ley 91 de 1989 regula de manera especial el pago de las cesantías para los docentes y que dentro de su normatividad no se contempla la sanción que reclama el actor.

Como también existen sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>1</sup>, en los cuales reconocen y sin mayores resquemores al respecto dan aplicación a la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes. , y si bien estas decisiones no configuran por si mismos una posición unificada en el tema, a criterio del despacho es la posición que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral por resultar menos favorable el régimen especial, que el general;

Los mismos motivos le ha reconocido el Consejo de Estado a la norma que establece la sanción por retardo al pago de las cesantías, cuando expone, al analizar un supuesto de un

<sup>1</sup> - Sección Segunda Subsección "B", M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación No.23001-23-31-000-2004-00069-02(0859-08), actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo, sentencia del 21

empleado de orden territorial, cuya prestación se causó antes de la vigencia de la ley 244 de 1995, de todas formas indicó:

*“Si bien las normas que gobiernan el tema relacionado con el auxilio de cesantías de los servidores públicos del orden territorial (Ley 6ª/45, Decreto 2767/45, Ley 65/46 y Decreto 1160/47), no establecen un plazo para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, no implica que la administración pueda hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa prestación social. En efecto, en estos casos es necesario tener en cuenta que el auxilio de cesantías no sólo constituye un derecho adquirido para el servidor público sino que además tiene la connotación de un salario diferido, cuya finalidad es la de servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante, razón por la cual tiene derecho a recibir el pago de dicha prestación social al término de la relación laboral o dentro de un plazo que pueda considerarse como razonable. Como se ha anotado en otras ocasiones, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente. ....”*

La legitimación en la causa por el lado activo, es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho. La legitimación es, por lo tanto, un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: *“En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva”*.

Con relación al tema de la legitimación en la causa, la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), MP Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, sostuvo:

*“...En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.*

*Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño. En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra....”*

Así las cosas, queda claro que la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, en razón de que no afecta el procedimiento, mas bien es la relación jurídico material que existe entre el demandante y quien debe ser demandado. Es pues, un asunto sustancial.

#### **8.5. Lo Probado en el Proceso:**

De las pruebas allegadas al proceso, se extraen las siguientes relevantes:

- Copia de la resolución No. 003215 del 02 de diciembre de 2010, por medio del cual reconocen la prestación.
- Recibo de pago de la prestación.
- Copia oficio CSEdEx No. 2262.

#### **El Caso Concreto.**

Con base en las pruebas recaudadas se acreditó que el señor RODRIGO SILVA VILLAREAL a través de la Resolución No. 003215 del 02 de diciembre de 2010, La Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, le reconoció por concepto de liquidación definitiva de cesantías la suma de \$ 7.011.743.00. Frente a esta situación, el actor solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, le sea reconocido el derecho al pago de la sanción moratoria generada a su favor, por el incumplimiento de los términos fijados por la ley para el pago de las cesantías.

Pues bien, advierte el Despacho que el Departamento del Cesar/Secretaria de Educación Departamental, propuso entre otras, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la que esta llamada a prosperar, en razón que dicho ente, no es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria del accionante, sino que de conformidad con la Ley 91 de 1989 artículo 9, artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, se encarga en condición de delegada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de proyectar y elaborar el acto administrativo (resolución mediante se le reconoce una cesantía parcial a los docentes), para luego enviarlo a la sociedad fiduciaria, para su pago. Por lo anterior, dicho ente territorial no tiene legitimación para ser parte en este proceso y así se declarara en la parte resolutive de esta providencia, relevándose de pronunciarse de fondo sobre las otras excepciones propuestas por el Departamento del Cesar.

Luego de analizar el material probatorio allegado al expediente, este servidor judicial considera que el acto demandado, es decir el CSEdEx No. 2262, proferido el día 20 de junio de 2012 por la Secretaria de Educación Departamental, como delegada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Ley 91/89), no está vulnerando ningún derecho, pues, dicha Secretaria no es la oficina competente para resolver su solicitud de indemnización moratoria, ya que según la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, quien está a cargo del pago de las cesantías es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y no está desconociendo los derechos del accionante tal y como se pasa a explicar en las siguientes argumentaciones, veamos:

La ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en su artículo 5 estipuló:

**Artículo 5°.-** *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*

**1.-** *Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal (...)*

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3° dice:

(...)

**Artículo 3°.-** *Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se*

generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

(....)

Artículo 9°.- Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

El acto demandado CSEDex No. 2262 expedido por la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, se limita a explicarle al peticionario, que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, reglamentada por el Decreto Nacional 2831 de 2005, “racionalización de tramites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, las prestaciones sociales que pagará el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por el citado fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la se encuentra vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”

En el caso concreto se evidencia que, si bien, la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, elaboró el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas del docente Rodrigo Silva Villarreal, la FIDUPREVISORA S.A. (encargada de la administración de los recursos del Fondo de Nacional de Prestaciones del Magisterio), previa aprobación del proyecto de resolución las prestaciones sociales será quien reconozca y pague dicha prestación, razón por la cual el ente territorial se sustrae de la relación sustancial que dio origen a la demanda.

Considera este Despacho que el acto aquí demandado no es contrario a la Ley, se encuentra ajustado a derecho, no desconoce los derechos del accionante, pues, el mismo, solo se limita a manifestarle al actor que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, través de una fiducia que en la actualidad es la FIDUPREVISORA S.A; es la entidad que atenderá el pago de las prestaciones de los docentes afiliados, una vez la Secretaria elabore el acto administrativo o la resolución reconociendo la prestación.

**Valoración del caso y decisión.** De acuerdo con lo expuesto, para el Despacho es claro que la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, no está legitimado en la causa para responder por las pretensiones del demandante, pues no posee relación sustancial con el, dado que, no es el llamado a pagar las prestaciones sociales de los docentes por lo que acogerá la excepción propuesta y declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva con relación a esta.



Los argumentos expuestos en líneas anteriores servirán de fundamento para que este Juzgado proceda a denegar las pretensiones en el presente medio de control, pues no se avizora que el acto demandado sea contrario a las normas prestacionales aplicados al actor, pues, su labor como Secretaria de Educación consiste en la elaboración del acto y así lo hizo, y quien debe cancelar sus cesantías en termino, es la sociedad fiduciaria. Por lo que el oficio objeto de reproche, no desconoce de derecho alguno, y así se lo dan a conocer al abogado de la parte demandante.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la Nación – Mineducación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no proferieron acto administrativo alguno en la presente controversia, el Despacho se sustrae de pronunciarse y de proferir condena en contra de éstos.

**Costas.** . Considerando que la parte demandante no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, no procede la condena en costas. Esta evaluación se realiza con fundamento en lo ordenado en el artículo 188 del C.PA.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar la prosperidad de la excepción de falta de legitimación por pasiva esgrimida por el apoderado judicial de la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEGUNDO:** Negar las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Sin costas.

**CUARTO:** En firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

**Notifíquese y Cúmplase.**

  
**JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ**  
Juez Primero Administrativo del Circuito de Valledupar.