



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, 16 de junio de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2015-00201-00
Demandante: José Abel García Santis.
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Departamento de Sucre - Secretaría de Educación Departamental de Sucre - FIDUPREVISORA S.A.

Tema. Régimen legal de las Cesantías / Docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio / Sanción por mora-Ley 1071 de 2006.

SENTENCIA N° 069

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los arts. 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA.

1.1.1. Pretensiones.

“PRIMERA. Declarar la Nulidad Absoluta del Acto Administrativo ficto o presunto, surgido con ocasión de la no contestación a la solicitud radicada el 17 de diciembre de 2012, respecto al reconocimiento y cancelación de la mora, equivalente a un (1)

día de su salario por cada día de retardo, por el no pago oportuno de las cesantías parciales reconocidas al actor mediante Resolución No. 0346 de 25 de octubre de 2010 y como consecuencia de lo anterior se reconozca y pague la mora, establecida en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los 45 días hábiles, a partir de los cuales queda en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías, hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

SEGUNDA. En consecuencia declarar que el demandante tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE SUCRE, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE - FIDUPREVISORA S.A.**, le reconozca y pague los Intereses Moratorios de las cesantías parciales reconocidas, mediante Resolución **Nº 0346 de 25 de octubre de 2010** de conformidad con la Ley 1071 de 2006 equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los cuarenta y cinco (45) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

TERCERA. Que como consecuencia de la Declaratoria de Nulidad, y a Título de Restablecimiento del derecho, se condene a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE SUCRE, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE - Y FIDUPREVISORA S.A.** al Reconocimiento y Pago de los Intereses Moratorios a favor de mi mandante con ocasión de la tardanza generada por las entidades convocadas, de conformidad con la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CUARTA. Que se condene a la parte demandada al pago de la Indexación e Intereses a que haya lugar de acuerdo al artículo 195 del C.P.A.C.A.

QUINTA. Que se condene a la parte demandada al Cumplimiento del Fallo que se profiera en el presente proceso, de acuerdo con los arts. 192 y SS Del C.P.A.C.A.

SEXTA. Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del art. 188 del C.P.A.C.A.”

1.1.2. Hechos.

Indica que, el Sr. José Abel García Santis, laboró al servicio de la docencia oficial en la Institución Educativa MADRE AMALIA del Municipio de Sincelejo, Sucre.

Argumenta que, el 17 de agosto de 2010 el actor radicó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, que le correspondían por los servicios prestados como docente nacionalizada de la institución educativa Madre Amalia de Sincelejo, Sucre.

Que mediante Resolución **Nº 0346** de 25 de octubre de 2010, fue resuelta la solicitud de cesantía parcial, notificada el 08 de noviembre de 2010, encontrándose ejecutoriada el día 16 de noviembre de 2010 fecha desde la cual quedó en firme el acto administrativo.

Indica que, conforme al artículo 3º de la Ley 1071 de 2006, las entidades empleadoras dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo en lo previsto en el artículo 5º de la misma ley, tienen un plazo máximo de cuarenta y cinco días (45) hábiles, a partir de la fecha que quede en firme el acto administrativo, para cancelar la prestación. En el caso que nos ocupa este plazo venció el día 20 de enero de 2011 y la entidad pagadora efectuó el pago solo hasta el 13 de abril de 2011, a través de la Fiduprevisora S.A en banco BBVA de Sincelejo, configurándose una mora de 82 días.

Expresa que, 17 de diciembre de 2012 se envió petición a la Secretaría de Educación Departamental solicitando el pago de los intereses moratorios, sin recibir respuesta alguna por parte del ente ante la cual se presentó la petición, por lo cual transcurridos más de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la petición respetuosa sin que se haya notificado o comunicado a su representado, se entiende que tal respuesta en negativa, configurándose el acto ficto o presunto del cual hoy se solicita su nulidad.

1.1.3. Disposiciones Violadas.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos:

Legales y constitucionales: Ley 91 de 1989 artículos 5 y 15; Ley 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

1.1.4. Concepto de la violación.

Argumenta la parte que el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siempre han estado menoscabando las disposiciones que regula la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la prestación, contrato al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que al momento de solicitarlas, están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado, para cuando éste quede cesante en su actividad.

En virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la Ley 244 de 1995 y 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, de 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Sin embargo, esta circunstancia y muy a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa ha de entenderse en que entre el reconocimiento y pago, no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO cancela por fuera de los términos establecidos en la ley dicha prestación, lo que genera una SANCIÓN para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contando hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.

Manifiesta igualmente que para el caso concreto, es aplicable la Ley 91 de 1989 artículo 2 numeral 5; la Ley 244 de 1995, y la Ley 1071 de 2006.

Como sustento de estos argumentos, la parte demandante, se detiene a transcribir articulados de las normas en mención y de precedentes jurisprudenciales acerca del asunto objeto de estudio.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 28 de septiembre de 2015, tal como se avizora en la nota de reparto¹.
- Por proveído del 1 de febrero de 2016, se admitió la demanda, y se ordenó la notificación personal a las entidades demandadas y a la Procuradora Judicial N° 103 Delegada ante este Juzgado².
- La admisión de la demanda fue notificada personalmente a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, mediante correo electrónico del 26 de abril de 2016³.
- La entidad demandada, el Departamento de Sucre, presentó contestación el 15 de Julio de 2016, esto es, dentro del término del traslado de la demanda⁴.
- La entidad demandada, Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, presentó contestación el 15 de septiembre de 2016, por fuera de término⁵.
- Mediante auto de fecha 3 de febrero 2017, se convocó a las partes para llevar a cabo la audiencia inicial. Providencia que fue notificada por estado el día 6 del mismo mes y año⁶.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1.3.1. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO⁷.

Como fundamento de defensa, arguye que la pretensión del accionante no está ajustada a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

¹ Folio 30 del expediente

² Folio 38 del expediente

³ Folios 47-51 del expediente.

⁴ Folios 69- 74 del expediente.

⁵ Folio 77-88 del expediente

⁶ Folio 105 del expediente.

⁷ Folio 77-88 del expediente

Las prestaciones de los docentes, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo tanto es quien tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, sin embargo se diseñó un trámite en que las secretarías son las encargadas de la expedición del acto y trámite de solicitudes en general, y por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria la administración de los recursos del fondo y pagar las prestaciones sociales.

Así pues, destaca que la entidad fiduciaria para el caso en cuestión es la FIDUPREVISORA S.A, la cual es quien administra los recursos de FOMAG, cabe señalar que la FIDUPREVISORA procede con los pagos prestaciones luego de contar con el acto administrativo emitido por la Secretaría de Educación y previo trámite legal para su concesión, conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues no cuenta con los recursos económicos suficientes para pagar todas las cesantías que cursan en la entidad, por lo que se hace en estricto orden cronológico tal como lo sostuvo la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el consejo directivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que la espera del turno de pago no constituye mora en atención al principio de igualdad y a la disponibilidad presupuestal.

Se opone a todas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad, solicitan se denieguen todas las pretensiones de la demanda.

Presentó como excepciones las de Inexistencia del Derecho por Errónea Interpretación de la Norma; Buena Fe; Pago; y la excepción genérica o innominada.

1.3.2. DEPARTAMENTO DE SUCRE.

Fue excluido del proceso por haberse probado en audiencia inicial la excepción propuesta por este de falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.3.3. FIDUPREVISORA S.A.

La entidad demandada no contestó la demanda.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. Parte demandante⁸.

Esgrimió los mismos argumentos del escrito de la demanda con el propósito de ahondar más en tema de las prestaciones sociales docente, realizó un recuento legal de la Ley 1071 de 2006 bajo el concepto de la Corte Constitucional.

1.4.2. Nación - Ministerio De Educación Nacional - FOMAG.

No presentó alegatos de conclusión.

1.4.3. Ministerio público⁹:

Comienza la delegada de la Procuraduría haciendo un recuento de la parte general de la demanda, como introducción a sus consideraciones, planteándose como problema jurídico, si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, como docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Continua, realizando una explicación de que consiste la figura de la cesantía y de la norma aplicable a los docentes, así como de los regímenes existentes al día de hoy.

Indica que, del sub judice se desprende que transcurrieron siete meses y veintiséis días (236 días) desde la fecha de presentación de la solicitud, hasta la fecha en que estuvo dispuesto el dinero, sobre pasando en exceso los 8. Días que tenía para el pago de las cesantías parciales solicitadas; incurriendo así la entidad demandada en su calidad de pagadora de la cesantía parcial en mora.

Por las razones expuestas en precedencia, afirma que su criterio se inclina en que deben despacharse favorablemente las suplicas de la demanda.

⁸ Folio 130-133

⁹ Folios. 127-129

2.- CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

2.1.4. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se pretende la nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto, surgido con ocasión de la no contestación a la solicitud radicada el 17 de diciembre de 2012, respecto al reconocimiento y cancelación de la mora, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, por el no pago oportuno de las cesantías parciales reconocidas al actor mediante Resolución No. 0346 de 25 de octubre de 2010.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el Despacho en determinar el siguiente problema jurídico:

¿Le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, contemplada en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 (artículo 5), en su condición de docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?

Para resolver el presente caso, se sigue el siguiente hilo conductor: a I) Régimen Legal de las cesantías para docentes públicos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio II) Derecho al pago a los docentes de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006 III) Caso en concreto.

2.2. RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS PARA DOCENTES PÚBLICOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda.

El reconocimiento y pago de una prestación social bajo el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, se convierte en un asunto que adquiere relevancia Constitucional y, en consecuencia, exige al encargado de establecer su viabilidad en cada caso concreto, la observancia de los principios constitucionales aplicables en materia laboral.

Ahora bien, la Ley 6^a de 1945¹⁰ en su artículo 17 estableció, entre otras, el auxilio de cesantías para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, teniendo en cuenta el tiempo prestado con posterioridad al 1^o de enero de 1942.

A su turno, el artículo 1^o de la Ley 65 de 1946¹¹ por medio de la cual se modifican las disposiciones sobre cesantías y jubilación, hizo extensiva dicha prestación a los trabajadores del orden territorial y a los particulares, así:

“Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, háganse 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.

Parágrafo.- Extiéndase este beneficio a los trabajadores de los departamentos,

¹⁰ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”.

¹¹ “Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras”.

intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares”.

La anterior norma fue reiterada por el artículo 1º del Decreto 1160 de 1947¹². Posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3118 de 1968¹³ preceptuó que cada año calendario, contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados. De igual manera, advirtió que la liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

Por su parte, el artículo 33 *ibidem* estableció intereses en favor de los trabajadores, correspondientes al 9% anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público o trabajador oficial; porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3º de la Ley 41 del 11 de diciembre de 1975¹⁴.

Así, con la expedición del Decreto 3118 de 1968 se da comienzo en el sector público, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, al desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. El pago de intereses a cargo del Fondo Nacional de Ahorro se previó para proteger dicha prestación de la depreciación monetaria.

En el orden territorial el auxilio de cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6^a de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que preveían su pago en forma retroactiva.

El 28 de diciembre de 1990 se expidió la Ley 50¹⁵, en cuyo artículo 99 se estableció el régimen anualizado de liquidación de cesantías y, en el numeral 3º, la sanción moratoria por la no consignación oportuna de tal auxilio a los trabajadores afiliados a los fondos privados. Textualmente dispuso:

¹² “Sobre auxilio de cesantía”.

¹³ “Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones”.

¹⁴ “Por la cual se modifica el Decreto ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones”.

¹⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características

1º. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2º. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3º. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. (...)”.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996¹⁶ dispuso un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997 con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vincularan a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que fuera su nivel (Nacional, Departamental, Municipal o Distrital).

Luego se expidió la Ley 432 de 1998¹⁷, que en su artículo 5º estableció la obligación de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro para los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional y la posibilidad de que los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios hicieran lo propio.

En el ámbito territorial el nuevo régimen de liquidación anualizada de cesantías fue reglamentado por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998¹⁸, vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, que en su artículo 1º estipuló:

“Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se

¹⁶ “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”.

¹⁷ “Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones”.

¹⁸ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.

En este orden de ideas, en virtud de la facultad otorgada al legislador, compartida con el ejecutivo según lo establecido en el mismo numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política¹⁹, respecto al auxilio de cesantías en nuestro ordenamiento jurídico coexisten varios regímenes y cada uno se aplica de manera integral en virtud del principio de inescindibilidad normativa, a saber:

(i) Régimen de Cesantías con Retroactividad,

(ii) Régimen Administrado por el Fondo Nacional de Ahorro, y

(iii) Régimen de Liquidación de Cesantías por Anualidad²⁰.

El tema de las cesantías de los docentes, se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989, así:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional

¹⁹ Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra, sostuvo: “El Constituyente de 1991, entonces, conservó el concepto que venía desde la reforma constitucional de 1968, en relación con la necesidad de la existencia de una **competencia compartida** entre el legislador y el ejecutivo en la regulación de determinadas materias, una de ellas la fijación del régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, entre otros servidores del Estado, en donde la función del primero se debe limitar a establecer unos marcos generales, unos lineamientos que le circunscriban al segundo la forma como éste ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos específicamente señalados por la propia Constitución.”

²⁰ Al respecto sostuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en Concepto del 22 de agosto de 2000, radicación No. 1448: “Del recuento normativo se concluye que en la actualidad existen tres sistemas diferentes de liquidación y manejo de cesantías para servidores públicos del orden territorial, a saber (sic) y una situación generada por el tránsito legislativo, a la que se hará alusión posteriormente:

1º.- Sistema retroactivo: las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la ley 6^a de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

2º.- Sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la ley 50 de 1990: incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador; cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998.

3º.- Sistema del Fondo Nacional de Ahorro: desarrollado en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998; rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.”.

que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 10. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.
(...)

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 10. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

De lo anterior se concluye, que los factores a tener en cuenta para liquidar las cesantías y el salario base de liquidación, se rigen por las normas establecidas para los servidores públicos del orden nacional, es decir, lo señalado en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que se atenderá al momento de fijar la viabilidad de la sanción solicitada.

De igual forma se encuentra que los regímenes de liquidación de cesantías existentes para el personal docente, varían de acuerdo con la fecha de vinculación al servicio público, así:

1. Los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, que poseen el régimen conocido como de cesantías retroactivas, y por ende regidos por el literal A, ya transcritos.
2. Y los vinculados con posterioridad a la fecha indicada, que poseen un régimen de liquidación anual de dicha prestación social, y regulados por el literal B, ya indicado.

Al respecto el Consejo de Estado, ha expresado frente al tema:

“De Las Cesantías De Docentes Nacionalizados.

La Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

*En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los **nacionalizados**, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan 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 dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975²¹.*

El artículo 4º de esta Ley señala, que el Fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de su promulgación ²² y con observancia de lo dispuesto por su artículo 2º, que a su turno en su numeral 2º establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975 así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión o entidades que hicieran sus veces y a las cuales venía vinculado este personal.

El Parágrafo del artículo 2º de esta Ley establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, hasta la fecha de su promulgación se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

²¹ Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”. Artículo 10º.- “En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional”.

²² Resalta la Sala que la Ley 91 de 1989 entró en vigencia el 29 de diciembre de esa anualidad.

Por su parte, el Numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año. Y para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.”²³

Visto lo anterior, se estudiará la Sanción Moratoria como una obligación accesoria que tiene lugar cuando la entidad obligada al pago de las cesantías definitivas o parciales incurre por el no pago oportuno de las mismas.

2.3. DERECHO DE LOS DOCENTES AL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA CONSAGRADA EN LA LEY 1071 DE 2006.

Como primera medida es importante precisar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-928-06, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, al estudiar la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se pronunció respecto del régimen especial prestacional del personal docente, indicando que los docentes gozan de un régimen prestacional independiente de los demás servidores públicos, dicho régimen tiene establecido para los servidores vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 el pago anualizado de las cesantías, reconociendo un interés equivalente a la tasa comercial promedio de captación, de igual forma, es clara la Corte en afirmar que a los docentes no se les aplica las disposiciones de la Ley 50 de 1990.

En el mismo sentido el Consejo de Estado²⁴, estableció que no es posible aplicar una norma diferente a la Ley 91 de 1989, por tratarse de un régimen especial prestacional, el cual debe ser aplicado en su integridad, sin ser viable la aplicabilidad de otros regímenes.

Por otra parte, se expidió la Ley 1071 de 2006 “*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*

²³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 25 de marzo de 2010. Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01 (0620-09). Actor: ARACELLY GARCÍA QUINTERO. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009), CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE, Ref.: 760012331000200401655 01, N° Interno 0672-07, MARÍA EDITH CARDONA MORALES contra el MUNICIPIO DE OBANDO, AUTORIDADES MUNICIPALES.

cancelación.”, teniendo como objeto, según el artículo primero²⁵ reglamentar el reconocimiento de las cesantías definitivas y parciales a los trabajadores y servidores públicos. Así mismo, en el artículo 2 *ibidem*²⁶, se indicó que son destinatarios de esa ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Se establece entonces en dicha normativa de manera clara que esa ley es aplicable a los miembros de las corporaciones públicas y en general a todos los empleados y trabajadores del Estado de todos sus órdenes, quedando incluidos los docentes; tema que fue estudiado por el H. Tribunal Administrativo de Sucre, M.P. el Dr. Moisés Rodríguez Pérez en la Sentencia de fecha de 17 de septiembre de 2015, haciendo una síntesis de los debates que se realizaron en el seno del congreso en lo que fue el Proyecto de Ley 44 de 2005, hoy Ley 1071 de 2006.

Por lo anterior, es claro que con la consagración de la Ley 1071 de 2006, se generó un cambio en el ámbito normativo para determinar la sanción moratoria y los términos para el pago de esas prestaciones a los servidores del Estado, estableciéndose de manera contundente que dicha ley se aplica a todos los servidores públicos de todos los órdenes, ya que en el objeto²⁷ y en ámbito de aplicación²⁸ de la ley se dispone que se aplica a todos los servidores y trabajadores del Estado.

Por lo anterior, no hay dubitación alguna para establecer que en vigencia de la Ley 1071 de 2006²⁹, está consagrado para todos los servidores del Estado sin distingo alguno, la posibilidad del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas, estableciéndose que dicho pago se hará efectivo acreditando la no cancelación de la prestación en los términos de los artículo 4 y 5 *ibidem*.³⁰

²⁵ ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación. (negrillas fuera de texto)

²⁶ ARTÍCULO 2o. AMBITO 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 de Ahorro. (Negrillas del despacho).

²⁷ Art. 1 de la Ley 1071 de 2006.

²⁸ Art. 2 de la Ley 1071 de 2006.

²⁹ Publicada en el Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006.

³⁰ 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.

De conformidad con todo lo anterior y como la interpretación normativa que más beneficia a los docentes afiliados al Fondo Nacional del Magisterio, en lo relacionado con la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías, es la consagrada en la Ley 1071 de 2006, debe de aplicarse dicho precepto con preferencia a las normas especiales que consagran sanciones distintas por la mora en el pago de dicha prestación.

Ahora bien, para abundar en argumentos, es preciso aseverar que no es aplicable el precedente jurisprudencial contenido en las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional señalados líneas atrás, ya que dichos fallos hacen relación al reconocimiento de la sanción moratoria en vigencia de la Ley 50 de 1990.

Por otro lado, igual resultado conduciría, al interpretar la integridad de la Ley 1071 de 2006, a la luz del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estudiado en el acápite anterior, al momento que esta norma remite a las normas generales de los empleados públicos del orden nacional (Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978) por lo que en este punto es claro que los docentes no poseen un régimen especial, y se rigen por las normas generales sobre el tema.

Adicionalmente, en caso de que la interpretación genere duda sobre su aplicabilidad al sector docente, la misma se despejará al momento en se acude al principio universal del derecho laboral del in dubio pro operario, de consagración constitucional (artículo 53 de la C.P.) y el derecho a la igualdad (artículo 13 de la misma obra) por lo que la interpretación conforme a la constitución, igualmente se enfoca en la aplicabilidad de la norma al sector docente.

La anterior explicación, es menester realizarla, dado que la aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 a los docentes, ha dado lugar a que se presenten interpretaciones diferentes por parte de los operadores judiciales, que en su autonomía e independencia, pueden llegar a resultados disimiles al analizar la misma norma³¹.

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. (Negrillas fuera de texto).

³¹ En este punto, se puede observar la siguiente providencia del Consejo de Estado, en donde esta alta corporación al momento de estudiar una tutela contra providencia judicial, avala la interpretación autónoma que hace un tribunal administrativo, por

Aclarado el campo de acción, que incluye al sector de los empleados públicos de la educación, es menester estudiar en sí la forma como se causa la sanción en análisis y para ello, basta con traer las palabras del máximo tribunal de lo contencioso administrativo sobre el punto:

“De conformidad con la normatividad transcrita, se concluye³²:

1. *Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas;*
2. *La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de esta ley es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, aquella donde laboró el ex empleado, y por lo tanto, según la norma, es aquella a quien se le concede un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, para hacer efectiva la prestación liquidada;*
3. *La liquidación de la cesantía definitiva debe estar contenida en una resolución correspondiente a la petición de la persona interesada, entiéndase retirada, para lo cual la entidad donde prestó sus servicios -liquidadora- tiene un término de quince (15) días hábiles para emitirla. Por lo anterior debe entenderse que las entidades diseñan o señalan mecanismos para que los interesados hagan la solicitud pertinente en relación con la prestación que corresponde a su retiro de la entidad empleadora;*
4. *La entidad pagadora debe realizar la cancelación de los valores liquidados por este concepto dentro del término de los 45 días hábiles de que trata el artículo 2º precedente so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.”³³*

no existir unidad de criterios sobre el punto en la jurisprudencia. Ver: Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P.: DR. Bertha Lucía Ramírez De Páez. Sentencia del 27 de junio de 2013. Ref: Expediente No. AC-1100103-15-000-2013-00446 00. “Un aparte de esta, nos ilustra: “Teniendo en cuenta lo expuesto, actualmente no existe un criterio unificado por esta Alta Corporación en lo relacionado con el pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías a los Docentes, por lo que mal podría exigirse una única postura al respecto, pues como quedó evidenciado, los criterios encontrados se encuentran debidamente fundamentados, bajo criterios jurídicos razonables.”

En el mismo sentido la siguiente providencia de la misma corporación, sala y sección: Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 5 de julio de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00947-00(AC).

³² Consejo de Estado, sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. No. 4597-01, M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, precisa la forma de contabilizar los términos señalados en la anterior norma, ante la ausencia de pronunciamiento de la administración en relación con el pago de las cesantías definitivas. La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 27 de marzo de 2007, Expediente No. 2777-04. M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, al respecto ha hecho igual precisión.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P: Dra. Bertha Lucia Ramírez De Páez. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 2005-01994-01(2624-07).

Por último, el Consejo de Estado ha precisado que no es requisito el demostrar la mala fe de la entidad demandada para efectos del reconocimiento de la sanción moratoria, la única exigencia para el pago de dicha sanción es el vencimiento del plazo establecido en la Ley; por tanto, no puede aceptarse como eximente de responsabilidad de la entidad pagadora para la cancelación de la sanción, **la existencia de trámites internos dispendiosos para dichos efectos o falta de disponibilidades presupuestales para realizar el pago de la cesantía**, así lo expuso esa alta corporación:

“... la demostración de la buena o mala fe del empleador estatal, por cuanto la indemnización que regula dicha ley se causa cuando la administración cae en mora en el pago de las cesantías que se han liquidado por un acto administrativo en firme. Lo anterior significa que la única exigencia que precisan las referidas normas es la omisión en el pago del auxilio de cesantía dentro del plazo allí señalado, sin consideración adicional de ninguna naturaleza, pues para ello la administración cuenta con un plazo suficiente para proceder a realizar el pago efectivo de dicha prestación, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Sección, aclarando que “si se trata del auxilio de cesantía, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, la entidad pública obligada al pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación definitiva de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.”³⁴ (Subrayado propio).

Establece la normativa que la mora en el pago de las cesantías definitivas, dentro de los 65 días hábiles siguientes a la solicitud de las mismas, genera la sanción consagrada en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, la cual corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

El Consejo de Estado ha dicho de manera reiterada que dicho término se debe contar a partir de la solicitud de la cesantía:

“En cuanto al procedimiento que debe surtir la Administración para la liquidación del auxilio de cesantías definitivas, la Ley 244 de 1995 dispuso:

“ARTÍCULO 1º. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos

³⁴ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009), Ref.: 760012331000200403585 01, N° Interno 1268-08, Lisandro Angulo Micolta contra el Municipio de Buenaventura.

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 peticionario 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.

Una vez proferida la Resolución de liquidación de la cesantía, el artículo 2º ibídem, establece que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

“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.”*

A su vez, el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, prevé la sanción moratoria en el pago de la cesantía definitiva, en caso de incumplirse los términos legales, así:

“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.”*

Ahora bien, la Ley 1071 de 2006 “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”, extendió la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, pues la anterior normativa únicamente la previó para las definitivas. Así, se dispuso:

“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.”.

Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado aclaró a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, en los siguientes términos:

“(...) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

(...)

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha

en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (...)"³⁵"³⁶

A su vez la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha precisado la fecha a partir de la cual se debe contar la indemnización por mora en el pago de las cesantías definitivas³⁷:

"Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido protecciónista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante. ".

Así, el término con el que cuenta la administración para efectuar el pago efectivo del auxilio de cesantía es de sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes al día de la presentación de la solicitud de su reconocimiento. Este término comprende quince (15) días hábiles para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, cinco

³⁵ Sentencia de 27 de marzo de 2007, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. No. 760012331000200002513 01 (2777-2004), Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz.

³⁶ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia del 22 de enero de 2015; radicado: 73-001-23-31-000-2013-00192-01 (0271-14; CP: Sandra Lissette Ibarra Vélez.

³⁷ Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 27 de marzo de 2007; radicado interno No. 2777-2007; C.P. doctor Jesús María Lemos Bustamante; actor: José Bolívar Caicedo Ruiz.

(5) días hábiles de su ejecutoria, y cuarenta y cinco (45) días hábiles para efectuar el pago de la prestación social.

No se compadece con el sentido de la normatividad mencionada que la indemnización por la falta de pago oportuno de cesantías se genere sólo ante el incumplimiento del término de 45 días contados a partir del momento en que se encuentre en firme el acto administrativo que las reconozca, porque se dejaría desamparado al ex servidor en el evento en que la administración tarde más de los 15 días para expedirlo.³⁸ (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, queda claro de conformidad con la exposición contenida en los apartes jurisprudenciales antecedentes, que la sanción moratoria por el no pago de las cesantías parciales o definitivas regulada en la Ley 1071 de 2006, inicia su conteo a partir del día 65 al cual se presentó la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación, finalizando el día que se cancele al trabajador o ex trabajador, dicho monto.

Se aclara que el anterior resulta ser el plazo aplicable a los empleados públicos en general, dado que en tratándose de afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, las normas especiales que regulan la materia, los artículos 56 de la Ley 962 de 2005³⁹ y 4 del Decreto 2831 de 2005⁴⁰, al establecer en dichos trámites la intervención de las Secretarías de Educación de los Entes Territoriales descentralizados en educación y la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo del fondo, adicionan a dicho plazo quince (15) días, para la revisión del proyecto de acto administrativo por parte de la fiduciaria que administre dichos recursos, por lo que para este caso el plazo total será de ochenta (80) días

³⁸ Consejo De Estado- Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección B- Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009). Expediente No. 250002325000200004609-01, No. Interno: 0966-2006, Autoridades Departamentales, Actor: Graciela Forigua Neira.

³⁹ "Artículo 56. Racionalización. de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional 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 que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."

⁴⁰ "Artículo 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación."

desde la presentación de la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación⁴¹.

Pues bien, los anteriores sustentos normativos y jurisprudenciales se erigen como suficientes para entrar a estudiar el caso concreto.

3. CASO CONCRETO.

De lo probado:

- Se encuentra debidamente probado que el señor JOSÉ ABEL GARCÍA SANTIS se desempeña como docente en la Institución Educativa MADRE AMALIA de Sincelejo, Sucre según el acto administrativo que reconoció la Cesantía. (folio 18 a 20)
- Que mediante Resolución N° 0346 de 25 de octubre de 2010 la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconoció y ordenó el pago a la actora de las cesantías parciales; las cuales habían sido solicitadas y radicadas en la entidad con el N° 2010-CES-023038 de 17 de agosto de 2010, notificada el 08 de noviembre de 2010 (folio 26)
- Se avizora que el día 13 de abril de 2011 fue puesto a disposición del señor Abel García la suma de dinero solicitada por concepto de cesantía parcial (folio 22)
- Que el actor mediante apoderado judicial derecho de petición solicitando reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reconocidas, ante la Secretaría de Educación Municipal el 17 de diciembre de 2012 (folio 23 a 25), la cual no fue resuelta, generando un acto ficto o presunto producto del silencio administrativo negativo.

Se puede concluir de las pruebas transcritas en el caso objeto de estudio lo siguiente:

La parte actora solicitó la liquidación y pago parcial de cesantías a la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, Sucre el 17 de agosto de 2010; tal como se

⁴¹ En este sentido la Corte Constitucional nos ilustra: "Tanto la Ley 962 de 2005, como el Decreto 2831 del mismo año son claros en asignar las consecuencias que siguen al incumplimiento del requisito de aprobación de los proyectos de resoluciones por parte de la sociedad fiduciaria y de sus textos se desprende, con total nitidez, que, sin esa aprobación, las referidas resoluciones no podían prestar mérito ejecutivo y que, por lo tanto, el juez no estaba habilitado para proferir mandamiento de pago ni para disponer que prosiguiera la ejecución." Sentencia T-042 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

observa en la Resolución N° 0346 de 25 de octubre de 2010 (folio 18 a 21), expedida por la Secretaría de Educación de ese ente municipal.

Que el Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio contaba con un término de ochenta (80) días, para realizar el pago efectivo de las cesantías parciales solicitadas por la demandante, término que feneció el 13 de diciembre de 2010. No obstante lo anterior, como el pago se realizó el día 13 de abril de 2011; es claro entonces que esta incurrió en una mora entre el **14 de diciembre de 2010** hasta el día anterior a su pago; esto es, el 12 de abril de 2011, para un total de ciento veinte (120) días.

Entonces bien, como quiera que la generación de la sanción, ocurrió en el año 2010, se debe tomar el salario base devengado por el accionante en esa anualidad, posteriormente, dividirlo entre 30 en aras de determinar el día de salario como docente. En ese sentido, se avizora que, según la resolución de reconocimiento de retiro parcial de las cesantías, el salario base de liquidación del señor JOSÉ ABEL GARCÍA SANTIS, era \$2.647.464.00, dividido entre 30, arroja un valor de \$88.248,8, que equivale al día de salario devengado en el año de 2010.

Así las cosas, se procede efectuar la siguiente operación matemática, a efectos de establecer el monto total de la penalidad que debe asumir la demandada, por cancelar, tardíamente, las cesantías al demandante, a saber:

$\$88.248,8 \text{ (día de salario)} \times 120 \text{ (días de retardo del pago)} = \$10.589.856.$

Corresponde entonces a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A., cancelar al señor JOSÉ ABEL GARCÍA SANTIS, por concepto de sanción moratoria, por pagar las cesantías parciales extemporáneamente, al término legalmente señalado, la suma de DIEZ MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS \$10.589.856.).

Adicionalmente, por ser procedente, se indexará el valor de la suma anterior aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \text{índice final (fecha del pago)}$$

Índice inicial (abril de 2011)

En donde el valor presente (R), se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es la suma a que equivale la sanción moratoria causada, por el guarismo que resulte de dividir, el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha en que deban hacerse los pagos, por el índice inicial, vigente en la fecha en que cesó la mora.

Cabe advertir que, de la claridad fijada por la Ley 1071 de 2006 y su objetivo, que no es otro que compelir el pago oportuno de las cesantías de los trabajadores, en igualdad de condiciones, no puede ser un argumento de recibo el hecho de que la entidad no cuente con la disponibilidad presupuestal para atender dentro de los perentorios y claros plazos consagrados en la ley, para justificar la mora que incurrió en el pago efectivo de la prestación reclamada.

4. CONCLUSIÓN:

La respuesta al interrogatorio inicial, es positivo, por cuanto se probó que la entidad accionada incurrió en mora por el pago tardío de las cesantías del demandante, por lo tanto a la luz del artículo 5° de la ley 1071 de 2006, debe reconocer y pagar a este una suma equivalente a un día de salario por cada día de retardo, como en párrafos que anteceden quedó expuesto.

5. CONDENA EN COSTAS.

De acuerdo a lo normado por el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por Secretaría, según el Acuerdo N° 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en un porcentaje del 5%.

5. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto, surgido con ocasión de la no contestación a la solicitud radicada el 17 de diciembre de 2012, respecto al reconocimiento y cancelación de la mora, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, por el no pago oportuno de las cesantías parciales reconocidas al actor mediante Resolución No. 0346 de 25 de octubre de 2010.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUPREVISORA S.A., al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por ciento veinte (120) días de mora contados desde el 14 de diciembre de 2010, hasta el 12 de abril de 2011, lo que arroja una suma DIEZ MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS \$10.589.856.) Tomando como base el salario devengado por la actora cuando ocurrió la moratoria.”

TERCERO: La suma anterior será indexada, según el inciso final del artículo 187 del CPACA, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDÉNESE en costas del 5% a la parte demandada; por secretaría tásense.

QUINTO: Ejecutoriado este fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS

JUEZ