

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

RADICACIÓN:	17 001 23 33 000 2015 00576 00
CLASE:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	OLGA LUCÍA GONZÁLEZ AGUILAR
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
PROVIDENCIA:	SENTENCIA No. 130

La Sala de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA, LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA y AUGUSTO MORALES VALENCIA**, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), proceden a dictar sentencia, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ AGUILAR** contra la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

I. ANTECEDENTES:

a. Pretensiones:

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicita:

1. *Declarar la Nulidad Absoluta del Acto Administrativo RESOLUCIÓN N° 6767-6 DE JULIO 14 DE 2015, expedido por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS por medio del cual niegan a mi mandante el Reconocimiento y Pago de la SANCIÓN POR MORA, establecida en 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 demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. *Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG – DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS, le reconozca y pague los Intereses Moratorios de las cesantías reconocidas, mediante Resolución 0278-6 DE ENERO 17 DE 2014 de conformidad con la Ley 1071 de 2006 equivalente a un (1) 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.*

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3. *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 CALDAS – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS 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.*
4. *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.*
5. *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.*
6. *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.*

Hechos:

Resumidamente se pueden presentar así:

- ✓ La señora OLGA LUCÍA GONZÁLEZ AGUILAR laboraba al servicio de la docencia oficial en la institución educativa “GERARDO ARIAS RAMÍREZ” del municipio de Villamaría – Caldas, para el momento de la solicitud de dichas cesantías.
- ✓ El día 25 de septiembre de 2013, la demandante radicó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, como encargada de tramitar dicho reconocimiento ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como lo contempla el Decreto 2831 de 2005.
- ✓ Mediante Resolución N° 6767-6 de julio 14 de 2015, fue resuelta la solicitud de cesantía, siendo notificada a mi representada el día 3 de febrero de 2014.
- ✓ El pago correspondiente a la cesantía reconocida mediante Resolución N°. 6767-6 de julio 14 de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de

Caldas, se puso a disposición del docente por parte de la entidad pagadora FIDUPREVISORA S.A., el 21 de abril de 2015, tal como lo comprueba el recibo de consignación expedido por la entidad bancaria BBVA MANIZALES.

- ✓ Se aduce en la demanda que, la mora se generó a partir de los 65 días hábiles después de la radicación de la solicitud, es decir, 31 de diciembre de 2013 hasta la fecha efectiva del pago, esto es, 21 de abril de 2015.
- ✓ Debido a lo anterior, la demandante radicó el 16 de julio de 2015, ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, solicitud de reconocimiento y pago de dichos intereses.
- ✓ Mediante Acto administrativo Resolución N° 6767-6 de julio 14 de 2015, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías solicitadas por la demandante.
- ✓ Ante la negativa de la entidad, se procedió a solicitar ante la Procuraduría Judicial Delegadas para Asuntos Administrativos, la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, diligencia que se declaró fallida, dando paso a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho del epígrafe.

Normas Violadas y Concepto de Violación

Como disposiciones violadas se citaron:

Ley 91 de 1989, arts. 5 y 15; Ley 244 de 1995. Artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006. Artículos 4 y 5.

Estimó que el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, estableció los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de su representado, siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los sesenta y cinco (65) días después de haber realizado la petición de las mismas, evadiendo la protección de los Derechos del trabajador.

Contestación de la demanda

- ✓ **La Nación – Ministerio de Educación Nacional “Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”.** (fls. 40 a 56, C.1)

La entidad demandada contestó la demanda en escrito que obra entre folios 40 y 56, C.1, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante.

De los hechos adujo que el 1, 2, 3, 4, 6 y 7 no le constan; niega el hecho 5 pues considera que la entidad no incurrió en mora frente al reconocimiento y pago de las cesantías, pues considera que el reconocimiento de cualquier prestación a cargo del Fondo, tiene un trámite reglado con unos términos diferentes a los que se indican en la ley 244 de 1995.

Como argumentos de defensa señaló que, de conformidad con el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de docentes afiliados a dicho Fondo, se determinó que el mismo es el único habilitado para el pago del auxilio de cesantías, lo cual excluye a los beneficiarios de esta norma, de los demás regímenes de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 334 de 1996, la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

A su paso, afirma que tratándose de docentes nacionales o nacionalizados a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Decreto 2831 de 2005 estableció el trámite para el reconocimiento y pago de cualquier prestación social de los docentes, que comienza con la radicación de la solicitud ante la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente –quien a partir de ese momento cuenta con 15 días hábiles para elaborar el proyecto de acto administrativo -, cumplido lo cual el mismo es remitido a la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., quien a su vez cuenta con 15 días hábiles para impartir su aprobación o indicar las razones por las cuales lo desaprueba; luego, una vez aprobado el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, deberá ser nuevamente remitido a la Secretaría de Educación Territorial para la suscripción del acto y notificación de éste al interesado; finalmente, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo, la Secretaría de Educación deberá enviar copia del mismo junto con la constancia de ejecutoria a la Sociedad Fiduciaria para efectos de realizar el respectivo pago. A lo anterior, agrega que cualquier gasto que afecte el presupuesto de la Fiduciaria, debe contar con la correspondiente apropiación presupuestal.

Como medios exceptivos planteó: - “**prescripción**” respecto de aquellos derechos económicos reclamados, que superen el lapso de tres años contados desde que se hizo exigible la obligación hasta que se radicó la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, el Decreto 1848 de 1969. – “**Cobro de lo no debido**” pues considera que los términos establecidos en la Ley 244 de 1995 no son aplicables a los docentes afiliados al FNPSM. - “**Buena fe**”: Fundada en que los pagos de prestaciones

sociales en el régimen excepcional de docentes están condicionados a la disponibilidad presupuestal, al acertado diligenciamiento de los actos administrativos por parte de la entidad territorial a la que pertenezca la docente, y al visto previo de la entidad fiduciaria. (fls.

AUDIENCIA INICIAL.

Saneamiento del proceso (art. 180-5 CPACA)

El Tribunal no observó ningún vicio o causal de nulidad que afectara el debido proceso. Las partes y el Ministerio Público no hicieron manifestaciones sobre este punto.

Decisión de excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio propuso las que denominó **“Buena fe”**, **“Cobro de lo no debido”** y **“Prescripción”**, las cuales serán analizadas en el argumento central de la sentencia por cuanto no constituyen excepciones previas.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

Hechos sobre los cuales hay acuerdo:

- ✓ La señora OLGA LUCÍA GONZÁLEZ AGUILAR laboraba al servicio de la docencia oficial en la institución educativa “GERARDO ARIAS RAMÍREZ” del municipio de Villamaría – Caldas, para el momento de la solicitud de dichas cesantías.
- ✓ El día 25 de septiembre de 2013, la demandante radicó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, como encargada de tramitar dicho reconocimiento ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal como lo contempla el Decreto 2831 de 2005. (Ibíd. f. 20, C.1)
- ✓ Mediante Resolución N° 0278-6-6 de enero 17 de 2014, fue resuelta la solicitud de cesantía, siendo notificada a mi representada el día 3 de febrero de 2014. (Ibíd. f. 20, C.1)
- ✓ El pago correspondiente a la cesantía reconocida mediante Resolución N°. 6767-6 de julio 14 de 2015, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, se puso a disposición del docente por parte de la entidad pagadora FIDUPREVISORA S.A., el 21 de abril de 2015, tal como lo comprueba el recibo de

consignación expedido por la entidad bancaria BBVA MANIZALES. (Ibíd. f. 22, C.1)

- ✓ La demandante radicó el 16 de junio de 2015, ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, solicitud de reconocimiento y pago de dichos intereses. (Ibíd. f. 23-24, C.1)
- ✓ Mediante Acto administrativo Resolución N° 6767-6 de julio 14 de 2015, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías solicitadas por la demandante. (Ibíd. f. 25, C.1)

Hechos sobre los cuales no hay acuerdo:

- ✓ La parte demandante sostiene que la mora en el pago de las cesantías se generó a partir de los 65 días hábiles después de la radicación de la solicitud, es decir, 31 de diciembre de 2013 hasta la fecha efectiva del pago, esto es, 21 de abril de 2015.
- ✓ La parte demandada niega dicha afirmación pues considera que no ha incurrido en mora frente al reconocimiento y pago de la prestación aludida, toda vez que de acuerdo a lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, entre otras disposiciones, el reconocimiento de cualquier prestación social de los docentes nacionales y nacionalizados adscritos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene un trámite reglado con unos términos diferentes a los que se indican en la ley 244 de 1995, razón por la cual no resultaba posible reconocer y pagar las cesantías solicitadas por la demandante en tiempos distintos de los que efectivamente transcurrieron. Agrega a lo anterior que, de conformidad con las normas que rigen el presupuesto para las sociedades de economía mixta – Ley 38 de 1989, todo gasto debe contar con la respectiva apropiación presupuestal.

Hechos sobre los cuales se deberá centrar el debate probatorio:

- ✓ Determinar a través de la normativa legal aplicable, cuál era el término del cual disponía la entidad demandada para el reconocimiento y pago de la cesantía parcial solicitada por la parte demandante; y si en el caso concreto, la entidad pagó tardíamente dicha prestación y cuál sería en consecuencia, la sanción aplicable por dicho retardo.

En consecuencia el litigio se circunscribe a determinar:

- ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a la parte demandante?
- ¿Las razones expuestas por la Nación, Ministerio de Educación, FNPSM, justifican el reconocimiento y pago extemporáneo de las cesantías a la parte demandante?
- ¿A partir de cuál fecha se causaría la sanción moratoria?
- ¿Hay prescripción trienal de la sanción moratoria?
- ¿La condena al pago de la cantidad líquida de dinero se debe ajustar tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?

Conciliación (art. 180-8 CPACA)

Luego de hacer una invitación a las partes para conciliar sus diferencias, en aspectos sobre los cuales resulte procedente la misma - en razón a la naturaleza cierta e indiscutible del derecho laboral objeto del proceso - se declara fallida por ausencia de acuerdo entre las partes.

Medidas cautelares (art. 180-9 CPACA)

En el *sub iúdice* no hubo solicitud alguna sobre medidas cautelares.

Pruebas (art. 180-10 CPACA)

Atendiendo al precepto contenido en el numeral 10 del artículo 180 del CPACA, se decretaron como pruebas las siguientes:

- I. Pruebas parte demandante. Hasta donde la ley lo permita, téngase como prueba documental la aportada con la demanda (fls. 20 a 27, C. 1). La parte demandante no hizo solicitud especial de pruebas.
- II. Pruebas parte demandada. Hasta donde la ley lo permita, téngase como prueba documental la aportada con la contestación de la demanda (fls. 57-62, C.1). La parte demandante no hizo solicitud especial de pruebas.

Alegaciones Y Juzgamiento (art. 182 CPACA)

- Parte demandante. Reitera los argumentos expuestos en la demanda. (min. 44)

- Parte demandada. No se hizo presente.
- Ministerio Público. Solicita se acceda a las pretensiones de la demanda; aclara que la mora se causó en este caso no a partir de los 65 días sino a partir de los 70 días siguientes a la solicitud, la cual fue presentada en vigencia del CPACA. (Min 50)
- Agencia Nacional. No asiste a la audiencia.

II. CONSIDERACIONES:

Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de éste Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantías parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso sub-examine:

- 1) Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.
- 2) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- 3) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) 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 (...)”. Claro

¹Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

²Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

está, previo descuento de un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

Problemas Jurídicos:

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala determinar conforme la demanda interpuesta, los siguientes interrogantes:

- ¿Debe la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM asumir el pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a la parte demandante?
- ¿Las razones expuestas por la Nación, Ministerio de Educación, FNPSM, justifican el reconocimiento y pago extemporáneo de las cesantías a la parte demandante?
- ¿A partir de cuál fecha se causaría la sanción moratoria?
- ¿Hay prescripción trienal de la sanción moratoria?
- ¿La condena al pago de la cantidad líquida de dinero se debe ajustar tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, tal y como lo ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA?

Primer problema jurídico:

Frente al primer interrogante planteado, considera la Sala de decisión que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM debe asumir el pago de la sanción moratoria por las siguientes razones:

- a) El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 es diáfano al indicar que las prestaciones sociales las reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- b) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, sin personería jurídica. Por tanto, es conclusión ineludible que judicialmente actúa a través de la Nación, y ésta a su vez está representada por el Ministro de Educación.
- c) El artículo 288, superior, resalta que las competencias propias de la función administrativa se deben ejercer de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley. En concordancia con

el artículo 209 de la Constitución Política³.

d) En ese sentido, la Ley 489 de 1998 define los *Principios de la función administrativa*, acorde con los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

e) El Consejo de Estado, en providencia de 5 de marzo de 2015⁴, confirmó una decisión proferida en audiencia inicial por este Tribunal – Sala Oral, en la cual se declaró infundada la excepción denominada “no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios”. Veamos el aparte pertinente de la providencia mencionada.

“[...] De acuerdo con lo regulado por el artículo 61 del Código General del Proceso y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, el litisconsorcio se considera necesario cuando tiene la connotación o importancia de impedir que el proceso se adelante si uno de los sujetos que integran la parte activa o pasiva y resulta afectado con la decisión, no está enterado del proceso; entonces, es requisito sine qua non que tal sujeto de la relación jurídica o acto jurídico integre el proceso y pueda ejercer sus derechos de defensa y debido proceso.

En este orden de ideas, se considera que en el caso que se decide, la Secretaría de Educación del ente territorial, no es litisconsorte necesario de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es a ésta quien por ley está obligada al pago de las prestaciones sociales del magisterio, y que las secretarías de educación de los entes territoriales solo actúan como colaboradoras de la entidad nacional mencionada.

Así, pues, en el sub examine, el proceso se puede tramitar y decidir sin que se requiera la presencia, en este caso, de la Secretaría de Educación de Manizales como lo pretende la excepción formulada por la apoderada de la entidad demandada, pues, se repite, ésta no es litisconsorcio necesario de aquella. [...]”.

Así las cosas, se concluye en este punto que efectivamente es la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM quien debe asumir el pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías reconocidas a la parte demandante.

Segundo problema jurídico.

En torno al segundo problema jurídico, en lo que tiene que ver con las razones expuestas por la Nación, Ministerio de Educación “FNPSM”, para el reconocimiento y pago

³**“Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 5 de marzo de 2015, Expediente N° 170012333000 201300654 01.

extemporáneo de las cesantías a la parte demandante, advierte este Tribunal que no se justifican, conforme se pasa a exponer:

- La Ley 91 de 1989 regula con máxima claridad que las prestaciones sociales del magisterio son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- El numeral 5 del artículo 2º y el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 disponen lo siguiente:

*“**Artículo 2º.**- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:*

[...]

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.”

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

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado...”

- Según el artículo 4º de la Ley 1071, la entidad a cargo tendrá un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley. Al respecto se resalta:

*“... **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...”
(Subrayado fuera de texto).

- Así mismo, el artículo 5º de la ley 1071 de 2006 regula que para efectuar el pago, la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Dice la norma:

*“**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...”

- Las normas antes citadas están compuestas por enunciados que caracterizan las normas deónticas o regulativas, esto es, mandar, permitir, prohibir, o castigar (art. 4º L. 57 de 1887). Kelsen destacaba que la auténtica norma tiene consecuencias jurídicas, y a ello llamó la norma jurídica completa⁵. Por su parte Dworkin resaltó que las reglas de derecho, contrario a los principios, son mandatos de carácter binario, esto es, que se cumplen o no se cumplen; y Manuel Atienza sostiene que “[...] *Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el de quien debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento [...]*”⁶.
- La Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción, y por tanto está destinada a evitar la ponderación por parte de la administración, porque son concluyentes y perentorios los términos allí establecidos, cuando se dan las condiciones de aplicación, en este caso, del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías. Por ello los órganos jurisdiccionales deben dar aplicación a la norma jurídica, en razón de su fuente y mandato incuestionable⁷.
- En la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, citada como precedente para este asunto, se precisó: “[...] *En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores [...]*”⁸.

La anterior afirmación también se predica de la Ley 1071 de 2006⁹ (arts. 4, 5 y 6).

- En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma es la de lograr el pago puntual de las cesantías del

⁵Kelsen Hans. Teoría Pura del Derecho, Buenos Aires, Eudeba, 1960. p. 61.

⁶Atienza, Manuel. Ruiz Manero, Juan. Las piezas del derecho. 2ed. Madrid, Ariel, 2004. p. 35. – Cita de cita sentencia del veintiseis (26) de agosto de 2015. M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189

⁷ Ibídem. Atienza. pp.32, 35.

⁸Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

⁹ “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”

servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que eviten que éste reciba una suma devaluada.

“[...] Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites [...]”¹⁰.

- El reconocimiento y pago oportuno, de que trata el artículo 6º de la ley 1071 de 2006, no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas).

No se puede olvidar que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado - patrono, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, por vivienda o educación, básicamente.

- Si una regla jurídica es válida, dice Robert Alexy¹¹, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos.

En consecuencia, advierte este Tribunal que la Ley 1071 de 2006 es una regla de acción, con mandatos perentorios de términos dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, los cuales deben cumplirse, so pena de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º ibídem¹².

Precedente jurisprudencial aplicable.

¹⁰ Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1.

¹¹ Alexy, Robert. (1988): Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, nº 5. pp. 143 - 144. http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf

¹² “[...] 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. [...]”.

El Consejo de Estado se pronunció en asunto similar al presente en sentencia del 22 de enero de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Liseeth Ibarra Vélez, Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14), Demandante: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez, Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Ibagué (Tolima).

En el mencionado caso una docente solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. En dicha providencia el Consejo de Estado aplica las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, concretamente en los términos a los que se debe sujetar la entidad para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas en un caso específico de una docente, como en el sub-lite.

Es decir, al ser los docentes servidores públicos, se encuentran dentro del campo de aplicación de las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por lo tanto, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como entidad encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, debe cumplir los términos previstos en los artículos 1º y 2º de la Ley 244 de 1995 al igual que los artículos 4º y 5º de la ley 1071 de 2006, cuyo incumplimiento genera la sanción por la mora regulada en dicha normativa.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal se acoge a la tesis expuesta del Consejo de Estado, la cual resulta igualmente acorde con la línea argumentativa que ha sostenido como precedente horizontal, frente a la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías de los docentes.

En consonancia con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Caldas declarará infundadas las excepciones de “Cobro de lo no debido” y “buena fe” formuladas por el Ministerio de Educación – FNSPM, por cuanto la Ley 1071 de 2006 es una regla de acción, con mandatos perentorios de términos dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, los cuales deben cumplirse, so pena de la sanción moratoria de que trata el párrafo del artículo 5º de la misma Ley.

Tercer problema jurídico.

El Tribunal de nuevo invoca como precedente altamente persuasivo, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, denominada de interés jurídico, del 27 de marzo 2007, con ponencia del doctor Jesús María Lemos¹³, en la que se argumentó que si el reconocimiento y pago de las cesantías es tardío, entonces se debe contabilizar el término

¹³ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

para efectos de la sanción moratoria, desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo de las cesantías.

Las principales razones expuestas por el Consejo de Estado, y que comparte plenamente el Tribunal Administrativo de Caldas, son las siguientes:

1. Se recalca que la regla jurídica de acción, con enunciados deónticos regulativos, contenidos en la Ley 1071, tiene como teleología establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas o parciales. Por ello la administración debe expedir la resolución en forma oportuna. La falta de respuesta o las respuestas evasivas acarrearán perjuicio al peticionario.

Dice la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] *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 (léase L. 1071), 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.[...]*” (Subrayado fuera de texto)

Más adelante precisa la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] *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 acudir a este medio, el cometido proteccionista 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. [...]*”

Descendiendo al caso concreto se observa que, la señora Olga Lucía González Aguilar tiene derecho al pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 6º de enero de 2014 hasta el 20 de abril de 2015 “inclusive” (en tanto el 21 de abril de 2015 se desembolsó el pago de las cesantías). La sanción será liquidada por la demandada, Nación, Ministerio

de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en el salario devengado por la demandante en los años 2014 y 2015.

Las razones son las siguientes, de acuerdo a lo ya probado de acuerdo a la fijación del litigio:

1. La solicitud de pago de las cesantías se presentó el día 25 de septiembre de 2013 (fl. 20, C.1).
2. De lo anterior se deduce, que el plazo total de 70¹⁴ días hábiles posteriores a la fecha de solicitud, dentro de los cuales se debió reconocer y pagar el anticipo de cesantías, se cumplieron el día 5 de enero de 2014.
3. La demandada reconoció las cesantías tardíamente, porque expidió la resolución n° 0278-6 el día 17 de enero de 2014.
4. Las cesantías parciales, reconocidas en la resolución n° 0278-6 del 17 de enero de 2014, fueron efectivamente desembolsadas el día 21 de abril de 2015 por valor de \$23.397.158. (f. 22, C.1)
5. La demandante presentó derecho de petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la Nación, Ministerio de Educación, FNPSM, con fecha 16 de junio de 2015. (f. 23-24, C.1)
6. La Nación, Ministerio de Educación, FNPSM, negó la referida petición mediante Resolución n°. 6767-6 del 14 de julio de 2015. (fls. 25, C.1); notificada personalmente al apoderado de la parte actora el 18 de agosto de 2015. (f. 25 vlt)

Conclusión:

En el caso *sub-examine*, se resolvió la petición de cesantías y se pagó las mismas en forma extemporánea o tardía, por fuera de los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006, en consecuencia, y acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “[...] 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 [...]”.

¹⁴ Se contabilizan 70 días cuando la radicación de la solicitud de reconocimiento de cesantías se hace en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Comoquiera que dicha norma entró en vigencia a partir del 2 de julio de 2012 y la solicitud de cesantías en este caso se radicó el 25 de septiembre de 2013, la entidad tenía 15 días para expedir el acto administrativo de reconocimiento, 10 días de ejecutoria de dicho acto y 45 días más para efectuar el pago de la cesantía; todo lo cual suma 70 días hábiles.

Claro está, previo descuento de un total de 70 días hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

Cuarto Problema Jurídico.

El Tribunal Administrativo de Caldas, considera que no se configura la prescripción trienal (art. 187 del CPACA).

Las razones normativas son las siguientes:

- El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto 1848 de 1969, prevé la prescripción de tres años de las prestaciones sociales.
- La indemnización moratoria surge por cada día de retardo, es decir la sanción (un día de salario) se causa día tras día, hasta que se cancelen las cesantías.
- En el caso concreto no hay prescripción trienal toda vez que no transcurrieron más de tres (3) años entre la fecha en que se causó el derecho al pago de la sanción (6 de enero de 2014), y la solicitud de pago de ésta (16 de junio de 2015) mucho menos con la presentación de la demanda (7 de octubre de 2015) (Fls. 19 – 24, C.1)

Quinto problema jurídico.

El Tribunal Administrativo de Caldas, considera que no se debe ajustar la cantidad líquida de dinero por las siguientes razones:

1. Al tratarse de sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías, dicha sanción no tiene vocación de ajuste monetario con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor.
2. El reajuste o indexación equivaldría a una sanción adicional para la demandada, que no ha sido prevista en la Ley.
3. Se invoca como precedente la sentencia del Consejo de Estado, Subsección “B” con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, del 05 de agosto de 2010, Radicación número: 08001-23-31-000-2008-00394-01(1521-09). Demandante: Aminta

Elena Gálvis Baldovino. Demandado: Distrito de Barranquilla, Personería Distrital.
Textualmente afirma la sentencia:

“[...] Ahora bien, la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de las cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995. [...]”

Así las cosas, no se accederá a la pretensión relacionada con la indexación o ajuste de la condena tomando como base el Índice de Precios al Consumidor, por pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Conclusión Final.

Sobre las excepciones propuestas.

Se declararan infundadas las excepciones denominadas “Cobro de lo no debido” y “buena fe”, propuestas por el Ministerio de Educación – FNPSM.

Sobre las pretensiones:

Se declarará la nulidad de la Resolución nº. 6767-6 del 14 de julio de 2015, proferida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, mediante la cual se negó la solicitud de reconocimiento de la sanción por mora en el pago de cesantías a la docente Olga Lucía González Aguilar.

Se condenará a la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que a título de restablecimiento del derecho, reconozca y pague, de sus propios recursos, un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 20 de abril de 2015 “inclusive”. La sanción será liquidada por la demandada, Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, con fundamento en el salario devengado por la demandante en los años 2014 y 2015.

Costas y Agencias del Derecho

Conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A., se condenará en costas a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Se fijan las agencias en derecho por valor de \$425.029,44 (Equivalente al 1% de las pretensiones de la demanda) a cargo de la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente, la Sala de Decisión observa que, dada la situación que da origen a la presente condena y de manera concreta, el trámite que fue impreso a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, cuya tardanza da origen al reconocimiento de la sanción moratoria, se considera procedente compulsar copias para ante la Procuraduría General de la Nación – Regional Caldas – y la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental -, con el fin de que dichos organismos de control, valoren la necesidad de adelantar las indagaciones que consideren pertinentes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA

PRIMERO: SE DECLARAN INFUNDADAS las excepciones denominadas “Cobro de lo no debido” y “buena fe”, propuestas por el Ministerio de Educación – FNPSM.

SEGUNDO: SE DECLARA la nulidad de la Resolución n°. 6767-6 del 14 de julio de 2015, proferida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, mediante la cual se negó la solicitud de reconocimiento de la sanción por mora en el pago de cesantías a la docente Olga Lucía González Aguilar.

TERCERO: SE CONDENA a la **NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, que a título de restablecimiento del derecho, reconozca y pague, de sus propios recursos, un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 6 de enero de 2014 y el 20 de abril de 2015 “inclusive”, en favor de la demandante **OLGA LUCÍA GONZÁLEZ AGUILAR**. La sanción será liquidada por la demandada, Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, con fundamento en el salario devengado por la demandante en los años 2014 y 2015.

CUARTO: SE NIEGA la pretensión relacionada con el pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria.

QUINTO: SE CONDENA en costas a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Igualmente, **SE FIJAN** las agencias en derecho por valor de \$425.029,44 (Equivalente al 1% de las pretensiones de la demanda) a cargo de la Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEXTO: COMPULSAR copias para ante la Procuraduría General de la Nación – Regional Caldas – y la Contraloría General de la República – Gerencia Departamental -, con el fin de que dichos organismos de control, valoren la necesidad de adelantar las indagaciones que consideren pertinentes.

SÉPTIMO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

OCTAVO: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

NOVENO: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”. Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del Código General del Proceso. La Secretaría liquidará los gastos del proceso; si quedaren remanentes efectúese su devolución.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA

LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

AUGUSTO MORALES VALENCIA

(Ausente con permiso)