

Cartagena de Indias D.T y C., treinta y uno (31) de julio de dos mil dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-40-014-2016-00197-01
Demandante	EDILSA SIERRA DE HERRERA
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	<i>Sanción moratoria docente – régimen retroactivo de cesantías- Niega pretensiones</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 8 de marzo de 2017, por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió negar las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA².

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora EDILSA SIERRA DE HERRERA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 10-13 cdno 1

3.1.1 Pretensiones³

PRIMERA: Se declare la nulidad del acto ficto presunto resultado de la petición presentada el 17 de marzo de 2014, por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

SEGUNDA: Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene reconocer y pagar la sanción moratoria a que haya lugar, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas a la actora, reconocidas mediante Resolución No. 3417 del 27 de julio de 2012, proferida por la Secretaría de Educación de Cartagena. Dicha indemnización debe comprender un día de salario por cada día de retraso desde el 18 de julio de 2012, hasta el 24 de septiembre de 2012.

TERCERA: Que sobre las sumas reconocidas, se ordenen los reajustes de ley, así como al pago de la indexación aplicando la variación del IPC.

CUARTA: Que se dé cumplimiento al fallo, de acuerdo con lo establecido en el art. 192 y ss., del CPACA., o en su defecto se vea obligada, la entidad demandada, al pago de intereses moratorios. Así como la condena en costas.

3.1.2 Hechos⁴

En la demanda se expone que la señora EDILSA SIERRA DE HERRERA, laboró como docente de la Secretaría de Educación de Cartagena; que mediante petición presentada el 10 de abril de 2012, solicitó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas.

Que, en virtud de lo anterior, la Secretaría de Educación profirió la Resolución No. 3417 del 27 de julio de 2012, por medio de la cual se reconoció el pago de unas cesantías definitivas, pero la cancelación de la citada prestación solo se llevó a cabo el 24 de septiembre de 2012.

El 17 de marzo de 2014, presentó solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria respectiva, sin embargo, la entidad hoy demandada no dio respuesta alguna a dicha solicitud, configurándose con ello el silencio administrativo negativo.

³ Folio. 10 cdno 1

⁴ Folio 10 reverso cdno 1

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Se cita como normas violadas el preámbulo de la Constitución Política, y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 90, 95, 209, 230 y 315; así como la Ley 1437 de 2011, la Ley 1071 de 2006 y la Ley 1285 de 2009.

Como concepto de violación se expone que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el encargado del pago de las prestaciones sociales de los docentes vinculados al Estado Colombiano. De igual forma sostuvo que la sanción moratoria tiene por finalidad la penalización económica de las entidades que incurran en mora en el pago de las cesantías; que dicho factor, al momento de su reconocimiento debe ser indexado, puesto que los trabajadores no pueden verse afectados por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO⁵

Esta entidad dio contestación a la demanda manifestando que son ciertos los hechos manifestados en la misma, sin embargo, se opone a las pretensiones de la accionante, argumentando que éstas no están ajustadas a derecho.

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso las siguientes:

- Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma: Se estructura por cuanto su pretensión se basa en una norma, desconociendo el ordenamiento jurídico de manera integral, en el que se encuentra también las normas y sentencias en las cuales fundamenta su posición.
- Pago: Que ha cancelado a la demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal y el principio de igualdad.
- Cobro de lo no debido: Indicando que no existe sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de lo solicitado, puesto que la demandada no podía ordenar el pago, so pena de incurrir en pago de no debido en los términos del artículo 2313 del Código Civil.

⁵ Folio 27-38 c. 1

13-001-33-40-014-2016-00197-01

- Prescripción: Solicita que se declare la prescripción de todas las obligaciones dinerarias que se hayan causado y que no se hayan reclamado dentro de los 3 años siguientes a la exigibilidad del derecho.
- Compensación: Expresa que sin que implique reconocimiento del derecho alguno, solicita en caso de ser procedente, se declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por la demandada.
- Excepción genérica o Innominada: Solicita que se declare probada de oficio cualquiera que el fallador encuentre en los términos del Artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Buena Fe: La demandada cita como antecedente la Sentencia T-475 de 1992 y agrega que ha actuado de buena fe exenta de culpa, inclusive, durante todos los trámites efectuados por la parte demandante y en cumplimiento de las normas que regulan la materia.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia de 8 de marzo de 2017, la Juez Décimo Cuarta Administrativa del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que la accionante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías y por lo tanto fue vinculada al Magisterio con anterioridad a la Ley 91 de 1989; y que, en ese sentido, no tiene derecho al reconocimiento de sanción moratoria, como quiera que dicho régimen no prevé este tipo de sanción para el empleador.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia antes mencionada, afirmando que la Juez de primera instancia no aplicó la normativa correcta frente al caso bajo estudio.

Así las cosas sostuvo que, la Ley 244 de 1995, modificada por medio de la Ley 1071 de 2006, dispuso un plazo perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas, determinando de manera expresa que en los casos en los que existiere mora en el pago de las mismas, se sancionaría al

⁶ Folio 54-60 c.1

⁷ Folio 62-65 cdno 1

13-001-33-40-014-2016-00197-01

empleador con la obligación de cancelar 1 día de salario por cada día de retardo.

Expuso, que conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los empleados tienen derecho a recibir de forma efectiva y completa el pago de sus cesantías, ya sean parciales o definitivas, que además, dicha suma debe representar el valor vigente, por lo que de no ser así, se causarían intereses moratorios en favor del trabajador.

Explica que las cesantías constituyen una forma de remuneración laboral, por lo cual los trabajadores tienen derecho a que éstas no pierdan su valor adquisitivo, por lo que los empleadores que incurran en mora deben actualizar su valor; de igual forma indica que la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, con 1 día de salario por cada día de retardo.

En ese orden de ideas afirma, que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

Por medio de acta del 24 de agosto de 2017⁸, se repartió el presente asunto a este Tribunal; sin embargo, por medio de auto del 6 de abril de 2018⁹, se ordenó la devolución del expediente al Juzgado de origen, para que se corrigiera un defecto en la notificación de la sentencia.

El expediente volvió al Tribunal el 24 de agosto de 2018¹⁰, por lo que fue admitido el recurso el 31 de enero de 2019¹¹ y el 10 de junio de 2019¹² se corrió traslado para alegar de conclusión.

Por medio de auto de mejor proveer del 21 de agosto de 2019, se ordenó a la Secretaría de Educación de Cartagena remitir el expediente administrativo de la demandante al proceso. Dicho documento fue recibido el 29 de octubre de 2019 en CD (fl. 51-52).

⁸ Folio 4 cdno apelaciones

⁹ Folio 6-7 c. de apelaciones

¹⁰ Folio 14 c. de apelaciones

¹¹ Folio 16 c. de apelaciones

¹² Folio 20 c. de apelaciones

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad; por su parte, la entidad accionada presentó su escrito de alegatos ratificándose en los argumentos de la contestación de la demanda¹³.

VI. CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2 Problema jurídico.

El problema jurídico se planteará, así:

¿Es procedente declarar la nulidad del acto ficto administrativo, por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la demandante?

Para resolver el interrogante anterior, esta Corporación deberá entrar a determinar si:

¿Cuál es el régimen de cesantías aplicable a la accionante?

¿Los docentes vinculados al Estado, con régimen de cesantías retroactivas tienen derecho a percibir sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas?

5.3 Tesis de la Sala

¹³ Folio 23-28 c. de apelaciones

Esta Sala de decisión, advierte que el régimen aplicable a la demandante es el de cesantías retroactivas, como quiera que fue una docente nacionalizada vinculada con anterioridad el 31 de diciembre de 1989, conforme lo establece la Ley 91/89. En ese sentido, se considera que las normas relativas a la regulación de la sanción moratoria, Leyes 244/95 y 1071/06, no son aplicables al régimen de cesantías retroactivas, pues las mismas solo son características del régimen de cesantías anualizadas, según lo ha expuesto el Consejo de Estado en su jurisprudencia. En virtud de lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Auxilio de cesantías.

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 y que se reconoce, de manera parcial cuando se dan los supuestos fácticos que originan el derecho a ella o en forma definitiva luego del retiro del servicio, siendo su oportuno pago, en ambos eventos, asunto de trascendencia constitucional.

El auxilio de cesantía, en sus inicios se regía por lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945, que en su artículo 17 estableció que esta prestación beneficiaría a 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 1º de enero de 1942. A su turno, el artículo 1º de la Ley 65 de 1946 hizo extensiva dicha prestación a los trabajadores del orden territorial y a los particulares; la anterior disposición fue reiterada por el Decreto 1160 de 1947.

Posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3118 de 1968 estableció 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. Posteriormente, con la expedición del Decreto 3118 de 1968 se dio comienzo en el sector público, especialmente en

13-001-33-40-014-2016-00197-01

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 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

El 28 de diciembre de 1990 se expidió la Ley 50, 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. Por su parte, la Ley 344 de 1996 estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías para los empleados públicos nacionales y territoriales, aplicable a partir de 1997 con corte a 31 de diciembre de cada año, ello, sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989.

A través de la Ley 244 de 1995, se reguló el proceso de reconocimiento del auxilio de las cesantías, el cual fue modificado por la Ley 1071 de 2006, en las que se dispuso que el momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora, en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, inicia una vez que hayan vencido los 65 o 70 días con que contaba la administración para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías y realizar el pago efectivo de las mismas así:

- Se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006);
- 10 días del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51], y
- 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución.
- Al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se iniciará a causar la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

5.4.2 Régimen de cesantías docentes

13-001-33-40-014-2016-00197-01

Ley 91 de 29 de diciembre de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» en su artículo 1 estableció que:

“ARTÍCULO 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975”.

A su turno, el párrafo del artículo 2, señaló cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley:

«[...] Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, 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 [...]»

Ahora bien, pese a que allí no se indicó el régimen de cesantías aplicable a los docentes que la misma norma calificó como territoriales, lo cierto es que el artículo 4º ib. creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

En similar sentido, acerca del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señaló:

«[...] 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:



13-001-33-40-014-2016-00197-01

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 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 1 de enero de 1990, para efectos 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 [...]

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el ordinal 3º de este mismo artículo señaló:

«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 1 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 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 colige que: i). los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1.º de enero de 1990 «lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales», se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

13-001-33-40-014-2016-00197-01

Posteriormente, el artículo 6° de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, es decir, para estos docentes estableció el régimen consagrado en dicha la Ley 91 de 1989.

Así mismo, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal¹⁴ sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial. Por su parte, el artículo 115 de la Ley 115 de 1994 al limitar el régimen especial de los educadores estatales en cuanto al régimen estatal indicó que era el que allí se señalaba y el previsto en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio surgió con el Decreto 196 de 1995, el cual, en su artículo 5.º determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a lo previsto en el artículo 7 ib. el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando se incumpliera la obligación de afiliar al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

5.4.3 Procedencia de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías retroactivas en favor de los docentes.

Sobre este aspecto se refirió la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 19 de enero de 2015¹⁵, al estudiar el caso del señor GONZAGA TIMOTE AROCA contra el FOMAG, en la que se expuso que, como quiera que el actor era un docente nacionalizado, vinculado antes del 31 de diciembre de 1989 (10 de mayo de 1983), éste gozaba de un régimen de liquidación

¹⁴ Docentes designados por los entes territoriales sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975, esto es, en plazas nuevas que no contaran con el aval de la Nación, los que conservaban el régimen prestacional de cada entidad territorial.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil quince (2015). Radicación número: 73001-23-33-000-2012-00226-01 (4400-13)

13-001-33-40-014-2016-00197-01

retroactiva de sus cesantías, acorde con lo previsto en el numeral 3 literal a) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; por lo que, no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria deprecada, toda vez que la normatividad especial que rige las cesantías para este tipo de docentes (nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989) no previó el reconocimiento de sanción moratoria alguna por el retardo en el pago de las cesantías retroactivas.

Explicó, que este argumento tenía su razón de ser en el hecho de que el régimen de liquidación retroactiva de las cesantías, indudablemente, es mucho más favorable para el servidor público que el anualizado, desde el punto de vista de la cuantía de la prestación; razón por la que de alguna manera se justifica que el Legislador no haya previsto el reconocimiento de sanción moratoria alguna.

De igual forma, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 11 de febrero de 2016, al estudiar el saco se la señora ROSA ANTONIA ALTAMAR GARCÍA contra el MUNICIPIO DE SOLEDAD – ATLÁNTICO; dispuso lo siguiente¹⁶:

"De las pruebas aportadas, se infiere que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías previsto por la Ley 6ª de 1945 y demás normas complementarias, toda vez que su vinculación laboral se dio antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, y examinado el expediente, no existe prueba alguna de que haya manifestado su deseo de optar por el régimen anualizado, ni que haya adelantado alguno de los trámites subsiguientes exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado, además, el mencionado Decreto no prevé la posibilidad de un cambio tácito de régimen, por cuanto esta es una actuación voluntaria del servidor.

En consecuencia, para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado del servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es preciso que le manifieste expresamente a la administración dicha determinación, de no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos, como en efecto ocurrió en el caso sub júdice.

En conclusión

Para la Sala resulta claro que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías, en los términos de la Ley 6ª de 1945 y demás normas complementarias, pues no manifestó que su voluntad fuera la de trasladarse de régimen y en consecuencia, no es viable el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías, pues este es propio del régimen de cesantía anualizada".

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ. Bogotá, D. C., once (11) de febrero de 2016. SE007. Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00752-01 (1528-14)

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos Probados

- A través de petición del 10 de abril de 2012, la señora EDILSA SIERRA DE HERRERA solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías definitivas por haber laborado para el Magisterio desde el 21 de mayo de 1970, hasta el 5 de marzo de 2012 (fl. 5-7).
- Mediante Resolución 3417 del 27 de julio de 2012, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, le reconoció a la actora el pago de las cesantías definitivas por los servicios prestados como docente (fl. 5-7).
- Mediante petición elevada ante la entidad demandada, el 17 de marzo de 2014, la señora Sierra De Herrera solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago tardío de sus cesantías; el cual, no tuvo respuesta de la administración (fl 2-4).

5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial

En el caso bajo estudio se demanda la nulidad del acto ficto producto de la petición presentada por la accionante, el 17 de marzo de 2014 en la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago tardío de sus cesantías.

En la sentencia de primera instancia, la Juez a quo, denegó el derecho a la interesada, bajo el argumento de que la señora EDILSA SIERRA DE HERRERA era beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, y por ello, no tenía derecho al reconocimiento de sanción moratoria, pues dicho régimen no contempla tal figura. Por lo anterior, la señora SIERRA DE HERRERA interpuso un recurso de apelación, en el que manifiesta que la A-quo, interpretó de manera errada la normatividad aplicable al caso concreto, puesto que las Leyes 244/95 y 1071/06 sí le son aplicables a su caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde a este Tribunal entrar a determinar si es o no admisible el argumento del apelante, en el sentido de que su poderdante tiene derecho a la sanción moratoria o si por el contrario debe confirmarse la decisión del juez de primera instancia de que no le asiste el mismo, por ser una persona cuyo régimen de cesantías era retroactivo.

13-001-33-40-014-2016-00197-01

Sea lo primero exponer que, conforme con la Resolución 3417 del 27 de julio de 2012, la señora EDILSA SIERRA DE HERRERA estuvo prestando sus servicios al Magisterio desde el **21 de mayo de 1970**, hasta el 5 de marzo de 2012, **como docente nacionalizada** (fl. 5-7). Por lo anterior, en virtud de su retiro del servicio, presentó el 10 de abril de 2012, una solicitud de liquidación de sus cesantías definitivas, la cual se llevó a cabo a través del acto administrativo en cita. En la resolución anterior se indica que la accionante laboró un total de 15.044 días continuos, y que le son aplicables las Leyes 6ª de 1945, 65/46, Decreto 1160/47, Ley 91/89 y la Ley 244/95.

Ahora bien, advierte esta Corporación que la Ley 91 de 1989 en su artículo 3º establece que a los docentes nacionalizados vinculados **hasta el 31 de diciembre de 1989**, se les reconocerán las cesantías de forma retroactiva, es decir, en el monto equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente, sobre el último salario devengado; y que los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, y los nacionales vinculados en cualquier tiempo (sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990), tendrán derecho al reconocimiento de cesantías anualizadas.

Conforme con lo expuesto, como quiera que la actora es una docente nacionalizada vinculada con anterioridad al 31 de diciembre de 1989, su régimen de cesantías es retroactivos; así las cosas, y atendiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en las consideraciones de esta providencia, se advierte que esta no tiene derecho al reconocimiento de sanción moratoria, toda vez que éste régimen no contempla dicha sanción.

Conforme con lo anterior, no le queda a esta Corporación otra salida, distinta a confirmar la decisión de primera instancia.

5.5 De la condena en costa.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

13-001-33-40-014-2016-00197-01

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas a la señora EDILSA SIERRA DE HERRERA, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por ella.

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

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

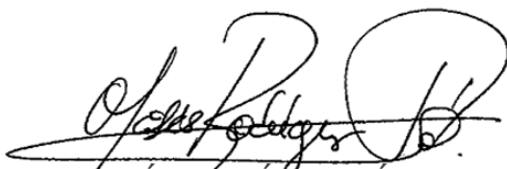
SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante EDILSA SIERRA DE HERRERA, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 047 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN