

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Teniendo en cuenta lo ordenado en numeral 3° del artículo 182 del C.P.A.C.A., en la fecha se procede por parte de este despacho a dictar sentencia por escrito dentro del presente asunto:

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ANA MILENA BERMUDEZ VIDAL

DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

RADICACIÓN: 76001-33-33-003-2014-00413-00

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No.: 151

ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

Mediante la demanda incoada se solicita que se provea a estas declaraciones:

"1. Declarar nulo el oficio N° 4143.3.13.3238 de junio 11 del 2014 de la alcaldía de Santiago de Cali – Secretaría de Educación- donde se da respuesta a la petición incoada, sin resolver de fondo y sin conceder recurso alguno, donde tácitamente se niega la petición del pago de la sanción moratoria y la indexación correspondiente, por el no pago dentro del término legal del anticipo de cesantías reconocidas a mi poderdante mediante la resolución N° 4143.0.21.06601 del 26 de septiembre de 2008 de la alcaldía de Cali – Secretaría de Educación Municipal de Cali –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – solicitud radicada bajo el N° 2008 – CES – 014823 del 18 de junio del 2008 y cancelada el 12 de mayo del 2009 por el BBVA.

2°Que como consecuencia de la anterior nulidad, se condene al demandado a reconocer y pagar a favor de la señora ANA MILENA BERDMUDEZ VIDAL, la sanción moratoria, intereses de mora y la indexación correspondiente por el no pago dentro del término legal del anticipo de cesantías reconocidas a mi mandante, a partir del momento de la radicación de la solicitud en la Secretaria de Educación de Cali, es decir desde el 18 de junio del 2008 hasta el 12 de mayo del 2009, fecha en que se hizo efectivo el pago en el BBVA.

4° Que los intereses por mora y la indexación decretada sea ajustada en los términos del artículo 192 y ss de la ley 1437 de 2011."

1.2. HECHOS.

Son los que el Despacho sintetiza de la siguiente manera:

1.2.1. El 29 de mayo de 2014, la demandante señora ANA MILENA BERMUDEZ VIDAL radicó en la Secretaría de Educación de Cali, un derecho de petición en el cual solicitó se reconociera y ordenara pagar la sanción moratoria, la indexación e intereses de mora por el no pago dentro del término legal de las cesantías reconocidas mediante Resolución No. 4143.0.21.006601 del 26 de septiembre del 2008 proferida por la Alcaldía de Cali - Secretaría de Educación Municipal - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitud radicada bajo el N° 2008-CES-014823 del 18 de junio de 2008 y cancelada el 12 de mayo de 2009 por el BBVA.

1.2.2. La entidad demandada mediante oficio No. 4143.3.13.3238 de junio 11 del 2014 dio respuesta a la petición incoada, sin resolver de fondo y sin conceder recurso alguno, presentándose así silencio administrativo negativo.

1.3. NORMAS VIOLADAS.

Como tal se señalaron:

- Ley 91 de 1989; Ley 244 de 1995; Ley 1071 de 2006; artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y su decreto reglamentario 2831 de 2005, artículos 3, 4 y 5.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACION.

El apoderado de la parte actora lo expuso de la siguiente manera:

Indicó que según la Ley 91 de 1989 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene en sus objetivos efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado y las cesantías son una prestación social, es lógico que si hay mora en el pago de las misma, se debe cancelar los intereses por mora en el pago de esta prestación social a la demandante.

Transcribió el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, el cual establece el tiempo máximo durante el cual se deben pagar las cesantías definitivas o parciales, por parte de la entidad pública.

Expuso que cuando la entidad no se pronuncie frente a la solicitud de conocimiento y pago de las cesantías, el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse a partir del día siguiente a los 65 días hábiles posteriores a la radicación de la petición de cesantías.

1.5. TRAMITE E INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA.

Mediante auto proferido el día 28 de enero de 2015, se admitió la demanda (fl.22-23); se notificó en debida forma a las partes, al Ministerio Público y a la Agencia

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANA MILENA BERMUDEZ VIDAL
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
RADICACIÓN: 76001-33-33-003-2014-00413-00

Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fl.25-30); la entidad demandada Municipio de Santiago de Cali durante el término para dar contestación a la demanda dio contestación (fls. 54-61). Por su parte, la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda de forma extemporánea (fls. 89, 90-104)

A través de auto de sustanciación No. 764 del 7 de julio de 2015, se fijó fecha para la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fl. 106); El día 23 de septiembre de 2015, se llevó a cabo la audiencia inicial, una vez celebrada la misma y agotadas todas las etapas, se prescindió de la audiencia de pruebas y se constituyó en audiencia de juzgamiento en la cual se expusieron alegatos de conclusión (fl.111).

Posteriormente el despacho indicó que no era posible dictar el sentido del fallo, razón por la cual la sentencia se proferiría dentro de los 30 días siguientes, de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 182 del C.P.A.C.A.

1.5.1. POSICION DE LA ENTIDAD DEMANDADA - MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

En cuanto a las pretensiones de la demanda, indicó que se opone a todas y cada una de estas. Manifestó que la Secretaría de Educación ejerce sus funciones en cumplimiento de la Constitución Política y las Leyes, es por ello que ha observado la normatividad que ampara a los docentes vinculados al servicio estatal, en especial lo estipulado en la Ley 91 de 1989 y demás normas y decretos propios al régimen especial del magisterio.

Expuso que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es una cuenta especial de la Nación, consistente en un patrimonio autónomo sin personería jurídica, sus recursos no forman parte del patrimonio de la Sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. entidad demandada, toda vez que esta actúa como administradora de dichos recursos en virtud de un contrato de fiducia mercantil celebrado con la Nación.

Arguyó que la Fiduciaria La Previsora S.A, es una entidad eminentemente administradora y pagadora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de conformidad con la Ley 91 de 1989.

La secretaria de educación municipal surtió el trámite que le correspondía, que es la elaboración del proyecto de acto administrativo, y en firme este se debe remitir copia junto con su constancia de ejecutoria para el respectivo pago a la FIDUCIARIA, encargada de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente indicó que los docentes gozan de un régimen prestacional independiente de los demás servidores públicos, por lo que a la demandante no le asiste el derecho a reclamar el pago de la sanción moratoria, en tanto a ella no se

aplican las disposiciones que sobre el particular estatuyen la Ley 344 de 1996 y la Ley 244 de 1996, modificada por la Ley 1071 de 2006, las cuales son normas aplicables a la generalidad de los empleados públicos y el mismo artículo 13 de la Ley 344 de 1996, determinó que sus preceptos no se aplican a quienes se encuentren amparados por la Ley 91 de 1989, norma ésta última a través de la cual le fueron reconocidas las cesantías parciales a la demandante.

Propuso como excepciones las denominadas:

- **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA:** El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Municipio de Santiago de Cali, a través de la FIDUPREVISORA S.A. es la que reconoce y ordena el pago de una cesantía, razón por la cual puede comparecer a juicio y en este caso, es la llamada a responder por el hecho de que a la demandante se le reconoció sus cesantías por conducto de ella.
- **COBRO DE LO NO DEBIDO:** El Municipio de Santiago de Cali no adeuda valor alguno por sanción moratoria de acuerdo a las razones de la defensa.
- **CARENCIA DEL DERECHO:** A la parte actora no le asiste como fundamento la norma invocada por cuanto a ella no se aplica las disposiciones que sobre el particular estatuyen las Leyes 344 de 1996, 244 de 1996 y 1071 de 2006. Máxime cuando el artículo 13 de la Ley 344 determinó que sus preceptos no se aplican a quienes se encuentren amparados por la Ley 91 de 1989, misma mediante la cual fue reconocida las cesantías a la demandante.
- **INNOMINADA.**

1.5.2. PRUEBAS¹.

1.5.2.1. DE LA PARTE DEMANDANTE.

Se le concedió el valor probatorio que la Ley les confiere a los documentos aportados con la demanda, obrantes a folios 2 a 12 del plenario, los cuales quedaron relacionados en el acta y el audio de la diligencia.

1.5.2.2. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

Se le otorgó el valor probatorio a los documentos aportados con la contestación de la demanda, obrantes a folio 70 a 88 del expediente, los cuales quedaron relacionados en el acta y el audio de la diligencia.

¹ Ver acta audiencia inicial folios 110 a 112 del expediente.

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANA MILENA BERMUDEZ VIDAL
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
RADICACIÓN: 76001-33-33-003-2014-00413-00

1.5.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Los alegatos de conclusión fueron escuchados en audiencia de alegatos y juzgamiento, para lo cual el apoderado de la parte demandante expuso que si bien la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contempla lo referente a la sanción moratoria, se puede aplicar la 244 de 1996 modificada y reglamentada por la ley 1071 de 1996, que tiene regulado el tema de cesantías parciales.

La sanción moratoria tiene como fin resarcir el daño de la demora en el pago de las cesantías solicitadas. El ánimo es proteger los derechos de los servidores públicos que piden el pago de esta prestación, lo docentes no se encuentran exceptuados porque son servidores públicos.

Hizo referencia a diferentes providencias proferidas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de las cuales se reconoció la sanción moratoria objeto del presente proceso.

Por su parte, el apoderado de la parte accionada – Municipio de Santiago de Cali reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

2. CONSIDERACIONES

Se observa que el proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

De otra parte se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes en el proceso, particularmente permitiéndoseles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalado por el ordenamiento jurídico.

En este punto es dable precisar, que este despacho judicial considera que la competencia cuando se trata del reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardía de las cesantía corresponde a los juzgados laborales, en atención a lo dispuesto por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en providencia del 3 de Diciembre de 2014, al resolver un conflicto negativo de jurisdicción entre los Juzgados Quinto Laboral del Circuito y Cuarto Administrativo, ambos de Pereira, con radicación No. 11001010200020130298200 con ponencia de la Magistrada Dra. MARÍA MERCEDES LÓPEZ MORA, cuyos apartes pertinentes se citan:

(...)Es decir, ya no es defendible la posición esbozada en el sentido que por no tener un reconocimiento expreso la sanción moratoria por parte de la administración, no puede pregonarse la existencia de título ejecutivo, cuando la complejidad del mismo deviene de la presencia de elementos básicos e ineludibles, como la existencia del reconocimiento de las cesantías (no se

discute la misma), su pago tardío o no pago y la ley misma (Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006) como fuente de obligación que es, ante esas realidades no hay forma de sustraerse al reconocimiento de título ejecutivo, que por serlo, es exigible ante la jurisdicción que compete, solo que ante los supuestos dados en el artículo 104- 5 de la Ley 1437 de 2011, casos como el presente no son de los enlistados allí por el legislador, por lo tanto, el juez natural sigue siendo el Ordinario Laboral.

Así las cosas, se precisa de un cambio de posición de la Sala para decidir conflictos como el de autos, a fin de dejar sentado que es la Ley y, en caso de duda, el Juez del conflicto quien decide teniendo en cuenta no solo la pretensión invocada sino el fondo del asunto expuesto, la jurisdicción competente.

(...)

Así las cosas, la acreencia laboral cuyo pago reclama la demandante, fue reconocida por la Secretaria de Educación Departamental, con la orden expresa en la resolutive que "De la suma reconocida exceptuando el valor estipulado en el párrafo primero del artículo primero, queda un saldo líquido de \$80.121.529.00 que será cancelado por la entidad Fiduciaria La Previsora S.A. según acuerdo suscrito entre la Nación y esta entidad a ROSALBA MESA CARVAJAL...", por ende, teniendo en cuenta que no se está discutiendo la legalidad de ese acto administrativo sino el cumplimiento del mismo, que generó una mora de 284 días hizo necesario que se instaurara demanda ordinaria laboral para que se reconozca que se canceló por fuera del termino de Ley. Resulta entonces que la competencia para conocer el asunto recae en la Jurisdicción Ordinaria.

Debe acotarse sobre el hecho que, como lo pretendido es el pago de una obligación legal, como es la mora en la cancelación de las cesantías reconocidas, pues la Resolución 468 del 30 de diciembre de 2011 tan solo fue cancelada el 14 de mayo de 2012, sanción que estando prevista y debidamente reglada en su cuantía según los días de mora, se torna indiscutible que el monto es fácilmente determinable, para que en concordancia con el art. 488 del C.P.C., pueda hablarse de estar en presencia de un título ejecutivo, de donde es viable su ejecución por parte del beneficiario a través de acción ejecutiva.

(...)

Teoría que no es novedosa en el ordenamiento interno, menos en esta Colegiatura, que desde mucho antes concibió esta misma posición cuando se ventilan casos como el de autos, pese a que se invocaban pretensiones de nulidad y restablecimiento de derecho, determinado siempre como de la Jurisdicción ordinaria por constituir título ejecutivo complejo una vez reconocidas las cesantías. (...)" (Se resalta por el Despacho).

Sin embargo, esta postura de adoptó por la Instancia en fecha posterior a la admisión de la demanda, efectuada en auto interlocutorio No. 038 del 28 de enero de 2015 y además de ello, al avizorarse en la fecha de celebración de la audiencia inicial, se consideró que en el plenario no obraba prueba del pago tardío, lo que enervaba la existencia del título ejecutivo, por lo cual el Despacho se preocupó por adentrarse a examinar la legalidad del acto administrativo demandado, siendo

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANA MILENA BERMUDEZ VIDAL
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
RADICACIÓN: 76001-33-33-003-2014-00413-00

procedente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Los medios exceptivos propuestos por el apoderado judicial de la entidad demandada - Municipio de Santiago de Cali a los que denominó COBRO DE LO NO DEBIDO y CARENCIA DEL DERECHO, no ameritan estudio diferente al que se realizará seguidamente al resolver el mérito del negocio, puesto que su resolución se confunde con la del fondo del asunto.

A su vez la excepción de FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, fue diferida para el fondo del asunto en la etapa de audiencia inicial, sin que existiera oposición por las partes.

3. CUESTION DE FONDO.

3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

El presente caso insta responder si: ¿Se encuentra ajustado a derecho el Oficio No. 4143.3.13.3238 de junio 11 de 2014, proferido por la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali, mediante el cual se niega el reconocimiento de indemnización moratoria por el pago no oportuno de cesantías parciales a favor de la señora Ana Milena Bermúdez Vidal?

3.2. MARCO NORMATIVO EN TORNO AL AUXILIO DE CESANTÍAS.

La Ley 6ª de 1945 en su artículo 17, estableció el auxilio de cesantías como una prestación social equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios.

La Ley 65 de 1946 en su artículo 1º, ordenó que: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese 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 de retiro.”*

El Decreto 1160 de 1947, en su artículo 1º, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación. El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario contado a partir del 1º 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 a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la rama ejecutiva nacional, el desmonte de la retroactividad de

la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo Nacional del Ahorro.

Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la cual, su artículo 1º, señaló como docentes Nacionalizados a los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

El artículo 2º de la norma ibídem, señala las entidades a las cuales les corresponde asumir las obligaciones contraídas para con las modalidades de docentes, así:

"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:

1.- Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

2.- 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 las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.

3.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieren sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.

4.- Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieren sus veces.

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 hicieron 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.

Parágrafo - 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.”

El literal A. del numeral 3.- Cesantías del artículo 15 de la misma norma, señala que: *“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.”*

Por su parte, 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”*, reglamentó el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

Respecto de las cesantías parciales, señaló la Ley 1071 de 2006, que todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2² podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

- “1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.*
- 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.”*

Para lo anterior, el artículo 4^o ibídem señala que dentro de los quince días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías parciales por el interesado, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo

² Ley 1071 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.

el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente al reunir todos los requisitos³ determinados en la ley, so pena de incurrir la entidad responsable en la pena moratoria prevista en el artículo 5º de la misma norma, que señala:

"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."

Se desprende entonces de dicha normatividad, que la obligación a cargo de la entidad patronal se resume a las siguientes actividades:

- 1) Expedir dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, el acto administrativo de reconocimiento, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.
- 2) Cancelar la prestación social en 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 o parciales, so pena de reconocer y cancelar al beneficiario de las cesantías, 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.

3.3. MARCO JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA SANCION MORATORIA PARA PERSONAL DOCENTE DEL SECTOR OFICIAL.

En cuanto a la aplicación de 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", existen dos posiciones, una que tiende a proteger el derecho de igualdad de los docentes y que pese al régimen especial que estos ostentan, da aplicación a la norma general en materia de cesantías, sanciones y términos para su cancelación, y otra que, en sentido estricto, considera inaplicable en el caso particular de los docentes, la ley general debido a su régimen especial.

³ Ley 1071 de 2006 Artículo 4º 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.

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANA MILENA BERMUDEZ VIDAL
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
RADICACIÓN: 76001-33-33-003-2014-00413-00

A continuación este despacho trae a colación sentencias proferidas por el H. Consejo de Estado que exponen las posiciones a que se hizo referencia.

Mediante sentencia proferida el día 14 de diciembre de 2015⁴, se hizo referencia a la sanción moratoria por el pago no oportuno de las cesantías, accediendo a la aplicación de la Ley 1071 de 2006 al personal docente del sector oficial, en estos términos:

“Aplicación de la Ley 1071 de 2006 al personal docente del sector oficial.

Como se dijo, el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 cubija a todos los empleados y trabajadores del Estado, así quedó consagrado en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa, al advertir que “la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial”⁵, de modo que no encuentra la Sala ninguna razón para excluir, a los docentes del sector oficial, del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, pues al igual de los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibidem.

La necesidad de protección del derecho al pago oportuno de las prestaciones sociales de los servidores públicos quedó claramente consignada en la exposición de motivos de la Ley 244 de 1995, al manifestar lo siguiente:

“(…) 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. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.

Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando el final se paga al trabajador su cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados, con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador.”⁶

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación número: 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14)

⁵ Consulta realizada en la página web senado.gov.co. Proyecto de Ley No. 44 de 2005.

⁶ Gaceta del Congreso año IV – N°. 225 del 5 de agosto de 1995

Los docentes del sector oficial no escapan a dicha realidad, son varios los casos en los que la Sección Segunda de la Corporación se ha pronunciado en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de docentes a quienes no se les ha cancelado en forma oportuna el auxilio de cesantías, entre los que vale citar: sentencia de 21 de mayo de 2009, Expediente No. 23001-23-31-000-2004-00069-02 (0859-08), actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo, demandado: Departamento de Córdoba. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; sentencia de 21 de octubre de 2011, Expediente No. 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09), actor: Eduardo Montoya Villafañe, demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia de 10 de julio de 2014, expediente No. 17001-23-33-000-2012-0080-01 (2099-13), actor: Martha Lucía Hernández Clavijo, demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero y sentencia de 22 de enero de 2015, expediente No. 73001-23-31-00192-01 (0271-14), actor: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez, demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Además, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías consagrada en la 1071 de 2006 no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5º de la Ley 91 de 1989⁷, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que no contraría las condiciones ni la competencia para el reconocimiento de la prestación, ni tampoco se ve afectado el derecho del empleado docente a recibir un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, de manera que no se menoscaba el régimen especial a favor de los docentes afiliados al Fondo, en cambio, si se complementa con la fijación de unos términos perentorios para el reconocimiento y pago oportuno de la prestación.

En conclusión, la Sala estima que no existe obstáculo legal para el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a favor de los docentes, toda vez que el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 incluye a todos los servidores públicos, inclusive a los del sector oficial, como se dejó sentado en la exposición de motivos; además, la referida sanción no resulta incompatible con el régimen especial establecido para el reconocimiento de las

⁷Artículo 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:

(...)

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 1o. 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".

cesantías de los docentes, ya que no se ve afectan las condiciones, términos y competencia para el reconocimiento de la referida prestación ni se menoscaba el derecho de los docentes a esta prestación, razones que conducen a la Sala a reafirmar la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes oficiales, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (...)" (Se subraya por el Despacho)

En contraposición con la sentencia parcialmente transcrita, la misma Corporación mediante providencia del 19 de enero de 2015⁸, precisó la no aplicación de la sanción por mora prevista en las leyes para aquellos eventos de retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas de los docentes, así:

"Como se observa (i) se trata de un procedimiento administrativo especial exclusivamente aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (ii) que implica el desarrollo de competencias compartidas entre diversas entidades, pues conlleva el despliegue de actividades y trámites tanto por parte de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, como por la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo, en este caso la Fiduciaria La Previsora S.A., y (iii) cuyos términos son diversos y más amplios que los previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los demás servidores públicos.

"Atendiendo al principio de especialidad normativa, consagrado en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887⁹, no resulta jurídicamente viable aplicar la sanción por mora prevista en las leyes últimamente referidas para aquellos eventos de retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas de los docentes, cuando los términos de uno y otro régimen (el general de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y el especial consagrado en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como en el Decreto 2831 de 2005) son diversos.

"Vale decir, no es razonable exigir a las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas ni a la Fiduciaria La Previsora S.A. el cumplimiento de los términos señalados en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales y definitivas de los docentes, por cuanto para tal efecto existen normas que contienen un procedimiento administrativo especial, con términos diversos y más extensos y en las cuales no se previó expresamente sanción moratoria alguna.

"En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, tampoco es posible aplicar las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como el Decreto 2831 del mismo año, para los efectos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y al mismo tiempo pretender el cobro de la sanción por mora en la cancelación de dicha prestación con fundamento en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues, se reitera, se trata de regímenes diversos, dirigidos a distintos destinatarios.

⁸ consejo de estado. Sección segunda - subsección "A". CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, diecinueve (19) de enero de dos mil quince (2015). Radicación No: 73001-23-33-000-2012-00226-01 (4400-13).

^{9-1º}). La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

"4.3.- Finalmente debe la Sala advertir que la Ley 1071 de 2006 no derogó el procedimiento administrativo especial previsto en el Decreto 2831 de 2005 para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no resulta válido afirmar que en el ámbito de aplicación señalado en el artículo 2º de aquella ley estén incluidos los docentes." (Se subraya por el Despacho).

4. EL CASO CONCRETO

El Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que fue aportada con la demanda por la parte actora, y que surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes¹⁰.

De igual forma, se reconoce valor probatorio al material documental presentado por la entidad demandada, por tratarse de documentos de carácter público que fueron expedidos por la misma, contentivos de los antecedentes administrativos de la demandante.

Del material probatorio recaudado se puede establecer que en el presente asunto se encuentra probado lo siguiente:

- Mediante Resolución No. 4143.3.21.006601 del 26 de septiembre de 2008, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por intermedio de la Secretaría de Educación de Santiago de Cali, le reconoció a la demandante Ana Milena Bermúdez Vidal, la suma allí consignada por concepto de liquidación parcial de cesantías (fls. 2-5).
- Encuentra esta operadora judicial que si bien en la audiencia inicial llevada a cabo el día 23 de septiembre de 2015¹¹, se indicó que en el presente asunto no se había aportado el comprobante de pago en el que se determina la fecha de consignación del valor reconocido como cesantías a favor de la señora ANA MILENA BERMÚDEZ VIDAL, se advierte de lo expuesto en la demanda que las cesantías fueron canceladas el día 12 de mayo de 2009 por el BBVA y así se corrobora con el sello impreso en la copia de la Resolución No. 4143.3.21.06601 del 26 de septiembre de 2008, el cual se presume original y que se tendrá como prueba del pago (fls. 2-6)
- Mediante solicitud radicada ante la entidad el 29 de mayo de 2014, la demandante, por intermedio de apoderado, requirió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria o indexación e intereses por mora en el pago de las cesantías parciales ya reconocidas (fls.7-10).

¹⁰ Sobre la prueba documental y su valor probatorio, se puede consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 7 de marzo de 2011, Rad. No. 20171, C.P. Enrique Gil Botero.

¹¹ Ver folio 107

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANA MILENA BERMUDEZ VIDAL
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
RADICACIÓN: 76001-33-33-003-2014-00413-00

- Por medio de Oficio No. 4143.3.13.3238 del 11 de junio de 2014, proferido por el Subsecretario para la Dirección y Administración de los Recursos del Municipio de Santiago de Cali, se dio respuesta al requerimiento presentado por la demandante, indicando que no es la Secretaría de Educación del Municipio de Cali la competente para darle respuesta a su petición, dado que es la FIDUPREVISORA la encargada de programar y realizar los pagos respectivos, exponiendo además que los docentes por tener un régimen especial y por ende, deben someterse plenamente a la normatividad sin reclamar la aplicación de derechos y garantías reconocidas para el régimen común.

4.1. ANALISIS DEL CASO EN CONCRETO.

De las pruebas allegadas se advierte que a la demandante por haber sido incorporada al Magisterio después del 31 de diciembre de 1989, le resulta aplicable el sistema de liquidación anualizado de cesantías, de conformidad con el numeral 3 literal b) artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (régimen especial docente).

El trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales para el personal docente, implica de conformidad con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como en el Decreto 2831 de 2005, un trámite especial que obedece a términos igualmente particulares, más extensos los mismos, debido a que en el trámite respectivo deben actuar las Secretarías de Educación territoriales y la sociedad fiduciaria respectiva, no siendo justo para las entidades que participan en el trámite especial (cesantías docentes), cumplir con los mismos tiempos del régimen general aplicable a los demás servidores el cual es más limitado.

Atendiendo a que el régimen prestacional especial docente, no contempló el reconocimiento de sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías y al considerar este despacho que el régimen general no les resulta aplicable, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda, quedando establecida que la posición jurisprudencial que se adopta es aquella que indica que es inviable aplicar la sanción por mora prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para aquellos eventos de retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas de los docentes, dada la diversidad de los términos entre uno y otro régimen (el general de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y el especial consagrado en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como en el Decreto 2831 de 2005).

Sin embargo, en gracia de discusión y para el caso en que el superior funcional no esté de acuerdo con la posición adoptada por esta instancia, es necesario acotar que en el asunto sub examine ha operado el fenómeno de la prescripción de los derechos laborales para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, conforme pasa a explicarse.

El régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales regulado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968¹², estableció lo siguiente:

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual". (Se subraya por el Despacho)

Por su parte, el artículo 102 del Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, dispuso:

"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual." (Se subraya por el Despacho)

En atención a las anteriores preceptivas, se advierte que la petición de reconocimiento de la sanción moratoria de la demandante fue radicada ante la entidad demandada el día 29 de mayo de 2014¹³, al tiempo que el pago efectivo y tardío de las cesantías reclamadas se realizó hasta el 12 de mayo de 2009¹⁴, superando los tres años de que tratan las normas en cita, de manera que, como la sanción moratoria se va causando cada día, se va generando un pago independiente y al dejarse transcurrir este tiempo (más de 3 años) sin ejercer su derecho, éste estaría prescrito.

Este es el análisis que sobre el tópico realizó el H. Consejo de Estado en sentencia del 19 de mayo de 2016, pronunciándose sobre el carácter autónomo de la sanción moratoria respecto de las cesantías¹⁵:

"(...) Ahora bien, teniendo claro que al actor le asiste el derecho al pago de la sanción moratoria por el incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías a tiempo, corresponde analizar si en el presente caso, tal como se decidió en la sentencia de 11 de octubre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, es preciso aplicar la prescripción extintiva parcial del

¹² por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. Aclarado por el Decreto Nacional 3193 de 1968, Reglamentada por el Decreto Nacional 1848 de 1969.

¹³ Ver folio 7

¹⁴ Folios 2 a 6, según sello impuesto en la Resolución No.4143.3.21.06601 del 26 de septiembre de 2008 por el BBVA.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00812-01(3855-14)

derecho. En virtud de dicho fenómeno, el ejercicio de un derecho se extingue con el transcurso del tiempo, de acuerdo con las disposiciones pertinentes, pues se presume que su titular lo ha abandonado o renunciado. **En otras palabras, la prescripción extintiva es la figura que castiga la desidia o negligencia de quien detenta un derecho y no lo ejerce oportunamente.**

En el caso del régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, que estableció lo siguiente:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Por su parte, en el artículo 102 del Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector privado y público, se dispuso:

“PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Es decir, una vez la obligación es exigible, se cuenta con un lapso de tres años para reclamarlo y en esos eventos se produce la interrupción de la prescripción por una sola vez (...)

En consecuencia, la prescripción de la sanción no está atada a la del derecho principal, sino que opera de manera autónoma. Es por lo anterior que dado que la prestación social se debe pagar el 14 de febrero de cada año, a partir del día siguiente a que se cause el derecho, se empieza a causar la sanción moratoria y el trabajador debe solicitarle el pago a la administración de manera oportuna so pena de prescripción trienal de las sumas que no haya reclamado en el momento preciso (...)

De tiempo atrás, la misma corporación se había pronunciado sobre la manera de contabilizar el término de prescripción en casos de sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías¹⁶, veamos:

“ (...) Aunque la mora en la cual incurrió el Departamento del Atlántico empezó a correr desde el día 16 de febrero de 2001 y la misma cesó el 17 de mayo de 2004, la solicitud de pago de la referida sanción tan solo se cursó el 9 de agosto

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 17 de abril de 2013, expediente 2664-11, actor: José Luis Acuña Henríquez.

de 2006, configurándose de forma parcial el fenómeno de prescripción del derecho.

El numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que contiene la sanción moratoria solicitada, no condiciona la causación de tal derecho al pago efectivo de la prestación. Vale decir, la obligación de pago de la sanción moratoria no surge a partir de la cancelación efectiva de la cesantía, como parece entenderlo el apelante, sino que ella se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple con el deber de consignar el valor que corresponda en la cuenta individual del trabajador, a razón de un día de salario por cada día de retardo.

Un entendimiento contrario conllevaría al absurdo de afirmar que el reclamo de la sanción moratoria dependería de la voluntad del empleador incumplido, pues solo sería viable formularlo una vez se ha pagado la cesantía. Por el contrario, la intención del Legislador al establecer dicha sanción fue justamente castigar la omisión o el retardo en el pago de la prestación.

El apoderado del actor considera que el término de prescripción de tres años debe contabilizarse a partir del 17 de mayo de 2004, fecha en la que se emitió y cumplió la orden de pago de las cesantías correspondientes al año 2000, lo cual no es de recibo, dado que como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, dicho término se contabiliza, hacia atrás, desde el momento en que el interesado solicitó a la administración el pago de la sanción moratoria, pues con ello se interrumpe la prescripción. El razonamiento del recurrente equivale a ampliar el término de prescripción de los derechos laborales a más de tres años, sin ningún fundamento jurídico."

Estos extractos jurisprudenciales, permiten evidenciar que, en el evento de que se determinase la procedencia de la aplicación del régimen general contemplado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 a los docentes estatales, el derecho reclamado en el presente proceso se encuentra prescrito, al no haber reclamado de manera oportuna la demandante el pago de la sanción moratoria pretendida en la demanda.

5. CONDENA EN COSTAS.

No hay lugar al pago de costas por parte de la parte vencida en juicio, en el entendido que no apareció probada su causación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G. del P.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

ACCION: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANA MILENA BERMUDEZ VIDAL
DEMANDADO: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO- MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
RADICACIÓN: 76001-33-33-003-2014-00413-00

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso le pudieran corresponder a la parte actora y en firme la presente sentencia, archívese el expediente previa cancelación de su radicación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,


SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMON
JUEZ

NGV