JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, 03 de marzo de dos mil diecisiete (2017).

SENTENCIA N° 14

Radicación: 76001-33-33-006-2015-00249-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: FLORENTINA FIGUEROA MANCERA
Demandado: NACIÓN – MIN. EDUCACIÓN - FOMAG

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Proferir sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dispuesto en el artículo 138 del C.P.A.C.A, impetrado por la señora Florentina Figueroa Mancera actuando a través de apoderado judicial en contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Santiago de Cali y Fiduciaria la Previsora S.A.

I. DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

La demandante solicita declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto como resultado del silencio negativo de la entidad demandada frente a la petición elevada el día 07 de abril de 2014, en la cual reclamó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías establecida en la ley 1071 de 2006, a partir del día siguiente al vencimiento de los 65 días y hasta el día en que se hizo efectivo el pago.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho reclama que se condene a la Nación – Min. Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio a que reconozca y pague la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo; esto, desde el día siguiente al vencimiento de los 65 días hábiles contados a partir del momento en que se radico la solicitud de reconocimiento de cesantías ante la entidad; y hasta el día que se hizo efectivo el pago de la misma.

Igualmente solicita que el valor reconocido sea ajustado tomando como base el Índice de Precios al Consumidor con fundamento en lo dispuesto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 ibídem.

1.2 HECHOS

Afirma que el 16 de agosto de 2012 solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías por laborar como docente en los servicios educativos estatales; la cual fue resuelta mediante resolución N°. 4143.0.21.0212 del 15 de enero de 2013 reconociendo la prestación solicitada.

Expresa que la cesantía fue pagada el 31 de mayo de 2013, es decir cuando ya había vencido el término de 65 días con el que contaba la demandada para efectuar el pago, dado que la solicitud de reconocimiento fue elevada el 16 de agosto de 2012, el término concluyó el día 28

de noviembre de 2012, habiendo incurrido la entidad en mora para el pago de dicha prestación.

Manifiesta que con base en lo anterior, el 07 de abril de 2014 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria indicada, sin obtener respuesta alguna por la entidad; ante tal situación acudió ante la Procuraduría General de Nación para la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el fin de llegar a un posible acuerdo, la cual fue declarada fallida según constancia del 4 de mayo de 2015 ante la falta de ánimo conciliatorio.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

- Ley 91 de 1989, artículos 5, 9 y 15.
- Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2.
- ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5.
- decreto 2831 de 2005.

Expresa que el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha venido siendo menoscabado, pues las entidades encargadas, apartándose de las disposiciones que regulan la materia, incurren en mora injustificada contrario a lo que sucede con los otros servidores públicos, a los cuales les es cancelado a más tardar en 30 días. En virtud de lo anterior fue proferida la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, que estableció una sanción por el pago tardío de las cesantías parciales o totales para los servidores públicos; expresa que dicho término perentorio está compuesto por 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud para la expedición del acto de reconocimiento, y los siguientes 45 para proceder al pago de la prestación.

Argumenta que a pesar de que por vía jurisprudencial se ha establecido que el pago de dicha prestación debe realizarse dentro de los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al solicitar el pago de las cesantías ya sean totales o parciales, encuentran que la entidad ha estado contraviniendo las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de las mismas; expresa que la entidad demandada ha excedido los términos legales y ha dado lugar a la sanción moratoria de 1 día de salario del docente por cada día de retardo que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 65 días.

Manifiesta que el reconocimiento de la prestación reclamada está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta su calidad de docente al servicio del Estado, y que la Ley 91 de 1989 se encontraba vigente al momento de solicitar el reconocimiento de las cesantías y de la sanción moratoria. Adicional a ello, expresa que el fin que buscaba el legislador con la promulgación de la Ley 1071 de 2006, fue solventar las necesidades a las que se vería expuesto el trabajador al retirarse del empleo y dejar de recibir el salario, por tal razón se fijó el término de 65 días; pese a ello, las entidades demandadas al condicionar el pago de dicha prestación a la existencia de presupuesto, crean incertidumbre al trabajador y se apartan del objetivo buscado por la Ley en cita.

1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante escrito visible de folio 143 a 149 la demandante se ratifica en los argumentos expresados en la demanda, y manifiesta que en el presente caso es aplicable lo dispuesto en 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, establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación"*, la cual establece el término para el pago de las cesantías en 65 días, a partir del cual se generan los intereses reclamados.

Expresa además que la Ley 1071 del 2006 cobijó a los empleados y trabajadores al servicio del Estado, por ende, al ser docente oficial debe aplicarse la normatividad de la misma manera bajo el entendido de que donde el legislador no distingue, le está prohibido al interprete hacerlo.

En cuanto a la excepción formulada por las partes demandadas, denominada "falta de legitimación en la causa por pasiva" manifiesta el accionante que resulta infundada dado que según lo establecido en la Ley 91 de 1989 por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se desprende que la entidad territorial respectiva produce una actividad administrativa bajo la tutela del FOMAG que es el encargado del pago de las prestaciones sociales a los docentes, en tal sentido ambas entidades participan en el reconocimiento de las cesantías.

Expresa que del material probatorio ha quedado claro que el pago de la prestación social se realizó el 31 de mayo de 2013, por ello, debe tenerse en cuenta para los fines de calcular el valor de la sanción por mora que la solicitud fue elevada el 16 de agosto de 2012, frente a lo cual manifiesta han transcurrido 183 días de mora.

II. DEFENSA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

2.1 NACIÓN – MIN. EDUCACIÓN - FOMAG

2.1.1 Contestación de la demanda[1]

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda argumentando que el pago de las cesantías se encuentra supeditado al turno y disponibilidad presupuestal, condición que quedó consignada en la resolución por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías parciales a la actora; aunado a ello, expresa que la reclamación administrativa se elevó ante la Secretaría de Educación del Ente Territorial y no ante la Fiduprevisora.

Expresa que las pretensiones deben ser resueltas a favor de la entidad, dado que a los docentes los cobija un régimen especial y diferente contenido en la Ley 91 de 1989 modificada por la Ley 812 de 2003, normatividad que creó un procedimiento exclusivo para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el cual no establece sanción por la tardanza en el pago de las cesantías totales o parciales.

Argumenta que en virtud de la descentralización de la educación, las competencias del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado recaen en las entidades territoriales y en la Fiduciaria la Previsora S.A, pues llevan a cabo la actuación administrativa del reconocimiento, en tal sentido considera que resulta ilógico exigir un término para el pago de las cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando depende necesariamente de la gestión realizada por las secretarías de educación de las entidades territoriales y de la entidad Fiduciaria.

Expresa que las pretensiones deben negarse dado que los docentes son cobijados por el régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989 modificada por la Ley 812 de 2003, normas que no regulan el pago de una sanción por el pago tardío de las cesantías parciales o totales; de igual forma, menciona que en materia de sanciones debe hacerse una interpretación restrictiva de las normas y no extensiva, pues en su sentir no puede extenderse caprichosamente el poder punitivo de la sanción a través de la analogía. Ante ello concluye que si bien la sanción contenida en la Ley 1071 de 2006 cobija a todos los servidores públicos, de ellos debe excluirse a los docentes oficiales, pues para ellos debe acudirse a la Ley 91 de 1989.

Finalmente arguye frente al pago, que este no puede realizarse mientras no exista presupuesto y corresponda a su turno, pues de lo contrario se estaría violando el derecho a la igualdad de los demás trabajadores que se encuentran en la misma situación; por ello en el presente caso no puede cancelarse indemnización pues el pago se realizó una vez la entidad contó con el presupuesto y siguiendo el orden de los turnos asignados.

---

[1] Véase de folio 62 a 66 cuaderno unico.

Dentro del escrito propuso como excepciones de mérito: la *"falta de legitimación en la causa por pasiva"* bajo el argumento de que el acto administrativo demandado fue expedido por la Secretaría de Educación a la cual se encontraba adscrito el docente, frente a lo cual manifiesta que la parte que representa no intervino en el trámite del reconocimiento de la prestación; *"inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley"* expresando que el pago de dichas prestaciones debe sujetarse al presupuesto y al turno de cada servidor, *"pago de la obligación contenida en el acto administrativo"* puesto que el pago de las cesantías obedeció al trámite contenido en la Ley que no contiene términos ni sanción para el pago, y *"prescripción"* refiriéndose al término de tres (03) años para los derechos laborales contenido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

2.1.2 Alegatos

No presentó alegatos. Constancia secretarial visible a folio 159 del expediente.

2.2 MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

2.2.1 Contestación de la demanda.[2]

Expone su oposición a las pretensiones elevadas por la señora Florentina Figueroa Mancera, argumentando que la entidad se acogió a la normatividad que regula el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado.

Sostiene que para el presente caso la secretaría de educación hizo las gestiones necesarias y remitió el proyecto de acto administrativo a la Fiduciaria la Previsora S.A, quien es la que finalmente se encuentra encargada de reconocer y pagar las cesantías; de tal modo, siendo que la Secretaría de Educación del Municipio de Santiago de Cali sólo cumple las funciones administrativas de recepción y trámite, no puede ser condenada al pago de la sanción solicitada, frente a la cual reitera, no cubre a los docentes al servicio del Estado, pues ellos cuentan con un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989.

Propone como excepciones las siguientes: *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*, al considerar que si bien la Secretaría de Educación de la entidad territorial es la encargada de expedir los actos administrativos de reconocimiento, aclara que el pago recae sobre la Nación – Min. Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Fiduciaria la Previsora S.A razón que considera suficiente para declarar probada la excepción; también propuso como excepción la que denominó *"cobro de lo no debido"* manifestando que no se adeuda valor alguno por sanción moratoria al demandante, pues la norma aplicable no contienen término para realizar el pago de las cesantías, en tal sentido propuso la *"carencia del derecho"* e *"innominada"*.

2.2.2 Alegatos

En el escrito de alegatos que obra de folio 150 a 158 del expediente, la entidad demandada reitera los argumentos de defensa presentados en la contestación en el sentido de que la entidad territorial actúo conforme a la normatividad, y una vez ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías a la actora, este fue remitido a la Fiduciaria para que fuera realizado el pago correspondiente; por ello solicita negar las pretensiones de la demanda.

2.3 FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A

2.3.1 Contestación de la demanda

No contestó la demanda. Folio 101.

2.3.2 Alegatos

[2] Véase de folio 74 a 84 del cuaderno único.

No alegó de conclusión. Folio 159.

III. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

3.1 PROBLEMA JURÍDICO

El medio de control denominado Nulidad y Restablecimiento del Derecho se encuentra consagrado en el artículo 138 del CPACA, a través de él toda persona que considere que con la expedición de un acto administrativo se le ha lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, puede pedir que se declare su nulidad y se le restablezca en su derecho, e incluso solicitar que se le repare el daño.

Con base en la fijación del litigio dispuesto en Audiencia inicial celebrada el 26 de abril de 2016, corresponde al despacho determinar si en el presente caso es viable declarar la nulidad del acto administrativo ficto generado con la petición del 07 de abril de 2014 y en consecuencia ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, por el pago extemporáneo de las cesantías de la demandante desde el momento en que fue solicitado el pago de las mismas hasta la fecha en que efectivamente se realizó.

3.2 RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

En aras de dar respuesta al planteamiento anteriormente expuesto, este despacho analizará los siguientes tópicos: i) Las Cesantías, ii) Régimen de cesantías del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Docente iii) Sanción Moratoria, iv) De la competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en procesos en que se discute la sanción moratoria generada por el pago extemporáneo de las cesantías y v) Caso concreto.

EXCEPCIONES

En audiencia Inicial llevada a cabo el 25 de abril de 2016[3], se declaró no probada la excepción denominada *"falta de legitimación en la causa por pasiva"* interpuesta por el Municipio de Santiago de Cali y por la Nación – Min. Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

También se propuso la excepción de prescripción la cual será analizada más adelante solo en el evento en que prosperen las pretensiones.

En cuanto a las demás excepciones interpuestas por las entidades demandadas, considera el despacho que no amerita un pronunciamiento distinto al que se hará para resolver el fondo del asunto, pues los fundamentos sobre la cual se sustenta, son precisamente el objeto del presente litigio y solo podrá determinarse una vez se realice la correspondiente valoración probatoria que permita determinar si es jurídicamente viable la nulidad del acto ficto acusado.

Por último, frente a la excepción *"innominada"*, el despacho no encuentra alguna que deba declarar de oficio.

3.3 TOPICOS A TENER EN CUENTA

i) LAS CESANTÍAS

La naturaleza de esta prestación social ha sido tema de estudio del El H. Consejo de Estado, el cual ha manifestado:

> *"(...) La cesantía es una prestación social creada a cargo del empleador y a favor del trabajador, es una figura jurídica con clara orientación social en el desarrollo de las*

[3] Véase acta de audiencia inicial de folio 127-128 del expediente.

relaciones obrero patronales, pues busca retribuir la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de actividades definitivo.

Bajo el entendido que dicha carga prestacional corresponde a la entidad a la cual el trabajador prestó sus servicios, es deber de la entidad empleadora, en este caso la Universidad del Magdalena, asumir el total de la prestación liquidada, pues es clara la importancia del principio que postula el pago de lo debido para asegurar el adecuado funcionamiento de la vida social (...)[4]".

El artículo 17 de la Ley 6 de 1945 *"Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo"* definió el concepto de cesantías como una prestación que gozarían los trabajadores, la cual sería cancelada a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio.

Inicialmente las cesantías se reconocían de manera retroactiva al momento del retiro y eran canceladas con el monto del último salario devengado.

La Ley 65 de 1946 *"Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras"* reglamentó el tema de las cesantías a favor de los servidores públicos, bajo los siguientes términos:

"Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállense o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continúa o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndase este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley".

El Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 *"Sobre auxilio de cesantía"*, en su artículo 6 dispuso que el pago de las cesantías para los servidores públicos, se haría tomando el último salario o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor a doce (12) meses; así mismo indicó que en la liquidación debería tenerse en cuenta todas los rubros que el trabajador reciba de forma habitual y permanente como contribución al servicio prestado.

Con posterioridad se han promulgado normas que han dispuesto el desmonte de las cesantías retroactivas, el Decreto 3118 de 1968 *"Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998"* estableció la obligatoriedad para algunos sectores de la administración (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional), de consignar en el Fondo Nacional del Ahorro de manera anual las cesantías de su personal; en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 432 de 1998 *"Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones"* se estableció que debían afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, excepto los miembros de la Fuerza Pública y el personal docente, éstos últimos al estar regidos en este aspecto por la Ley 91 de 1989; así mismo se señaló que podían vincularse al aludido fondo de manera voluntaria los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

[4] C.E. Sentencia del 06 de marzo del 2008, C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Actor: ARCOS ANTONIO CARVAJALINO SANCHEZ, Rad. 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06).

Más adelante fue expedida la Ley 50 de 1990 *"Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones"*, que en sus inicios solo regulaba al sector privado y trabajadores oficiales, disposición que creó los fondos de cesantías y en su artículo 98 estipuló las cesantías anuales para aquellas personas vinculadas con posterioridad a su entrada en vigencia.

Ley 344 de 1996 *"Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones"* en su artículo 13, dispuso la liquidación anual de cesantías para las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado a partir de su entrada en vigencia, estableciendo que el 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral.

Por su parte el Decreto 1582 de 1998 *"Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia"* en su artículo 1° consagró la posibilidad para los empleados públicos del nivel territorial de afiliarse a un fondo privado de cesantías, o afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro, distinguiendo en cada caso cuál sería el régimen aplicable, así:

> *"Art. 1 El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998"*

El aludido Decreto 1582 de 1998 en su artículo 3 otorgó la posibilidad de que los empleados públicos que estuviera bajo el régimen de cesantías retroactivas, esto es, aquellos vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, fecha en que fue publicada y entró en vigencia de la Ley 344 de 1996, se trasladaran al régimen anual de cesantías, ya por que decidieran vincularse a los fondos privados o al Fondo Nacional del Ahorro, disponiendo el procedimiento que se debería efectuar para ello, en los siguientes términos:

> *"Artículo 3º.- En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, se procederá de la siguiente forma:*
> *a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;*
> *b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;*
> *c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición".*

Así pues, podemos concluir que en cuanto a cesantías para los empleados públicos del orden territorial existen dos regímenes:

- Régimen de cesantías retroactivas: aplicables para los vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996 y que no hayan optado por cambiarse de régimen, sus cesantías se regulan por lo dispuesto en la Leyes 6ª de 1945, 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947.

- Régimen anual de cesantías: aplicables a aquellos empleados vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996 o que hayan decidido trasladarse, en este puede darse dos eventos:

- Afiliados a fondos privados: sus cesantías serán reguladas por las disposiciones contenidas en la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996 y demás normas concordantes.

- Afiliados al Fondo Nacional del Ahorro: sus cesantías se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 432 de 1998, el Decreto 3118 de 1968 y demás normas concordantes.

Ahora bien, para efectos de esclarecer la forma de pago de las cesantías de los servidores públicos y que éstas se pagaran oportunamente el legislador promulgó la Ley 244 de 1995, norma que con posterioridad fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, reglamentando el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado.

ii) FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DOCENTES - RÉGIMEN DE CESANTÍAS.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado a través de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería y autonomía administrativa, encargada de atender los asuntos prestacionales de los docentes. Así lo dispone el artículo 3º de la citada disposición:

> *"Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.*
>
> *El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad*[5].

Así mismo, el artículo 4 de dicha disposición estableció que las prestaciones sociales de los docentes serían atendidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el artículo 15 dispuso que dicho fondo tendría como uno de sus objetivos efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado:

> *"Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. (...)*
>
> *Artículo 5. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:*
>
> *1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*
> *(...)"*

Respecto a las cesantías, la referida Ley 91 de 1989, en el numeral 3 del artículo 15, estableció lo siguiente:

> *"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*

[5] Nota: Inciso reglamentado por el Decreto 2831 de 2005.

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".

Posteriormente, el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 16 de la Ley 91 de 1989, profirió el Decreto N° 2831 de 2005, mediante el cual se reglamentó el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableciendo en su capítulo II el trámite para el reconocimiento de prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio así:

"Artículo 2°.Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°.Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

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

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

Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley".

En resumen, el Decreto 2831 de 2005 estableció el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuanto a la radicación de la solicitud (artículo 2); de acuerdo al numeral 3° del artículo 3, corresponde a las Secretarías de Educación elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación; una vez recibido el proyecto de resolución, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, la sociedad fiduciaria debe impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de no hacerlo e informar de ello a la secretaria de educación (inciso 2° del artículo 4) y una vez aprobado el proyecto de resolución, el acto deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley (el artículo 5).

En consecuencia, es de precisarse que la Ley 91 de 1989 señala el régimen legal de las cesantías de los docentes y el Decreto 2831 de 2005 el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; no obstante, las normas en cita nada dijeron en cuanto a la fecha del pago y si existía alguna sanción por la extemporaneidad en el reconocimiento y pago de la prestación.

iii) SANCIÓN MORATORIA

La Ley 1071 de 2006 en sus artículos 4° y 5° consagró el procedimiento y los tiempos que debían de transcurrir para lograr el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas y una sanción en caso de que éstos no se cumplieran. Así, una vez allegada toda la documentación por el interesado, la entidad cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo, una vez en firme éste[6], tiene con cuarenta y cinco (45) días para realizar el pago respectivo, so pena de hacerse acreedora a una sanción que consiste en un día de salario por cada día en la mora en el pago de la prestación.

Dicha norma precisó el ámbito de aplicación de la sanción moratoria, dentro del cual no se encuentra de manera expresa los docentes oficiales, pues de los asuntos prestacionales de los docentes se encarga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el cual fue creado a través de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería y autonomía administrativa.

Posteriormente, el Presidente de la República profirió el Decreto No. 2831 de 2005, que como se dijo estableció el trámite para el reconocimiento de prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En consecuencia, es de precisarse que la Ley 91 de 1989 señala el régimen legal de las cesantías de los docentes y el Decreto 2831 de 2005 el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. No obstante, dicha norma no estableció sanción alguna por el reconocimiento y pago tardío de las mismas, quedando un vacío en la norma que afecta notablemente los derechos laborales del empleado, como quiera que con base en él las entidades encargadas de reconocer y pagar las cesantías burlan el derecho que gozan los docentes y realizan los trámites sin tenerse en cuenta los principios de celeridad, pasando algunas veces meses y años entre el momento en que solicitan las cesantías y el pago efectivo de las mismas; motivo por el cual, conforme a lo indicado por la Corte Constitucional[7] y teniendo en cuenta el principio de favorabilidad laboral, en virtud del cual el operador jurídico está facultado para aplicar la disposición jurídica más beneficiosa al trabajador cuando existan dos o más textos legislativos vigentes y que resulten aplicables al caso, el Despacho en casos similares ha estudiado y decidido estos asuntos donde se pide el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas a los docentes conforme lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006 por considerarla más benéfica para el empleado, en virtud de lo cual el término de prescripción para reclamar, se cuenta una vez el interesado tenga certeza del periodo a reclamar.

iv) DE LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN PROCESOS EN QUE SE DISCUTE LA SANCIÓN MORATORIA GENERADA POR EL PAGO EXTEMPORÁNEO DE LAS CESANTÍAS.

Antes de entrar a estudiar el caso concreto, se analizará la cuestión previa sobre cuál es la jurisdicción competente para conocer de los asuntos donde se pretenda el reconocimiento de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006.

Sobre este aspecto la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 03 de diciembre de 2014, fijó nuevamente su posición respecto a la

---

[6] Debe tenerse en cuenta que si el acto administrativo de reconocimiento fue expedido antes del 02 de julio de 2012, el término de ejecutoria es de 5 días, con posterioridad a esta fecha será de 10 días conforme lo dispuesto por la Ley 1437 de 2011.

[7] Sentencia T-832A/13. "El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera integra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido".

competencia para conocer de este tipo de reclamaciones, sosteniendo que los actos administrativos que reconocían las cesantías, junto con el respectivo documento de pago, constituían un título ejecutivo complejo susceptible de ser reclamado por vía de la acción ejecutiva y el su conocimiento le correspondería a la Jurisdicción Laboral Ordinaria[8].

No obstante, esta operadora judicial se aparta de la posición anteriormente mencionada por las siguientes razones:

Dadas las posiciones encontradas que existían sobre el asunto, la Sala Plena del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Jesús María Lemos Bustamante, fijó unas pautas para definir la competencia y la acción pertinente, indicando que: (iii) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria podría ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, si el administrado se encontraba inconforme con él, pero si había acuerdo sobre su contenido y no se producía el pago de la sanción, la vía indicada era la acción ejecutiva; (ii) Cuando se suscitara discusión sobre algunos de los elementos que conformaban el título ejecutivo, como que no fueren claros, expresos y exigibles, debía acudirse ante esta jurisdicción para que definiera el tema; de lo contrario, la obligación podría ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente y (iii) Señaló además que, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existiría un acto atacable, los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que, la acción que debía impetrarse era la de nulidad y restablecimiento del derecho.

De tal forma, se entendió que, quien pretendiera solicitar el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías a través de la acción ejecutiva, debería acreditar la existencia del título ejecutivo complejo, esto es, la resolución de reconocimiento de las cesantías y la constancia del pago tardío, es decir, el documento donde la Administración admitía su morosidad, o dicho de otra manera, la constitución en mora de la Administración. De igual manera, se concluyó que, el texto de la ley no bastaba para que existiera certeza sobre la obligación del pago de la sanción moratoria y en consecuencia, cuando existiera controversia sobre el valor de la obligación, la vía procedente no sería otra que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de conocimiento de esta jurisdicción; posición que fue incluso adoptada por la Sala Disciplinaria del mismo Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 26 de junio de 2013[9].

En esa medida, considera este Despacho que en los casos en los que la Administración no acepta ser la deudora de la sanción moratoria generada por el no pago oportuno de las cesantías, no puede afirmarse la existencia del título ejecutivo complejo, con fundamento en la simple existencia del acto de reconocimiento de la prestación, del no pago por parte de la entidad y en la existencia de la ley que dispone la sanción, en tanto que, resulta necesaria la declaración del derecho, por vía judicial, para suponer la existencia de una obligación clara, expresa y exigible, como en efecto, aconteció en *sub lite,* debiéndose proferir la sentencia que en derecho corresponda.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en casos como el que nos ocupa, se pide la extensión de una norma general a un caso que es gobernado por una norma especial; es decir, no puede hablarse de que la ley es título pues su aplicación no se hace de forma directa sino por analogía.

V) CASO CONCRETO.

DE LO PROBADO.

---

[8] Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. Providencia del 03 de diciembre de 2014. Magistrada Ponente Dra. María Mercedes López Mora. Radicado No. 11001010200020130289200.

[9] Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria providencia del veintiséis (26) de junio de dos mil trece (2013). M.P. Henry Villarraga Oliveros. Radicado: 11001 01 02 000 2013 01070 00.

La señora Florentina Figueroa Mancera docente Nacionalizada adscrita a la planta del I.E Siete de Agosto del Municipio de Santiago de Cali, presentó petición para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales con destino a construcción de vivienda el 16 de agosto de 2012 siendo reconocidas mediante Resolución No. 4143.0.21.0212 del 15 de enero de 2013 donde se estableció como total de cesantías reportadas un valor de $94.555.502 de los cuales se descontó el valor de $24.309.597 por concepto de cesantías parciales pagadas anteriormente, quedando un saldo liquido de $70.245.905 del cual dispuso girar $60.000.000 con destino a construcción. (Folio 6 a 8 del cuaderno único). La anterior resolución fue notificada a la actora el día 28 de enero de 2013. (Folio 9)

El 31 de mayo de 2013 por intermedio de la entidad bancaria BBVA, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dispuso el dinero para el pago de anticipo de cesantías por valor de $60.000.000 a favor de la actora (Folio 137-139 del expediente), habiendo sido cobrada por su beneficiaria el día 11 de junio de 2013. (Folio 10 del expediente)

Ante lo anterior la demandante solicitó ante Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 07 de abril de 2014 el pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006 (folios 3-5); ante lo cual la entidad no dio respuesta configurándose el acto presunto o ficto negativo.

Que el día 11 de marzo de 2015, la señora Florentina Figueroa Mancera mediante apoderado judicial presentó solicitud de conciliación extrajudicial en la que convocó al Municipio de Santiago de Cali y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicha audiencia fue celebrada el 27 de abril de 2015 y declarada fallida el 4 de mayo del mismo año por inasistencia de las partes convocadas. (Folio 14 a 17)

ANALISIS DEL CASO

En primer lugar, se hace necesario dilucidar si es aplicable la Ley 1071 de 2006, en los casos de sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; al respecto, en jurisprudencia reciente el Consejo de Estado ha indicado que:

> *(...) "Ésta ley cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, incluyendo a los docentes oficiales, quienes tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, pues una posición contraria implicaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem, además, porque dicha sanción no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5º de la Ley 91 de 1989, 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"*[10].

Frente al tema, considera el Despacho que si bien el Decreto 2831 de 2005 estableció el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no mencionó sanción alguna por el reconocimiento y pago tardío de las mismas, quedando un vacío que afecta notablemente los derechos laborales del docente, como quiera que con base en él las entidades encargadas de reconocer y pagar las cesantías burlan el derecho que gozan estos servidores y realizan los trámites sin tenerse en cuenta los principios de celeridad, pasando un tiempo excesivo desde el momento de la solicitud hasta que se hace efectivo el pago de la misma.

Ante ello y conforme lo concluido por la Corte Constitucional[11] en consonancia con el principio de favorabilidad laboral, en virtud del cual el operador jurídico está facultado para aplicar la disposición jurídica más beneficiosa al trabajador cuando existan dos o más textos legislativos vigentes y que resulten aplicables al caso; el Despacho estudiará si en el caso que

[10] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 14 de diciembre de 2015. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Rad. 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14)
[11] Sentencia T-832A/13.

nos ocupa las entidades demandadas cancelaron tardíamente las cesantías parciales reconocidas a la parte actora conforme los dispuesto en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, norma que regula el pago de las cesantías para todos los empleados del Estado y consagra el derecho al pago de la sanción por extemporaneidad y la cual a juicio de esta instancia resulta más benéfica para el actor, siendo además la analizada y aceptada por el Consejo de Estado en casos similares[12].

Efectuada la anterior precisión, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006, la entidad empleadora, o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación, cuenta con un plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir el acto de reconocimiento, una vez en firme dicho acto administrativo[13] la entidad pagadora, dispone de cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar la prestación social.

Sobre la contabilización de la mora por el pago tardío de la cesantía, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado[14], se tiene que en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción.

Ahora bien, de la Resolución No. 4143.0.21.0212 del 15 de enero de 2013, se logra determinar que la solicitud para el reconocimiento de las cesantías parciales de la actora se radicó el 16 de agosto de 2012 y como quiera que para ese momento se encontraba en vigencia la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conforme lo indica el artículo 76, el término para interponer recursos contra un acto administrativo de carácter particular es de diez (10) días siguientes a su notificación, quedando en firme una vez transcurrido el anterior término sin interponerse recursos o cuando fueran resueltos los incoados (Art. 87 núm. 2 y 3 ibídem); en tal sentido, se tiene que el término para hacer efectivo el pago desde el momento de la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales impetrada por la parte actora corresponde a 70 días y no 65 como lo manifiesta en su escrito de demanda.

Por lo anterior, el término máximo de setenta (70)[15] días hábiles con los que contaba la entidad accionada para efectuar el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas por la demandante, empezó a contabilizarse a partir del día siguiente a la radicación de la petición de reconocimiento y pago de las cesantías, esto es, el **17 de agosto de 2012** y vencieron el **28 de noviembre de 2012**.

Sin embargo, está acreditado que el valor reconocido por concepto de cesantías parciales a la demandante sólo quedó a disposición de la interesada el **31 de mayo de 2013** en el Banco BBVA, por lo cual la mora en el pago de dicha prestación social corrió desde el **29 de noviembre de 2012** hasta el aludido **31 de mayo de 2013**, debiéndose entonces reconocer la sanción moratoria de que trata el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, de un día de salario por cada día de retardo durante dicho plazo.

---

[12] Consejo de Estado. I) Sección Segunda. Sentencia del 14 de diciembre de 2015. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Rad. 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14); ii) Sección Segunda. Sentencia del 17 de febrero de 2015. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Rad. 17001-23-33-000-2012-00012-01(2114-13); iii) Sección Segunda. Sentencia del 22 de enero de 2014. Consejero ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Rad. 73001233300020130019201. Véase también Sentencia de Unificacion CE-SUJ2-004-16. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

[13] Téngase en cuenta que si la solicitud se realizó en vigencia del Decreto 01 de 1984 serán 5 días de ejecutoria; si fue en vigencia de la Ley 1437 de 2011 serán 10 días.

[14] Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 14 de diciembre de 2015. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Rad. 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14).

[15] 15 días para expedir el acto administrativo, 5 días de ejecutoria y 45 días para realizar el respectivo pago.

En consecuencia, el Despacho declarará en primer lugar, la nulidad del acto administrativo negativo ficto o presunto demandado que surgió ante la no contestación de la petición radicada el 07 de abril de 2014, y en segundo lugar, ordenará el reconocimiento de la sanción moratoria de que trata el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, de un (1) día de salario por cada día de retardo, debiéndose pagar desde el **29 de noviembre de 2012**, día siguiente al vencimiento del término de los setenta (70) días para efectuar oportunamente la cancelación de dicha prestación y hasta el **31 de mayo de 2013**, fecha en la cual quedó a disposición de la parte actora en el banco BBVA el valor reconocido por concepto de cesantías parciales.

Cabe aclarar que para calcular la sanción aquí ordenada y como quiera que las cesantías pagadas extemporáneamente eran parciales, se tendrá en cuenta el salario devengado por la actora al momento de la mora, debidamente indexado.

Ahora bien, es necesario dilucidar en cabeza de cuál de las entidades demandadas está la obligación de pagar la sanción aquí ordenada. Pues bien, las tres (3) entidades participan en el pago de las cesantías de los docentes, así el Municipio de Santiago de Cali, es el encargado de recepcionar la documentación, expedir el acto administrativo, suscribirlo y notificarlo; la Fiduciaria es la encargada de aprobar el acto administrativo y pagar lo reconocido. Una vez en firme el acto administrativo, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se hace responsable del pago; todo lo anterior de conformidad con la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

En el asunto bajo estudio no se cuenta con pruebas que permitan dilucidar si la mora en el pago de las cesantías se debió a negligencia de las entidades Municipio de Santiago de Cali o de la Fiduciaria, ante dicha orfandad probatoria y teniendo en cuenta que la responsabilidad del pago de las cesantías es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según la Ley 91 de 1989, se condenará a esta al pago de la sanción aquí reclamada y ordenada.

Por último, y en relación con la excepción de prescripción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, tenemos que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968, prescriben en tres (3) años las prestaciones sociales no reclamadas, lo cual puede interrumpirse con la petición a la entidad para su reconocimiento; en tal sentido, tenemos que en el presente caso se interrumpió el término de prescripción con la petición del 07 de abril de 2014, y la demanda fue interpuesta el 24 de julio de 2015[16], teniéndose entonces que no ha operado la prescripción siendo procedente declarar infundada tal excepción.

COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con lo previsto en el artículo 365 de la Ley 1564 de 2012, se condenará a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al pago de costas a favor de la parte actora, por haber sido vencida en juicio. Una vez en firme esta providencia por Secretaría liquídense teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Sin más consideraciones, el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA las excepciones denominadas *"inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley", "pago de la obligación contenida en el acto administrativo", "cobro de lo no debido", "carencia del derecho", "innominada" y "prescripción"*, propuestas por las entidades demandadas por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

[16] Acta individual de reparto visible a folio 20 del expediente.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo que surgió ante la no respuesta a la petición radicada el 07 de abril de 2014 ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago extemporáneo de las cesantías parciales de la señora Florentina Figueroa Mancera.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNAR** a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar la sanción moratoria de que trata los artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, a favor de la señora Florentina Figueroa Mancera, identificada con la C.C No. 31.275.794 de Cali Valle del Cauca, desde **el 29 de noviembre de 2012** hasta el **31 de mayo de 2013**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia, teniendo en cuenta el salario devengado por la actora al momento de la mora, debidamente indexado.

CUARTO: Las sumas que resulten de la condena anterior se indexarán de conformidad con el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. hasta la ejecutoria de la sentencia y devengarán intereses moratorios a partir de dicho momento, conforme al artículo 192 del CPACA.

QUINTO: Se ordena al Municipio de Santiago de Cali expedir el acto administrativo que de cumplimiento al fallo.

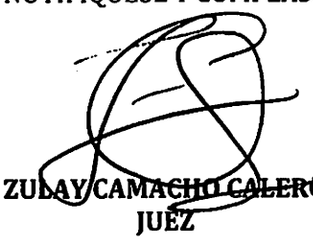
SEXTO: SE ORDENA dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en los artículos 192 del CPACA.

SEPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a favor de la parte actora.

OCTAVO: En firme esta sentencia, hágase entrega de copia íntegra al obligado para su ejecución y cumplimiento, de conformidad con el inciso final del artículo 203 del CPACA.

NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia, realícese la respectiva liquidación por secretaría siguiendo las pautas establecidas en el artículo 366 del C.G.P., DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ZULAY CAMACHO CALERO
JUEZ