



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, 31 de marzo de dos mil diecisiete (2017).

SENTENCIA N° 25

Radicación: 76001-33-33-006-2015-00310-00
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ISABEL ALBA MARTÍNEZ
Demandado: NACIÓN - MIN. EDUCACIÓN - FOMAG Y OTRO

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Es tarea del despacho 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 Isabel Alba Martínez actuando a través de apoderado judicial en contra del Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Valle del Cauca y Fiduciaria la Previsora S.A.

I. DEMANDA

1.1 PRETENSIONES

La demandante solicita declarar la nulidad del acto administrativo ficto surgido del silencio negativo de la entidad demandada frente a la petición elevada el día 21 de enero de 2015, en la cual reclamó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley 1071 de 2006 por el pago tardío de las cesantías, 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, ordenando el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 ibídem.

1.2 HECHOS

manifiesta que el 08 de febrero 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; dicha petición fue resuelta de manera favorable mediante Resolución N° 2313 del 20 de septiembre de 2012.

Expresa que la cesantía fue pagada el 16 de noviembre de 2012, es decir cuando ya había vencido el término de 65 días con el que contaba la demandada para efectuar el pago, el cual concluyó el día 15 de mayo de 2012 partiendo de que la solicitud de reconocimiento fue elevada el 08 de febrero de 2012; tiempo durante el cual manifiesta que han transcurrido 180 días de mora.

Que con base en lo anterior, el 21 de enero de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria 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 30 de julio 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 término para pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha venido siendo excedido por las entidades encargadas de su reconocimiento, las cuales, apartándose de las disposiciones que regulan la materia incurren en mora injustificada contrario a lo que sucede con los otros servidores públicos diferente a los docentes, a los cuales les es cancelada dicha prestación a más tardar 30 días después de solicitarla. En virtud de lo anterior fue proferida la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, que establecieron una sanción por el pago tardío de las cesantías parciales o totales para los servidores públicos, 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 encuentran que la entidad ha estado contraviniendo las disposiciones que regulan la materia, sobrepasando los términos dispuestos en la Ley para el pago de las mismas; reclama que para el presente caso 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 regido por la Ley 91 de 1989, la cual 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 servidor al retirarse del empleo y dejar de recibir el salario, por tal razón se fijó un término máximo de 65 días; pese a ello, las entidades demandadas con la única finalidad de hacer ineficaz la sanción en referencia, expiden el acto administrativo de reconocimiento fuera de los términos de Ley condicionándolo a la existencia de recursos, creando incertidumbre al trabajador y apartándose del objetivo buscado por la Ley en cita.

Expone que mediante Sentencia de Unificación del 27 de marzo de 2007 con Radicación No. 2777-2007 SU 02513, el Máximo Órgano reguló la forma de proceder de las entidades a cargo del reconocimiento de prestaciones sociales, expresando que en los casos en que las entidades buscando hacer inaplicable la sanción moratoria contenida en la Ley 1071 de 2006, expidan el acto administrativo de reconocimiento de manera tardía, la sanción debía contabilizarse desde el momento en que el servidor radica la solicitud, precedente que debe aplicarse en el presente caso al presentarse las mismas circunstancias.

1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante escrito visible de folio 152 a 159 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 cobijó a los empleados y trabajadores al servicio del Estado, miembros de las Corporaciones públicas; por ende, al ser docente oficial inscrito a la planta del Departamento del Valle 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 la parte demandada -FOMAG y la Fiduciaria la Previsora S.A-, 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 es la encargada del pago de las prestaciones sociales a los docentes, y que en virtud de lo regulado en el Decreto 2831 de 2005 por medio del cual se establece el trámite para el reconocimiento de las prestaciones a cargo del Fondo, la Fiduciaria es la encargada de manejar los recursos del fondo y de aprobar el acto administrativo expedido por la entidad territorial, concluyendo entonces que tales entidades participan en el reconocimiento de las cesantías de los docentes.

Expresa que del material probatorio ha quedado claro que el pago de la prestación social se realizó el 16 de noviembre de 2012, por ello, debe tenerse en cuenta para los fines de calcular el valor de la sanción por mora que la solicitud fue elevada el 08 de febrero de 2012, frente a lo cual manifiesta han transcurrido 180 días de mora.

II. DEFENSA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

2.1 DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

2.1.1 Contestación de la demanda

La entidad territorial no contestó la demanda. Véase constancia secretarial a folio 95.

2.1.2 Alegatos

La entidad presentó alegatos de conclusión. Véase constancia secretarial a folio 160.

2.2 NACIÓN – MIN. EDUCACIÓN - FOMAG

2.2.1 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 Fondo de Prestaciones del Magisterio o la Fiduciaria la Previsora S.A.

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.

¹ Véase de folio 85 a 94 del cuaderno único.

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 cubre a todos los servidores públicos, de ellos debe excluirse a los docentes oficiales, pues para ellos debe acudir 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.

Dentro del escrito propuso como excepciones de mérito: la *"falta de legitimación en la causa por pasiva"*; *"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.

2.2.2 Alegatos

Mediante escrito visible de folio 150 a 151, se ratifica en los argumentos de defensa expuestos en la contestación, y reitera que la sanción contenida en la Ley 1071 de 2006 no puede hacerse extensiva a los docentes oficiales, dado que estos están regidos por un régimen especial que no es otro que el contenido en la Ley 91 de 1989.

2.3 FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A

2.3.1 Contestación de la demanda²

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que el pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales tales como las cesantías está supeditado a la disponibilidad presupuestal, y tal como se estableció en la Ley 91 de 1989, el Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio es el encargado del reconocimiento de estas, sin establecer dentro de su normatividad una sanción por el pago tardío de las cesantías.

Agrega que en virtud del Decreto 2831 de 2005, las Secretarías de educación del ente territorial son quienes en primera instancia atienden lo concerniente a las prestaciones sociales de los docentes afiliados al fondo, en razón a ello considera que debe probarse previamente si la razón del pago tardío obedeció a inconsistencias en el proyecto de acto administrativo presentado por el ente territorial y este haya sido devuelto.

Propone las excepciones de *"falta de legitimación en la causa por pasiva"* e *"inexistencia de la obligación con fundamento en la Ley"*.

2.3.2 Alegatos

Mediante escrito visible de folio 150 a 151, se ratifica en los argumentos de defensa expuestos en la contestación, y reitera que la sanción contenida en la Ley 1071 de 2006 no puede hacerse extensiva a los docentes oficiales, dado que estos están regidos por un régimen especial que no es otro que el contenido en la Ley 91 de 1989.

III. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

² Véase folio 80 a 84 cuaderno único.

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 11 de octubre 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 21 de enero de 2015 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 11 de octubre de 2016³, se declaró no probada la excepción denominada “falta de legitimación en la causa por pasiva” interpuesta por el por la Nación – Min. Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria la Previsora.

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.

3.3 TOPICOS A TENER EN CUENTA

i) LAS CESANTÍAS

La naturaleza de esta prestación social ha sido tema de estudio del 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 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.

³ Véase acta de audiencia inicial de folio 131 a 134 del expediente.

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).

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 y que sería cancelada en proporción 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, hállese 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.

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 estuvieran 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 unidad⁵.

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 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

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

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 éste⁶, tiene 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 como ya se ha establecido, 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, junto con 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.

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.

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 normativo 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 Constitucional⁷ 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.

V) CASO CONCRETO.

DE LO PROBADO.

La señora Isabel Alba Martínez docente municipal vinculada Municipio de Florida Valle del Cauca, presentó petición para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales con destino a remodelación o ampliación el 08 de febrero de 2012 siendo reconocidas mediante Resolución No. 2313 del 20 de septiembre de 2012 donde se estableció como total de cesantías reportadas un valor de \$66.719.567 de los cuales se descontó el valor de \$20.159.479 por concepto de cesantías parciales ya pagadas, quedando un saldo líquido de \$46.560.088, del cual se dispuso girar el monto de 25.041.819 con destino a remodelación o ampliación. (Folio 6 a 9 del cuaderno único). La anterior resolución fue notificada a la actora el día 21 de septiembre de 2012. (Folio 10)

El 16 de noviembre de 2012 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 a favor de la actora en la sucursal de Palmira (Folio 11 del expediente).

Ante lo anterior la demandante solicitó ante Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 21 de enero de 2015 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 05 de junio de 2015, la señora Isabel Alba Martínez mediante apoderado judicial presentó solicitud de conciliación extrajudicial en la que convocó Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dicha audiencia fue celebrada el 30 de julio de 2015 y declarada fallida ante la falta de ánimo conciliatorio. (Folio 16 a 18)

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:

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 conglobamiento, es decir, aplicarse de manera íntegra 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".

(...) "Ésta ley cubre 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"⁸.

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 Constitucional⁹ 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 nos ocupa las entidades demandadas cancelaron tardíamente las cesantías parciales reconocidas a la parte actora conforme lo dispuesto en el artículo 5º 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 similares¹⁰.

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 administrativo¹¹ 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 Estado¹², 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. 2313 del 20 de septiembre de 2012, se logra determinar que la solicitud para el reconocimiento de las cesantías parciales de la actora se radicó el 08 de febrero de 2012 y como quiera que para ese momento se encontraba en vigencia el Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo-, conforme lo indica el artículo 51, el término para interponer recursos contra un acto administrativo de carácter particular es de cinco (05)

⁸ 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)

⁹ Sentencia T-832A/13.

¹⁰ 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. 730012333000201300192 01. Véase también Sentencia de Unificación CE-SUJ2-004-16. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

¹¹ 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.

¹² 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).

Radicación: 2015-00310-00
Demandante: Isabel Alba Martínez
Demandado: Nación - Min. Educación Nacional - FOMAG y Otros.

días siguientes a su notificación, quedando en firme una vez transcurrido el anterior término sin interponerse recursos o cuando fueran resueltos los incoados (Art. 62 num. 2 y 3 ibídem).

Por lo anterior, el término máximo de sesenta y cinco (65)¹³ 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 **09 de febrero de 2012** y vencieron el **15 de mayo 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 **16 de noviembre de 2012** en el Banco BBVA, por lo cual la mora en el pago de dicha prestación social corrió desde el **16 de mayo de 2012** hasta el aludido **16 de noviembre de 2012**, 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.

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 21 de enero de 2015, 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 **16 de mayo de 2012**, día siguiente al vencimiento del término de los sesenta y cinco (65) días para efectuar oportunamente la cancelación de dicha prestación y hasta el **16 de noviembre de 2012**, 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 la Secretaría de Educación del Departamento del Valle del Cauca, 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 Departamento del Valle del Cauca 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.

En cuanto a la excepción de *prescripción* interpuesta por la Nación - Min. Educación - FOMAG en relación con la disposición del Decreto 3135 de 1968, debe indicarse que en estos casos las reglas sobre excepciones son las contenidas en el artículo 151 del Código Sustantivo del Trabajo, tal como lo dijo el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicación 080012331000201100628-01 (0528-14), CE- SUJ004 de 2016, con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

La norma en cita establece que la prescripción en asuntos laborales es de tres (3) años, la cual se puede interrumpir por una sola vez y por el mismo tiempo con la presentación de la petición hacia la entidad. En el caso que nos ocupa, la señora Isabel Alba Martínez por intermedio de apoderado presentó solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria el día 21 de enero de 2015, interrumpiendo con ello el término prescriptivo por el mismo tiempo; según acta de reparto que reposa a folio 31 del expediente, la demanda fue presentada el día 01 de septiembre de 2015, teniéndose entonces que no ha operado la prescripción en el presente asunto.

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

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 liquidense 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 la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo que surgió ante la no respuesta a la petición radicada el 21 de enero de 2015 ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la secretaría de educación del Departamento del Valle del Cauca, tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago extemporáneo de las cesantías parciales de la señora Isabel Alba Martínez.

SEGUNDO: 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 Isabel Alba Martínez, identificada con la C.C No. 29.502.978 de florida Valle del Cauca, desde **16 de mayo de 2012** hasta el **16 de noviembre de 2012**, 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 Departamento del Valle del Cauca 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