



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico**

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla D.E.I.P., seis (6) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado:	080001-33-33-001-2020-00052-00
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante:	Denis Esther De La Cruz Ojeda.
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Juez (a)	Guillermo Alonso Arévalo Gaitán

**SENTENCIA ANTICIPADA
Sanción moratoria docente
Cumplimiento Unificación de Jurisprudencia SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018.**

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia anticipada de acuerdo al artículo 182A. de la ley 1437 de 2011 adicionado por el art. 42, Ley 2080 de 2021, dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por Denis Esther De La Cruz Ojeda, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

1. Declarar la existencia de un acto ficto configurado, producto de la reclamación administrativa de la sanción moratoria presentada el día **24 de agosto de 2018**, por el pago tardío de las cesantías a mi representado.
2. Declarar la nulidad del acto ficto configurado frente a la petición presentada el día **24 de agosto de 2018**, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCION POR MORA a mi mandante establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
3. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(vinculado el DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso), le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

4. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso), a que se le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

5. Que se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso), dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al Consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

7. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCIÓN MORATORIA reconocida en esta sentencia.

8. Condenar en costas a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso) de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

- HECHOS

“PRIMERO: El artículo 3 de la ley 91 de 1989, creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

SEGUNDO: De conformidad con el parágrafo 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asignó como competencia al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de la CESANTIA de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

TERCERO: Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado **DENIS ESTHER DE LA CRUZ OJEDA**, por laborar como docente en los servicios educativos estatales le solicitó a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(vinculado el DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA – SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL por tener interés en las resultas del proceso), el día **03 de agosto de 2017** el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

CUARTO: Por medio de la Resolución N° **010088 del 09 de octubre del 2017**, le fue reconocida la cesantía solicitada.

QUINTO: Esta cesantía fue cancelada el día **23 de diciembre del 2017**, por intermedio de entidad bancaria.

SEXTO: El artículo 4 de la ley 1071 de 2006, estableció:

" Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo."

El artículo 5 ibídem por su parte contempló:

" Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se hacía efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. (Subrayas fuera de texto)

SEPTIMO: El Honorable Consejo de Estado, en multiplicidad de oportunidades se ha pronunciado al respecto de la manera como debe entenderse la disposición normativa, como en sentencia de Unificación del 27 de marzo de 2007, SU 02513, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, donde contemplo que:

" Sobre la fórmula de contabilizar los términos señalados en la norma anterior, (...) la Sala Plena del Consejo de Estado ha expresado: (...) El tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponde a la ejecutoria ... más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria"

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

OCTAVO: Al observarse con detenimiento, mi representado solicitó la cesantía el día **03 de agosto de 2017** siendo el plazo para cancelarlas el día **16 de noviembre de 2017**, pero se realizó el día **23 de diciembre de 2017**, por lo que transcurrieron **37 días** de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.

NOVENO: Con fecha **24 de agosto de 2018** se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad convocada y ésta resolvió negativamente de manera ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó de conformidad con el procedimiento administrativo a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos y sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible, y por ello se adelanta el presente medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO”

- NORMAS VIOLADAS

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

- CONCEPTO DE LA VIOLACION.

Señala la apoderada demandante que el pago de cesantías de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, es una situación jurídica susceptible de ser reconocida en sede judicial, por cuanto las entidades obligadas a responder por dicha prestación han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la misma, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que al momento de solicitarlas, están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado, para cuando este, quede cesante en su actividad.

En virtud a estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, mediante las cuales, regulo la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, conformado por los 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder al pago al servidor, una vez expedido el acto administrativo de reconocimiento.”

Indica que muy a pesar de la normatividad y de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa debe ser interpretada en el sentido que entre el reconocimiento y pago de la prestación en comento, no debe superarse los setenta (70) días hábiles después de haber sido radicada la solicitud, la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha venido cancelando por fuera de los términos establecidos en la ley la prestación reclamada, circunstancia que genera una SANCION a cargo de esta entidad equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radico la solicitud de la cesantía ante la demanda y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Cita jurisprudencia relacionada con el tema sometido a estudio para concluir que la situación del actor es inocua, pues la claridad en que se ha desenvuelto -sanción moratoria y su liquidación- no deja duda del derecho que le asiste al actor, pues ha sido reiterativa la jurisprudencia sobre la fórmula de calcular el tiempo en que debía haberse otorgado respuesta a las peticiones, que en el presente asunto están llamadas a prosperar.

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00
Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

- CONTESTACION.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La apoderada del ente ministerial se opone a las pretensiones y condenas solicitadas con la demanda. Indica que es el ente territorial quien ha sobrepasado los términos establecidos en la ley, por lo que las consecuencias de su incumplimiento deben recaer sobre él.

DISTRITO E.I.P DE BARRANQUILLA.

Indica el apoderado del ente territorial que su representado no está obligado a la cancelación de la sanción moratoria por retardo en la consignación de cesantías, propone la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

- ACTUACION PROCESAL

La demanda fue presentada el 13 de febrero de 2020 en la oficina de servicios de estos juzgados y fue repartida ese mismo día; mediante auto de fecha 27 de febrero de 2020 fue admitida imprimiéndole el despacho el trámite del proceso ordinario de conformidad con las etapas previstas en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011; se ordenó notificar personalmente a los demandados, Agencia Jurídica para la defensa del Estado, Ministerio Público; a los demás sujetos procesales.

Por medio de auto de 27 de mayo de 2021 se ofició a la Fiduprevisora y al fomag para que certifique si efectuó el pago derivado del contrato de transacción suscrito entre las partes.

Mediante auto de 14 de octubre de 2021 de conformidad al artículo 182A de la ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la ley 2080 de 2021, se incorporaron las pruebas aportadas al expediente, se prescindió de la etapa probatoria y se fijó el litigio.

Por medio de auto de 08 de noviembre de 2021 se corrió traslado para alegar a las partes y para presentar concepto al ministerio público.

Lo anterior con el objeto de dictar sentencia anticipada.

- ALEGACIONES

PARTE DEMANDANTE.

En resumen, el apoderado de la parte demandante indica que los argumentos y pruebas de la demanda acreditan que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en **37 días de mora** en el pago de las cesantías legalmente reconocidas.

Indica que, para efectos de calcular los extremos de la mora y el valor de la sanción, debe tenerse en cuenta que la fecha de pago efectiva corresponde al **27 de diciembre de 2017**, y ha debido efectuarse a más tardar el **16 de noviembre de 2017**, teniendo en cuenta que esa fecha se constituyó como día límite posterior a los 70 días hábiles siguientes contados a partir de radicada la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías efectuada por la demandante, la cual fue elevada el día **03 de agosto de 2017**.

DISTRITO E.I.P DE BARRANQUILLA.

Indicó que es evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial, pues el mismo solo funge es de mero tramitador ya que es función del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00
Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FOMAG.

El ente ministerial se ratificó en la responsabilidad del ente territorial en razón del incumplimiento de los términos de ley para el trámite prestacional solicitado por la docente accionante.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No presento concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011, el despacho observa que se han cumplido todas las etapas previstas por el artículo 179 de la misma normatividad, siendo procedente dictar sentencia de fondo.

IV.- CONSIDERACIONES

- EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS.

- La ley 1955 de 2019 plan nacional de desarrollo invocada por la NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FOMAG por parte de Fiduprevisora.

En primer lugar, se procederá al estudio de la **falta de legitimación en la causa por pasiva y la denominada como previa referente a que el FOMAG no puede asumir las sanciones moratorias de acuerdo a la Ley 1955 de 2019**, que viene siendo una discusión sobre quien es el legitimado a responder por la presente demanda, y con respecto a la Falta de legitimación tenemos que como ya lo ha expresado la jurisprudencia de las secciones del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, la misma doctrina procesal, esta no es una excepción, porque se trata de un **presupuesto procesal** que haría meritoria o no en contra de quien es seleccionado como demandado si así se hallare probado.

Ahora y en esta oportunidad, la demandada, alega que la disposición del plan nacional de desarrollo vigente, es retrospectiva para que el despacho no proponga, la falta de vigencia de la ley al momento de la causación de las cesantías.

Para el caso concreto, se ratifica que la legitimación en la causa, ya sea por activa o por pasiva es la que selecciona quien debe asumir las causas del proceso o quien está legitimado para demandar. La legitimación en la causa por activa identifica al demandante con el sujeto que tiene la facultad para reclamar el derecho subjetivo en litigio y la segunda, es decir, la pasiva identifica al sujeto demandado, con quien tiene el deber legal de responder por ese derecho. Se sabe igualmente que, la legitimación en la causa puede ser de hecho o material, siendo que la primera se desprende de la relación procesal de los sujetos trenzados en la Litis pero la segunda es decir la material, tiene que ver con el fondo del asunto que se plantea y de si el sujeto es el llamado a reclamar el derecho invocado o a responder por el mismo, y en este caso se trata de la legitimación en la causa por pasiva material y es precisamente esta la razón por la cual esta decisión solo puede ser tomada en este momento de dictar sentencia, lo anterior con fundamento en el argumento de autoridad que constituye precedente vertical pacifico del Honorable Consejo de Estado, entre otras la sentencia radicada bajo el numero 2021046 76001-23-31-000-1998-00036-01 29321 en fecha 08 de abril de 2014 con ponencia del Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, la Secretaría de Educación Distrital, interviene en la producción de los actos administrativos **–expresos o presuntos–** relacionados con el FOMAG, pero en cumplimiento de una delegación que impone la Ley 91 de 1989, es decir, que no es una de las delegaciones de que trata la Ley 489 de 1998 que se hacen a través de acto administrativo expreso y escrito sino que esta obra por una

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

delegación por ministerio de la ley, la cual cumple entonces en representación del Ministerio de Educación que es la entidad obligada a pagar las prestaciones sociales a los docentes a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como su cuenta que es, lo cual implica que efectivamente la - Secretaria Distrital De Educación y el ente territorial, por la sola delegación no se encuentra legitimado materialmente, para responder por los derechos reclamados por la parte actora, en tanto es la nación colombiana como lo ha dicho en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado en la sección segunda, es por intermedio del Ministerio de Educación Nacional el legitimado en la causa material por pasiva en este caso, sin que lo dicho hasta este momento se diga en su totalidad que le niega el derecho a la demandante, pues debe hacerse el estudio de fondo si se decreta o no la nulidad parcial de los actos administrativos acusados.

Es por ello, que el despacho se pronunciará en la parte resolutive, que se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva del Distrito E.I.P de Barranquilla por no estar legitimado en la causa materialmente para responder por las eventuales prestaciones que a título de restablecimiento del derecho invoca el actor.

Ahora, de la revisión del acto demandado, se puede observar que pese a que la Secretaria Distrital De Educación, fue la entidad que con su silencio, dio lugar a la configuración de un acto ficto o presunto, fue en cumpliendo a la delegación que impone la Ley 91 de 1989, en representación del Ministerio de Educación, que es la entidad obligada a pagar las prestaciones de los docentes a través del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, lo cual implica que efectivamente el Distrito E.I.P de Barranquilla, por la sola delegación no se encuentra legitimado materialmente para responder por los derechos reclamos por la parte actora, en tanto es el Ministerio de Educación, el legitimado en la causa material por pasiva en este caso.

Para efectos de comprobar la tesis de falta de legitimación defendida por el ente territorial, se trae a colación, la siguiente postura jurisprudencial.

“La Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece, en este caso la docente causante de la prestación por sobrevivencia, se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debe aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones. En efecto, no hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989”.

Basta destacar la más reciente posición del Honorable Consejo de Estado sobre esta misma tónica expuesta por la Sección Segunda en providencia de fecha 8 de febrero de 2016, con ponencia del doctor GERARDO ARENAS MONSALVE, 1945-2014, dentro de la demanda promovida por la señora MARIA DE JESUS GOMEZ CORONADO en contra de estos mismos demandados y la entidad territorial **MUNICIPIO DE SABANALARGA**, la cual viene siendo aplicada por el despacho para todos los casos iguales, el cual viene radicado bajo el número 2014-1945, providencia donde se trazó la siguiente ratio:

“...es el fondo de prestaciones sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2015, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales “las prestaciones sociales que pagarán el fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio serán reconocidas por el citado fondo...”

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Ahora, este despacho, ante lo que viene advirtiéndose por parte de la demandada NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FOMAG, por medio del vocero del patrimonio autónomo en las defensas que ejerce en los procesos contencioso administrativo, respecto a lo previsto en el artículo 57 de la ley 1955 de 2019 que establece que el ente territorial es el encargado de responder por las indemnizaciones moratorias que hayan sido ocasionadas por este, advierte el despacho como el Consejo de Estado se ha venido pronunciando respecto a la ley del plan nacional de desarrollo vigente, unidos para un nuevo país, de la siguiente manera, relacionada con las obligaciones del FOMAG. El argumento de autoridad a que hace referencia la Sentencia No. 68001-23-33-000-2016-00508-01 de Consejo de Estado (SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A") del 29 de octubre de 2020¹, es el siguiente:

“Segundo problema jurídico

¿Es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el llamado a responder por el reconocimiento y pago de la sanción por mora, prevista en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis:

el Decreto 1272 de 2018 «Por el cual se modifica el Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación-, se reglamenta el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones» al definir las competencias y alcances de las entidades territoriales certificadas en educación, así como de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del FOMAG, reiteró que corresponde a dicho fondo el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas de sus docentes afiliados, y en tal medida la sanción por mora que se origina en la tardanza en el pago de las cesantías parciales o definitivas solicitadas por los docentes, recae en él conforme se explica a continuación:

La Ley 91 de 1989 por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previó en el numeral 5 de su artículo 2 que las obligaciones prestacionales del personal docente serían asumidas de la siguiente manera: «5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles. [...]» (Subrayas propias)

Sobre la gestión de las prestaciones sociales, la Ley 962 de 2005 «Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos», preveía en su artículo 56 que «Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.» (Subrayas de la Subsección)

¹Emisor: SECCIÓN SEGUNDA Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Normativa aplicada: LEY 244 DE 1995 - ARTÍCULO 2 / LEY 1071 DE 2006 Número de expediente: 68001-23-33-000-2016-00508-01

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

El trámite administrativo al que hacía referencia el artículo en mención, fue reglamentado por el Decreto 2831 de 2005 en el cual se señalaron términos especiales para la gestión de las mencionadas prestaciones sociales, específicamente las cesantías, y en esa medida poder verificar el incumplimiento por parte de la administración en el pago de las prestaciones solicitadas.

Sobre este punto se torna necesario señalar que por virtud del artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, a través de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo para la vigencia 2018-2022, se derogó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, eliminando así el sustento jurídico que dio vida a la reglamentación realizada por el Decreto 2832 de 2005 en cuanto al procedimiento administrativo a observar frente a la solicitud de prestaciones sociales.

Ahora bien, el Decreto 1272 de 2018 «Por el cual se modifica el Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación-, se reglamenta el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones», **reafirma la titularidad de la obligación en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales en cabeza del FOMAG, al definir en la subsección 2 «RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A CARGO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO»**, el procedimiento interno de respuesta y gestión del pago de las cesantías solicitadas por el interesado(a), en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.1. Radicación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser presentadas, ante la última entidad territorial certificada en educación que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de estudio de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada en educación y en dicha sociedad.

El sistema de radicación único debe permitir a los solicitantes y actores del proceso, conocer electrónicamente el estado del trámite, desde su radicación hasta su resolución y pago, asimismo debe permitir identificar aquellos casos en los que se realicen pagos oficiosos ya sea en cumplimiento de una orden judicial o por disposición administrativa.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.2. Gestión a cargo de las Secretarías de Educación. La atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones económicas que reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuada a través de la entidad territorial certificada en educación o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la entidad territorial certificada en educación 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 económicas, 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 y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

prestacional del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normativa vigente.

3. Subir a la plataforma que se disponga para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la sociedad fiduciaria.

4. Suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas, de acuerdo con lo dispuesto en 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 y en esta Subsección.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones económicas, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos del pago.

PARÁGRAFO . Todos los actos administrativos que sean expedidos por la entidad territorial certificada en educación, a través de los cuales se reconozcan prestaciones económicas a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberán contar con la aprobación previa por parte de la sociedad fiduciaria, so pena de incurrir en las responsabilidades de carácter disciplinario, fiscal y penal correspondientes.» (Subrayas fuera del texto original)

Resulta claro entonces, que si bien en el trámite y gestión del pago de las prestaciones sociales de los docentes, para el presente caso las cesantías parciales, tienen injerencia la entidad territorial certificada en educación que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado a través de las secretarías de educación, así como la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del FOMAG, **no es sobre tales entidades que recae el mandato legal de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales aludidas, lo que permite concluir que es el fondo el llamado a responder por el incumplimiento de tales obligaciones.**

Tercer problema jurídico

¿La causación de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 se encuentra condicionada por los trámites internos, administrativos y presupuestales, de la entidad obligada al pago de la prestación?

Al respecto la Sala sostendrá la siguiente tesis: de conformidad con el régimen jurídico que regula la sanción por la mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas, y en particular por expresa disposición del Decreto 1272 de 2018, los trámites administrativos internos de la entidad obligada **no suponen la ampliación o condonación del plazo para el cumplimiento de la prestación, y en consecuencia no se erigen como causa eficiente que impida la causación de la penalidad moratoria.**

Claro como se encuentra que los docentes también ostentan la calidad de servidores públicos, y que en tal sentido les es aplicable la sanción por mora regulada por la Ley 244 de 1995, es preciso referirnos a la manera en que dicha sanción se encuentra desarrollada por el ordenamiento jurídico. Así, se tiene que la Ley 1071 de 2006, que adicionó y modificó la norma en comento, reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, previó las sanciones derivadas de su incumplimiento y fijó los términos para su cancelación, reiterando los parámetros respecto de los cuales se entiende configurada la mora en el pago de las cesantías solicitadas:

«ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.» (Subraya la Sala)

Por su parte, el Decreto 1272 de 2018 al definir el procedimiento interno de respuesta y gestión del pago de las cesantías solicitadas por el interesado(a), hizo eco en la subsección 2, de los términos generales de respuesta a dicha solicitud contenidos en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 al siguiente tenor:

«ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.24. Gestión a cargo de la sociedad fiduciaria en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La sociedad fiduciaria, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, deberá impartir su aprobación o desaprobación argumentando de manera precisa el sentido de su decisión.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la sociedad fiduciaria deberá digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada, a través de la plataforma dispuesta para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria, del documento que contiene la aprobación o la desaprobación del proyecto de acto administrativo, deberá expedir el acto administrativo definitivo que resuelva la solicitud de reconocimiento de cesantías.

Si la entidad territorial certificada en educación tiene objeciones frente al resultado de la revisión de que trata el artículo anterior, podrá presentar ante la sociedad fiduciaria las razones de su inconformidad, dentro de los 2 días hábiles siguientes contados desde la recepción del documento que contiene la aprobación o desaprobación del proyecto de acto administrativo.

La sociedad fiduciaria contará con 2 días hábiles para resolver las observaciones propuestas por la entidad territorial certificada en educación, contados desde la recepción del documento que contiene las objeciones del proyecto.

La entidad territorial certificada en educación, dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción, debe expedir el acto administrativo definitivo.

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00
Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

En cualquier caso, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir en la plataforma dispuesta por la sociedad fiduciaria, el acto administrativo digitalizado.

PARÁGRAFO. Bajo ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser entendidos como una ampliación del plazo señalado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006. En todos los casos, las solicitudes de que trata este artículo deberán resolverse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su radicación completa por parte del peticionario.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes.» (Resalta la Sala)

Como se observa, el marco normativo que regula la penalidad por el pago tardío del auxilio de cesantías, parciales o definitivas, no contempla condicionamientos para la causación de la sanción, distinta de la constatación objetiva de la tardanza del empleador en la consignación del auxilio de cesantías, vencidos los 45 días hábiles desde la firmeza del acto administrativo que las liquida. Así, para la causación de la sanción moratoria resulta irrelevante el examen sobre la conducta desplegada por el empleador o por la entidad que tiene a su cargo el pago de las cesantías causadas, pues la norma concibe dicha prestación como una obligación a su cargo y no como una facultad discrecional cuyo cumplimiento pueda ser relativizado o condicionado por elementos intrínsecos o extrínsecos.

Bajo dicho entendimiento, la entidad obligada no puede excusarse en trámites o plazos administrativos internos, ni pretender que por virtud de los mismos se impida la causación de una penalidad que opera por ministerio de la ley, de pleno derecho, que no requiere declaración judicial y que puede ser reclamada y reconocida aún por vía administrativa. Aceptar aquello sería tanto como convalidar la ineficiencia de la administración en el cumplimiento de sus funciones, y equivaldría a admitir que le es dable a la entidad desplazar hacia el administrado la carga de soportar las consecuencias de su mal funcionamiento y que, en definitiva, le está permitido alegar la propia culpa en su beneficio, en directa contravía del principio *nema auditur propiam turpitudinem allegans* y en detrimento de la filosofía de la cesantía y de los derechos del trabajador -como extremo débil de la relación laboral-. Aquello, por supuesto, es inadmisibile.

Se reitera, la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías opera por ministerio de la ley y representa una **penalidad para el empleador o entidad obligada omisiva, de manera que la responsabilidad por su causación y prolongación en el tiempo es del resorte exclusivo de aquél y no del trabajador, y no pueden alegarse razones internas de orden administrativo o presupuestal para soslayar su causación.**

Esa conclusión encuentra respaldo en lo dispuesto en el párrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.25 del Decreto 12712 de 2018, arriba transcrito, cuando prescribe que **bajo ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser entendidos como una ampliación del plazo señalado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006. En todos los casos, las solicitudes de que trata este artículo deberán resolverse dentro de los 15 días**

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00
Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

siguientes a la fecha de su radicación completa por parte del peticionario.» (Resalta la Sala)”

Teniendo en cuenta la interpretación y la conclusión a la cual llegó el órgano de cierre de esta jurisdicción, se aleja el despacho de la postura del FOMAG de responsabilizarle a la entidad territorial, el pago de las cesantías; primero, porque si bien no hubo un acto expreso o escrito lo que constituye una falta disciplinaria pero del servidor a cargo de la respuesta, ese solo hecho, no da lugar a la configuración de la sanción moratoria en cabeza del departamento en este caso, porque no se acreditó el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como se dispone en el alegato de FIDUPREVISORA.

Además, el artículo 57 alegado, reitera que las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989, serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que no cambia la responsabilidad de la sanción moratoria, a menos que, se demuestre que se pruebe esos eventos, en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero teniendo en cuenta que es solo a partir de 2019, que la ley, elimina los procedimientos se derogó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, eliminando así el sustento jurídico que dio vida a la reglamentación realizada por el Decreto 2832 de 2005 en cuanto al procedimiento administrativo a observar frente a la solicitud de prestaciones sociales, pero dejando intacto, el decreto 1272 de 2018, en el cual, se encuentra vigente y sin que la FIDUPREVISORA allegara la prueba del incumplimiento de los deberes funcionales del ente territorial, que lo harían responsable único del pago de la sanción moratoria.

SOLICITUD DE TERMINACION DEL PROCESO POR TRANSACCION ENTRE LAS PARTES.

El representante judicial de la defensa de los intereses del MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL solicito la terminación del proceso por la suscripción de un contrato de transición entre las partes.

Por otro lado, la parte demandante se opuso a la terminación del proceso por transacción, indicando, que si bien, se suscribió CONTRATO DE TRANSACCIÓN el día 18 de agosto del año 2020, la entidad aún no ha dado cumplimiento al mismo, es decir, aún no se ha realizado efectivamente el pago al demandante.

En razón a la oposición a la terminación por las razones expuestas, este Despacho, mediante auto de 27 de mayo de 2021 resolvió OFICIAR a la FIDUPREVISORA S.A - VICEPRESIDENCIA FONDO DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A, para que con destino a este proceso certificará si efectuó el pago derivado del contrato de transacción suscrito el día 18 de agosto de 2020 entre el Dr. LUIS GUSTAVO FIERRO MAYA en representación de la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL y el Dr. YOBANY ALBERTO LOPEZ QUINTERO en representación de la señora DENIS ESTHER DE LA CRUZ OJEDA, respecto a la obligación nacida del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con la radicación 08001-33-33-001-2020-00052-00, a través del cual se pretendía el reconocimiento y pago de sanción moratoria como resultado del pago tardío de las cesantías solicitadas por la docente DENIS ESTHER DE LA CRUZ OJEDA identificada con cedula de ciudadanía No. 22.634.754.

La FIDUPREVISORA S.A, mediante respuesta remitida en correo electrónico de 10 de agosto de 2021 informo a este Despacho, “que una vez realizada la verificación en el aplicativo Fomag, no se encontró reconocimiento y pago por concepto de SANCION MORA por el eventual pago inoportuno de las cesantías reconocidas a la señora DENIS ESTHER

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00
Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

DE LA CRUZ OJEDA, identificada con C.C. No. 22.634.754, mediante Resolución 10088 del 09-10-2017.”

A dicha respuesta adjunto certificación expedida por el VICEPRESIDENTE DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en la cual indicó lo siguiente:

“De conformidad con la información suministrada por el área de Pagos y la información que reposa en los aplicativos oficiales de la entidad, se observa que en relación con la resolución 10088 de fecha 09-10-2017 a través del cual fue reconocida la Cesantía Parcial a favor de DENIS ESTHER DE LA CRUZ OJEDA identificado con cédula de ciudadanía No. 22634754, NO se ha efectuado pago de sanción por mora, ni se encuentra programado pago a la fecha o pago alguno por ese concepto.

La presente certificación no tiene carácter de Acto Administrativo, la emite Fiduprevisora, actuando en calidad de vocero y administrador del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del Contrato de Fiducia.

Se expide a los 03 días del mes de agosto de 2021”

Del análisis de la respuesta y certificación aportada por la misma FIDUPREVISORA S.A, se puede evidenciar que la entidad demandada no ha cumplido con la obligación impuesta en el contrato de transacción suscrito entre las partes en litigio, es decir, no ha realizado pago alguno a la actora referente a la sanción moratoria reclamada en el presente proceso.

Así las cosas, se advierte que la FIDUPREVISORA S.A. no ha dado cumplimiento a la cláusula cuarta del contrato, respecto a realizar el pago de la obligación transada, por lo cual no queda otro camino a este Despacho que, denegar la solicitud de terminación del proceso.

- PROBLEMA JURIDICO

En auto de 13 de julio de 2021 se fijó el litigio en determinar si se debe declarar o no, la Nulidad del acto administrativo ficto o presunto producto de la petición radicada el 23 de agosto de 2018 y, si se concede el restablecimiento del derecho en los términos pedidos por la parte actora, todo ello teniendo en cuenta los principios de congruencia, justicia rogada y los precedentes del Consejo de Estado.

También deberá determinarse si se declara probada o no las excepciones propuestas por las demandadas o cualquier que de oficio se encuentre probada.

- TESIS

Le son aplicables al régimen especial de los docentes oficiales las Leyes 244 de 1997 y 1071 de 2005, en atención a que las funciones propias de sus servicios obedecen a la categorización de empleado público.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Ámbito de aplicación de la Ley 244 de 1995. Condiciones para la procedencia de la indemnización moratoria.

Sea lo primero definir que el auxilio de cesantías corresponde a una prestación social que se encuentra a cargo del empleador, por medio de la cual se pretende cubrir el riesgo de que el trabajador pueda quedar cesante, es decir, sin un empleo que le retribuya económicamente por la prestación de su fuerza laboral, con el fin de cubrir dicho período.

En principio, la Ley 6ª de 1945 estableció los beneficiarios y la forma de liquidación del auxilio de cesantía, estableciendo lo siguiente:

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

“ARTÍCULO 17º.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

Por su parte, la Ley 65 de 1946, modificó las disposiciones sobre cesantías y jubilación respecto a los empleados del nivel nacional que se encontraran al servicio de cualquiera de las Ramas del Poder Público, así como a los empleados de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, indicando al respecto:

“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 continua 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.”

De igual manera el Decreto 1160 de 1947, estableció el derecho al auxilio de cesantías en iguales términos a los indicados en la norma precitada, siendo que, en su artículo 13 dispuso el carácter general que cobija a dicha prestación social, y, a su vez, estableció como excepción a la forma de liquidación y reconocimiento de la misma, la existencia de normas especiales o de estipulaciones contractuales más favorables. Indica la citada norma:

“ARTÍCULO 13º.- Las disposiciones del presente Decreto, tanto en lo que se refiere a los trabajadores del servicio oficial como a los de las empresas particulares, solo le serán aplicables mientras no existan normas legales de carácter especial, o estipulaciones contractuales, que les concedan derechos más amplios o que regulen su situación jurídica en lo referente al auxilio de cesantía de una manera más favorable.”

Finalmente, mediante la Ley 244 de 1995, por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se estableció la denominada sanción moratoria por el no pago oportuno de dicha prestación social, en sus artículos 1º y 2,º en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1o. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 2o. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

De manera que son presupuestos que necesariamente deben estar satisfechos para que se configure el supuesto de hecho de la norma invocada, los siguientes:

- La norma opera únicamente en tratándose del pago de las cesantías definitivas, luego supone la desvinculación del servicio de su beneficiario.
- Beneficiarios de la referida sanción moratoria son tan sólo los ex -servidores públicos, de todos los órdenes.
- Aplica cuando el reconocimiento y pago de la prestación social le corresponde a la propia entidad empleadora.
- Se prevé un término de 15 días hábiles, siguientes a la presentación de la respectiva solicitud en forma por parte del funcionario retirado, para que la entidad emita el correspondiente acto de reconocimiento.
- Una vez ha quedado en firme el acto administrativo de reconocimiento de la prestación social, bien porque no se interpusieron los recursos de ley, de ser procedentes, o porque los que se presentaron fueron resueltos, es que empieza a descontarse el término de 45 días hábiles para la cancelación efectiva de la suma que se hubiere liquidado.

Se ha de tener en cuenta que en el primer caso se agrega al lapso de 15 días con los que contaba la entidad para pronunciarse 5 días más, que es el término de ejecutoria de la decisión de la administración, y, en el segundo, el plazo de 45 días tan sólo empieza a contabilizarse a partir de la notificación del acto de resolución de los recursos.

- La indemnización moratoria, como también se le conoce, no es una prestación social, la prestación es la cesantía, y equivale la primera a un día de salario, de la asignación básica, por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago.
- No se pasará por alto que si bien es cierto, el artículo 1°, como fuera duplicado, contempla que el beneficiario debe haber elevado una solicitud de liquidación de Cesantías Definitivas, la sanción moratoria también procede aún en el evento en que sin mediar solicitud del interesado la Administración emite el acto de reconocimiento pero luego deja transcurrir más de 45 días hábiles para su pago sin haberlo verificado. Esto es, que no se admitirá la interpretación por la que se postule que en no habiendo solicitud de parte interesada de por medio la sanción no aplica, como quiera que ello haría inoperante el sentido de la norma.
- La sanción prevista empezó a aplicarse a partir del 29 de diciembre de 1996, esto es, un año después de haber sido promulgada la Ley 244, como lo previó el párrafo transitorio del artículo 3° de su texto, es decir, para los empleados oficiales que se retiraran a partir de esa fecha.

La modificación de la Ley 1071 de 2006 a la Ley 244 de 1995. La Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se subrogó la Ley 244 de 1995, trajo algunas modificaciones en lo que respecta al procedimiento de pago de las cesantías, así como en lo que respecta al reconocimiento de la sanción moratoria, indicando en sus artículos 2° a 5° lo siguiente:

“ARTÍCULO 2°. ÁMBITO DE APLICACIÓN. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

ARTÍCULO 3°. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

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

ARTÍCULO 4°. TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5°. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”

De las normas en cita, se desprende que la reforma a la Ley 244 de 1995 se limitó básicamente a los siguientes aspectos:

- A partir del 31 de julio de 2006, la sanción moratoria **aplica no sólo** respecto de las Cesantías Definitivas, sino que cubre también las Parciales que soliciten los servidores públicos. De donde, no hay lugar a exigir el retiro del servidor público.
- Se precisó el ámbito de aplicación de la sanción moratoria la cual tiene como sus destinatarios a los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, a los miembros de la fuerza pública, a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, a los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y a los trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.
- Remite el ámbito de aplicación de la norma no sólo a las entidades empleadoras pagadoras de la prestación social, sino que también se refiere a la entidad que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías.
- La sanción opera respecto de la entidad pública pagadora, sin perjuicio de lo que se establezca respecto del Fondo Nacional del Ahorro.

SOBRE EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS DOCENTES.

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

A través del Decreto 2277 de 1979 se estableció un régimen especial para los docentes, el cual tenía como fin regular temas relacionados con condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente, sin embargo, en dicha normativa no se contempló aquellos aspectos relacionados con las prestaciones sociales del personal docente.

La Ley 43 de 1975 ordenó el proceso de nacionalización de los docentes para los niveles de primaria y secundaria, estableciendo categorías de personal docente vinculado, las cuales fueron definidas en la Ley 91 de 1989, “por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, así:

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

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

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

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

En el artículo 2º se dispuso la forma como se llevaría a cabo el pago de las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados, como pasa a verse:

“(…) De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

(…)

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

Parágrafo. (...)

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”.

Y respecto a las cesantías, el numeral 3º del artículo 15 ibídem estableció:

“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 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

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” (resaltado de la Sala).

Por su parte, la Ley 60 de 1993, al disponer la forma de organización de las plantas de personal docente, aclaró que el régimen de prestaciones sociales a favor de los nuevos docentes, entre otros, será el establecido en la precitada Ley 91 de 1989. Así quedó previsto en el artículo 6º, al señalar:

“ARTICULO 6o. Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte. Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute. El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989 (...).”

Sin embargo, la Ley 60 de 1993 fue derogada por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

No obstante, la Ley 115 de 1994 por medio de la cual se expide la Ley general de Educación, en su artículo 115, igualmente reitera que los docentes se regirán por lo establecido en la Ley 91 de 1989 en materia prestacional:

“ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”

Posteriormente, el artículo 5o del Decreto 196 de 1995, estableció la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales, financiados con recursos propios de las entidades territoriales, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el artículo 7o ibídem preceptuó:

“El pago de las prestaciones sociales de los docentes departamentales, distritales y municipales vinculados con recursos propios de las entidades territoriales que, en los términos de la definición contenida en el artículo 2 del presente Decreto, se hayan causado antes de su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones, son de responsabilidad directa de las entidades territoriales o de las cajas de previsión o entidades que hagan sus veces, en donde hayan efectuado los correspondientes aportes”.

De acuerdo con lo anterior, el reconocimiento de las cesantías y de los intereses sobre las mismas quedaba a cargo de la entidad territorial cuando ésta ha incumplido la obligación de afiliarse al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Dicha conclusión ya ha sido expuesta por esta Corporación, al sostener:

“Acorde con el párrafo anterior, solamente la “incorporación” efectiva al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liberaría al MUNICIPIO DE [...] de asumir el pago de la acreencia laboral reclamada. Mientras esto no suceda, le corresponde la carga de pagarle al docente los conceptos que se causen por intereses a las cesantías...”

Sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tiene que el artículo 4° de la Ley 91 de 1989 creó el precitado fondo como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, y cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Así mismo, se estableció que en dicha cuenta se debían afiliar a los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados al servicio educativo al momento de promulgación de dicha norma, así como a los que se vinculen con posterioridad a ella.

De igual manera, en dicha norma se estableció qué prestaciones económicas y sociales de los docentes se encontraban a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo que en lo que respecta al auxilio de cesantías, el numeral 3° del artículo 15 estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 15°.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...) (...)

3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Ahora, sobre el procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales y económicas de los docentes que se encuentran afiliados al Fondo

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual incluye el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, el Gobierno Nacional, a través del Decreto No. 2831 del 16 de agosto de 2005, estableció un procedimiento especial en el cual se fijaron las pautas, términos y entidades participantes en la expedición de los actos de reconocimiento, en donde se estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 2°. RADICACIÓN DE SOLICITUDES. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria 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 secretaria 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 ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario 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 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 éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

PARAGRAFO PRIMERO: 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

PARAGRAFO SEGUNDO: 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.

La Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial en lo que respecta al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin distinción alguna, por lo tanto, en lo que respecta a los términos y el procedimiento para el reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes afiliados a dicho fondo, corresponde acudir a dicho canon y a las normas que lo reglamentan para determinar las etapas, condiciones, términos y formalidades propias del trámite de reconocimiento.

Se debe tener en cuenta que, de conformidad con el numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de los docentes oficiales, se determinó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el único habilitado para la liquidación y pago del auxilio de cesantías, lo cual excluye a este sector del régimen de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, así como a las citadas Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

RECTIFICACION DE LA POSICION DE ESTE DESPACHO JUDICIAL. SENTENCIA DE UNIFICACION DE LA SECCION SEGUNDA DE LA SALA CONTENCIOSA DEL CONSEJO DE ESTADO.

Si bien este despacho judicial venia negando las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos expresos o presuntos, que negaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no haberse previsto de manera expresa para los docentes como servidores públicos de régimen especial, se debe advertir, que el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, **unifico jurisprudencia respecto del tema**. Es bien sabido que la Corte Constitucional ya había unificado su jurisprudencia sobre esa tópica jurídica, pero en sede de tutelas, mediante la sentencia SU-336 de 2017; no obstante, las posiciones del Consejo de Estado no siempre eran concordantes a esta,

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00
Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

siempre que se le dio prevalencia a la norma especial sobre la general, producto del ejercicio de ponderación de normas.

Finalmente, Mediante sentencia SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, el Consejo de Estado **unificó jurisprudencia**, y que al tomarse por este despacho judicial como es su deber funcional en los términos del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, da un giro interpretativo que resulta ser favorable en pro del reconocimiento de la sanción moratoria para los docentes, al igual que a todos los empleados públicos, expresado de la siguiente manera:

“82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia **en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995² y 1071 de 2006³, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos**; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional”.

Respecto al término del pago, para las cesantías, el fundamento de la decisión fue el siguiente:

“91. De conformidad con la exposición de las normas que contemplan el plazo para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, y pese a que el parágrafo del artículo 5º, previó la sanción respecto del incumplimiento en el pago, más no en el reconocimiento de la prestación social, de acuerdo con la teleología del legislador, **se establece que precisamente una de las razones por las cuales se contempló la penalidad fue en aras de establecer una limitación al defectuoso funcionamiento de la administración pública que debido a los procesos burocráticos y la corrupción posibilitaba cambiar el orden de radicación de las peticiones encaminadas al reconocimiento de la prestación social, aprovechándose de la urgencia del empleado para proveer sus necesidades básicas y de su familia, o simplemente no emitiría el acto administrativo con el fin de que el plazo para la cancelación del valor no iniciase, y por ende, se condicionaría la norma a la actuación de la entidad pública empleadora.**

92. Es preciso indicar así, que el establecimiento de un término para el reconocimiento de la cesantía y de otro para que se efectúe su pago efectivo, **busca proteger al trabajador garantizando el cometido de tal prestación, y que justamente con ella, se pueda solventar la eventualidad para la cual la solicitó -parciales- o por la que se causó -definitivas-**.

93. Así las cosas, no pueden confundirse los mencionados términos de expedición del acto de reconocimiento de la cesantía y de su pago efectivo, con el previsto por el legislador con el propósito de configurar una decisión presunta resultado del silencio administrativo, y menos para entender causada por ésta la sanción por mora; pues, ésta penalidad se encuentra justificada por el simple incumplimiento de la obligación de pago, no por la ficción legal de que la petición que sobre tal prestación se hizo no tuvo respuesta, asumiéndola como negativa por definición.”

En sentencia del 30 de enero de 2020, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sala contenciosa, sobre esta misma tónica indicó: ⁴

² «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

³ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B” Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS Bogotá, D.C., treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020) Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00366-01(1385-15) Actor: INGRID ALEXANDRA TRONCOSO RODRÍGUEZ Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

“Así entonces, conforme a la tesis unificada de la Corte Constitucional en la sentencia SU-336 de 2017 y a la providencia de la Sección Segunda del 18 de julio de 2018, la accionante, dada su calidad de docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene derecho al pago de la sanción moratoria regulada en la Ley 1071 de 2006, que modificó la Ley 244 de 1995.

Igualmente, la sentencia de unificación de esta Sección del 18 de julio de 2018, siguiendo la Ley 1071 de 2006, precisó que la ausencia de respuesta de la administración frente a la reclamación o cuando se profiera fuera de los términos legales, no impide la causación de la sanción moratoria, de modo que en estos eventos el término de 65 o 70 días⁵ se cuenta a partir de la solicitud del interesado sobre el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas. En efecto se señaló en la citada providencia:

“92. Es preciso indicar así, que el establecimiento de un término para el reconocimiento de la cesantía y de otro para que se efectúe su pago efectivo, busca proteger al trabajador garantizando el cometido de tal prestación, y que justamente con ella, se pueda solventar la eventualidad para la cual la solicitó -parciales- o por la que se causó -definitivas-.

(...)

94. En criterio de la Sala, éste debe ser el real entendimiento de la sanción moratoria por no expedir el acto de reconocimiento en término, **pues lo contrario sería asumir que la simple inacción de la administración impediría la causación de la penalidad analizada en esta sentencia, en detrimento de la filosofía de la cesantía y de los derechos del trabajador.**

95. En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006⁶), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011⁷) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código

DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LEY 1437 DE 2011. SANCIÓN MORATORIA DOCENTE. CESANTÍAS DEFINITIVAS.

⁵ Este término de 65 o 70 días depende de si la reclamación se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo, donde el término de ejecutoria era de 5 días, o si estaba en rigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el que dicho término es de 10 días.

⁶ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

[...]

Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.»

⁷ «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00
Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51⁸], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006⁹¹⁰.

- CASO CONCRETO

Para el desenlace del presente caso, procede este despacho a un estudio minucioso de los hechos probados en el transcurso del proceso. Se tiene entonces que la accionante DENIS ESTHER DE LA CRUZ OJEDA, presta sus servicios como docente en una Institución Educativa del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, por lo cual se le reconocieron sus cesantías parciales, **según consta en los antecedentes administrativos aportados al expediente y que no fueron tachados de falsos o desconocidos por su autenticidad, habiéndose dado las oportunidades probatorias para ello.**

Que mediante resolución 010088 de 09 de octubre de 2017 fueron reconocidas las cesantías parciales al demandante, igualmente está probado con la copia del volante de pago del banco BBVA obrante a folio 23 de la demanda digitalizada, que los dineros correspondientes a las cesantías fueron puestas a disposición de la docente el día 23 de diciembre de 2017 como se aprecia en la observación 1.

Subsiguiente la demandante presentó derecho de petición a fin de que se le reconociera la sanción por el pago tardío de las cesantías, petición a la cual no se dio respuesta, configurándose un silencio administrativo negativo.

En base a los anteriores hechos, señala la accionante que de conformidad con el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 “Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones” y artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.”, le asiste el derecho a percibir la sanción moratoria contemplada en las normas citadas en virtud a que la entidad no cumplió con el plazo fijado para pagar las cesantías definitivas solicitadas.

Inicialmente debe señalarse que atendiendo la condición subjetiva o cualificada de la actora **-docente-** no puede desconocer este despacho judicial, los reconocimientos especiales, que de acuerdo a las razones de derecho de la sentencia de unificación, el legislador ha previsto para los docentes, en su vinculación, tanto es de tenerles un régimen especial cuya provisión es reglada por el decreto 1278 de 2002 y como ocurre en la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En este orden de ideas se tiene que, de conformidad con la normatividad transcrita en líneas precedentes, se desprende que el régimen salarial y prestacional docente, se define

⁸ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

[...]

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

[...]

⁹ «Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.»

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018, proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00
Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

siguiendo las reglas establecidas en la Ley 91 de 1989, es decir, dependiendo de la vinculación del docente se puede establecer las normas que le son aplicables.

En ese mismo sentido la Ley 115 de 1994, por medio de la cual se expide la Ley General de Educación, en su artículo 115, igualmente reitera que los docentes se regirán por lo establecido en la Ley 91 de 1989 en materia prestacional.

No obstante lo anterior, al revisar la resolución No. 010088 de 09 de octubre de 2017 a través de la cual se liquidaron las cesantías parciales a la actora, se observa que las mismas **fueron liquidadas de forma retroactiva** lo cual significa que el monto liquidado es el resultante de multiplicar el último salario devengado por el número de años que ha trabajado.

También se colige del análisis del acto de reconocimiento de la prestación que la señora DE LA CRUZ OJEDA estuvo vinculada desde el 10 de marzo de 1981 lo cual indica que su incorporación al servicio se hizo cuando aún se encontraba vigente el régimen retroactivo de liquidación de cesantías, aunado a esto, no se allegó al expediente ningún documento que acredite que solicitó su traslado al régimen anualizado, lo cual muestra sin lugar a dudas que **la actora pertenece al régimen retroactivo de liquidación de cesantías.**

Se tiene que el régimen retroactivo de cesantías se encuentra regulado en las leyes 6 de 1945, 65 de 1945 y el decreto 1160 de 28 de marzo de 1947, régimen en el cual no se contempló sanción alguna en el caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos pertenecientes al mencionado régimen.

En relación a la aplicación de la sanción moratoria en el régimen de cesantías retroactivas, se advierte que la jurisprudencia del Consejo de Estado **no ha sido pacífica**. Por un lado, **la Subsección A de la Sección Segunda en sentencia de 26 de julio de 2018¹¹**, ha manifestado lo siguiente:

“El primer aspecto a abordar, consiste en determinar el régimen de cesantías que cobija al demandante y de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y que se aludieron en un capítulo anterior, se concluye que pertenece al régimen de retroactividad de cesantías, comoquiera que su vinculación laboral se produjo el 17 de julio de 1992, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que determinó que los servidores públicos que se vincularan a partir de su publicación, quedarían amparados por las normas vigentes sobre cesantías, esto es, lo consagrado en la Ley 50 de 1990. **Así las cosas, es forzoso concluir que el demandante, al estar amparado por el régimen de retroactividad de cesantías, no tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora, pues esta previsión fue consagrada para el régimen de liquidación anual y para el régimen de retroactividad por retiro definitivo del servicio, de conformidad con la Ley 244 de 1995.** Los anteriores argumentos son suficientes para confirmar la decisión del a quo, en cuanto no procede el reconocimiento de la sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías reclamada por el demandante pues no está cobijado por el régimen de liquidación anual, sino por el régimen de retroactividad, en el cual no está consagrada la sanción por mora reclamada.”

Posición que fue ratificada por la misma Subsección A, en sentencia de 01 de agosto de 2018¹²:

“El primer aspecto a abordar, consiste en determinar el régimen de cesantías que cobija al demandante y de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. 08001-23-31-000-2011-00911-01. 1299-16 SENTENCIA. SUSTENTO NORMATIVO: LEY 244 DE 1995 / LEY 50 1990. NORMA DEMANDADA. FECHA: 26/07/2018. SECCION: SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A". PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS. ACTOR: OSWALDO ANTONIO CAMARGO OJEDA. DEMANDADO: MUNICIPIO DE SOLEDAD – ATLANTICO. DECISION: NIEGA.

¹² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00650-01(0659-16). Actor: EDUARDO ZUBIRÍA PESTANA. Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD, ATLÁNTICO

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00

Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda

Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.

Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

que se aludieron en un capítulo anterior, **se concluye que pertenece al régimen de retroactividad de cesantías**, comoquiera que su vinculación laboral se produjo el 24 de noviembre de 1992, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que determinó que los servidores públicos que se vincularan a partir de su publicación, quedarían amparados por las normas vigentes sobre cesantías, esto es, lo consagrado en la Ley 50 de 1990.

Así las cosas, es forzoso concluir que el demandante, al estar amparado por el régimen de retroactividad de cesantías, no tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora, pues esta previsión fue consagrada para el régimen de liquidación anual y para el régimen de retroactividad por retiro definitivo del servicio, de conformidad con la Ley 244 de 1995.”

Por otro lado, encontramos que la subsección B de la sección Segunda del Honorable Consejo de Estado¹³ con ponencia de la magistrada SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, en relación a la sanción moratoria y el régimen de cesantías retroactivas en providencia 12 de octubre de 2016, indicó lo siguiente:

“Por lo anterior, resulta claro que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías en los términos de la Ley 6^o de 1945 y demás normas complementarias; por ende, en esta oportunidad la Sala considera necesario precisar cuál es la obligación del empleador en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, la oportunidad para ello, y si son beneficiarios de la sanción moratoria.

Al respecto, de conformidad con las normas que contemplan el régimen retroactivo, la liquidación del auxilio de cesantías se hará con base en el último salario devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los 3 últimos meses, en cuyo caso se hará por el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor. Igualmente, el cómputo se hará teniendo en cuenta todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios y no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del empleador.

Lo anterior permite establecer que estas cesantías no comprenden el pago de sanción moratoria, pues este es propio del régimen de cesantía anualizada, teniendo en cuenta que si bien la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, prevén una sanción por mora, ésta se configura por el incumplimiento del término para el reconocimiento de las cesantías o el pago que se hiciera de manera tardía directamente al empleado afiliado cuando se solicitan su retiro parcial o definitivo.”

También se observa que la subsección A de la **Sección Segunda**¹⁴, en pronunciamiento de **06 de diciembre de 2018** con ponencia del Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, al resolver una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos administrativos que negaron el pago de la sanción moratoria, considero lo siguiente:

“Se evidencia que la demandante se vinculó con el municipio de Sabanagrande en el cargo de «Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 01» el día 2 de enero de 1991 de conformidad con el documento obrante a folio 32 del expediente expedido por el Municipio de Sabanagrande – Atlántico y de acuerdo con los hechos de la demanda tal como se observa a folio 2, por lo tanto como fue vinculada a una

¹³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D. C., 12 de octubre de 2016. Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Radicación: 08001233100020110062001. Interno: 1342-2016. Actora: Marelbis José Pérez Castillo. Accionado: Municipio de Soledad (Atlántico). Tema: Sanción moratoria – Régimen retroactivo.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá D. C., seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00786-01(0328-16). Actor: EUFEMIA MARÍA PRIETO DE RODRÍGUEZ. Demandado: MUNICIPIO DE SABANAGRANDE.

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00
Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

entidad del Estado antes del 31 de diciembre de 1996, tiene un régimen retroactivo de cesantías, de acuerdo con el cual, la liquidación definitiva de las mismas debe realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Esta Sala de Subsección ha señalado que los trabajadores vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, como es el caso de la demandante, que no se hayan acogido de manera expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, no tienen derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, consistente en el pago un día de salario por cada día de retardo, toda vez que dicha penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual.

Negrillas y subrayado del Juzgado.

Los antecedentes jurisprudenciales traídos a colación, muestran con total claridad como las subsecciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, han determinado en casos como el que ahora nos ocupa, que el régimen de cesantías con retroactividad no comprende el pago de sanción moratoria pues este es propio del régimen de cesantías anualizada, sin embargo, otros pronunciamientos de la misma subsección A han sido más flexibles al indicar que la misma si es procedente, pero solo en el evento de retiro definitivo del servicio.

Si bien no hay una línea jurisprudencial pacífica en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en relación al pago de la sanción moratoria en el régimen de cesantías retroactivas; este Despacho es del criterio que el legislador especial no estableció a modo correctivo o preventivo una sanción moratoria en el régimen de cesantías retroactivas de los servidores públicos.

Se advierte que, no podría este Despacho extraer un elemento como es la sanción moratoria, la cual fue establecida en el régimen de cesantías anualizadas, para aplicarlo al régimen de cesantías retroactivas como lo pretende la parte actora, pues se estaría originando un tercer régimen con los beneficios de ambos, no teniendo este ente jurisdiccional la competencia para el efecto, pues ello iría en desmedro del principio de inescindibilidad de la ley.

Se recuerda, que es de reserva del legislador determinar las condiciones, requisitos y sanciones de los regímenes de prestaciones sociales aplicables, es así, como con la expedición de la Ley 91 de 1989 se previó en el caso de los docentes, que todos quienes se vincularan a partir del 1º de enero de 1990 o quienes vinculados con anterioridad optaran por el nuevo régimen, tendrían derecho a un régimen anualizado de cesantías, dentro del cual se consagro la figura de la sanción moratoria.

En el caso particular de la docente actora, es claro que no opto por el régimen anualizado de cesantías, por lo tanto, no puede solicitar la aplicación de la sanción moratoria regulada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

La anterior posición del Despacho coincide con la esbozada por el Honorable Consejo de Estado – Sala de lo Contenciosos Administrativo – Sección Primera, en sentencia de segunda instancia de 11 de febrero de 2021 dentro del radicado 11001-03-15-000-2020-04065-01(AC), a través de la cual se decidió la acción de tutela interpuesta por el señor Marco Antonio Carpintero Sanjuan en contra del Tribunal Administrativo del Atlántico y otros, bajo las siguientes consideraciones:

“Para la Sala las autoridades judiciales accionadas no incurrieron en defecto sustantivo por desconocimiento del precedente judicial, toda vez que las situaciones fácticas y los problemas jurídicos abordados en las sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional y la sentencia de unificación del Consejo de Estado son totalmente diferentes al caso sub examine. Sobre el particular, en el asunto bajo examen, se estableció que al actor no se le podía reconocer el pago de la respectiva sanción moratoria, toda vez que era beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, por lo que la consecuencia jurídica era la improcedencia

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00
Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

de aplicar las disposiciones normativas contenidas en las Leyes 244 y 1071. La Sala evidencia que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en las sentencias de unificación referidas, no abordaron el tema jurídico especial del régimen retroactivo de cesantías, por lo que las situaciones fácticas abordadas en dichas providencias son totalmente diferentes al caso en cuestión. (...)"

Las anteriores consideraciones permiten concluir que el acto administrativo ficto demandado derivado de la petición presentada por la actora el día 24 de agosto del 2018, se encuentra ajustado al ordenamiento legal, Así las cosas, este despacho en orden a las premisas normativas, jurisprudenciales y fácticas traídas a colación, no tiene otro camino diferente al de negar las pretensiones de la demanda.

- CONCLUSIÓN.

Teniendo en cuenta que, conforme al litigio fijado, se pretende la nulidad del acto administrativo ficto producto de la petición presentada el día 24 de agosto de 2018, por las causales alegadas por la demandante, el despacho, ante la presunción de legalidad del acto acusado en los términos señalados en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 siendo de cargo de la actora, destruir dicha presunción y al no encontrarse probados, se concluye no declarar su nulidad en los términos solicitados y en consecuencia, mantenerlo en el ordenamiento jurídico.

- COSTAS

Respecto a las costas de primera instancia el despacho acude a la sentencia del 11 de junio de 2020 proferida por la sección segunda con ponencia de la doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ¹⁵, en la cual, el Consejo de Estado señaló:

“Al respecto, la Sala de Sección indica que si bien no existe criterio único que gobierne su condena, ha de señalarse que ambas subsecciones acuden al de causación, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso.

En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante, razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en esta instancia”.

En este caso, siguiendo las consideraciones trazadas en la sentencia de unificación, al no haberse generado la prueba de los gastos del proceso, este despacho, negará la imposición de condena en costas a la parte vencida.

- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá, D. C., once (11) de junio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 05001-23-33-00-2012-00572-01(1882-14)CE-SUJ-SII-020-20 Actor: OLGA LUCÍA BERMÚDEZ Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho Asunto: Sentencia de unificación ingreso base de liquidación – régimen pensional del Decreto 929 de 1976 a quienes son beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.Sentencia de unificación por Importancia jurídica Sentencia CE-SUJ-SII-020-2020

Radicación: 08001-33-33-001-2020-00052-00
Demandante: Denis Esther De La Cruz Ojeda
Demandado: Nación – Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Distrito E.I.P de Barranquilla.
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho.

V.- FALLA

- PRIMERO:** **DECLARASE** probada de la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto al Distrito E.I.P de Barranquilla – Secretaría de Educación.
- SEGUNDO:** **NIEGUESE** la solicitud de la parte demandada Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de declarar la terminación del proceso por transacción.
- CUARTO:** **NIÉGUESE** las súplicas de la demanda.
- QUINTO:** **NOTIFÍQUESE** personalmente a las partes y al Ministerio Publico el contenido de esta sentencia a las direcciones de correo electrónico indicados por las partes o por los medios de Ley.
- SEXTO:** En caso de no ser apelada, una vez ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.
- SEPTIMO:** Sin condena en costas. Regístrese en el sistema Justicia XXI TYBA.

COMUNIQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GUILLERMO ALONSO AREVALO GAITAN

JUEZ

Se deja constancia que la herramienta firma electrónica, en el día de hoy, al momento de la firma del presente documento, **NO FUNCIONÓ**.