



**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO EL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR**  
Valledupar, Diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015).

Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante : Rosalin Mejía Arzuaga.  
Demandado : Nación – Min-Educación Nacional – Fondo Nacional  
De Prestaciones Sociales del Magisterio (Fiduprevisora S.A.)  
Departamento del Cesar.  
Radicación : 20-001-33-31-001-2012-00018-00.

**I. ASUNTO**

Procede el Despacho en primera instancia a decidir el presente medio de control instaurado por la señora ROSALIN MEJIA ARZUAGA, a través de la demanda, de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda contra NACIÓN – MINEDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FIDUPREVISORA S.A.) y EL DEPARTAMENTO DEL CESAR, a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

**II. DEMANDA**

Pide la actora que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre las siguientes:

**III. PRETENSIONES**

**PRIMERO:** Que se declare la Nulidad del acto ficto o presunto, el cual hizo tránsito a silencio negativo el día 1 de septiembre de 2011 mediante el cual el Departamento del Cesar niega el derecho que le asiste a su mandante, señora ROSALIN MEJIA ARZUAGA, a que se le pague la cláusula moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantía.

**SEGUNDO:** Que se declare la nulidad de la decisión, calendada el día 3 de agosto de 2011, proferida por la Fiduprevisora S.A., entidad administradora del fondo de prestaciones del magisterio, en la cual igualmente se niega el derecho que le asiste a su poderdante a recibir el pago de la cláusula moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2.006.

**TERCERO:** En consecuencia de las anteriores declaraciones, sírvase señor Juez condenar a los demandados, Departamento del Cesar - Secretaría de Educación Departamental y Fiduprevisora S.A. (entidad administradora del fondo de prestaciones sociales del magisterio),

a pagar a favor de la señora ROSALIN MEJIA ARZUAGA , la suma de Doce Millones Ochocientos Treinta y Dos Mil Novecientos Noventa pesos (\$ 12'832.990) Mcte., por concepto de indemnización moratoria de la cesantía parcial que corresponden a un día, de salario por la suma de Treinta y Nueve Mil Trescientos Sesenta y Cinco Pesos (\$39.365) Mcte., por cada día de retardo en el pago, desde que la obligación se hizo exigible y hasta que fue pagada totalmente, lo que estimo en un total de 326 días (desde el 2 de agosto de 2010 hasta el 4 de marzo de 2011);

**CUARTO:** Igualmente, condenar a los demandados, Departamento del Cesar - Secretaría de Educación Departamental y Fiduprevisora S.A. (entidad administradora del fondo de prestaciones sociales del magisterio), a pagar a favor de su poderdante, los intereses corrientes a la tasa máxima legal autorizada (1.95% - Febrero 2011), desde el momento en que se debió pagar la cesantía hasta el momento en que se cancelaron las mismas lo que calcula en un monto de Novecientos Ochenta y Tres Mil Trescientos Treinta y Siete Pesos (\$ 983.337) Mcte.,

**QUINTO:** Condenar a los demandados, Departamento del Cesar - Secretaría de Educación Departamental y Fiduprevisora S.A. (entidad administradora del fondo de prestaciones sociales del magisterio), a pagar a favor de su poderdante los intereses moratorios de las sumas demandadas, tasados desde el momento en que se profiera la sentencia hasta el momento en que se cancelen los dineros insolutos correspondientes a la indemnización moratoria.

**SEXTO:** Condenar a los demandados a pagar a favor de su poderdante, la indexación da las sumas antes detalladas según IPC a la fecha de pago, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 178 del C.C.A.

**SÉPTIMO:** Condénese en costas a los demandados.

#### IV. HECHOS

1. La demandante labora al servicio del Departamento del Cesar - Secretaria Departamental de Educación.
2. El sueldo promedio mensual al momento de recibir las cesantías era de Un Millón Ciento Ochenta Mil Novecientos Cincuenta y Cinco pesos (\$1'180.955) Mcte mensuales; Treinta y Nueve Mil y Trescientos Sesenta y Cinco Pesos (\$ 39.365) Mcte diarios, que resulta de promediar los factores salariales devengados la actora en el año que recibió el pago de sus cesantías.
3. Por motivo de reparación de vivienda, la demandante solicitó la liquidación parcial de sus cesantías; y que fue radicada bajo el número 2010 - CES - 000366, de fecha 13 de Enero de 2010. Dichas cesantías parciales ascendían a la suma de Cuatro Millones

Seiscientos Sesenta y Nueve Mil Doscientos Veintiuno (\$4'669.221) Mcte., tal como se manifiesta en el inciso primero de la parte resolutive de la resolución 0000311 del 18 de junio de 2010.

4. Aunque la ley estipula términos de estricto cumplimiento para la liquidación y pago de las cesantías parciales o definitivas, el cual es de 15 días hábiles contados a partir de la solicitud para la expedición de la resolución, y 45 para el pago, respectivamente, es un hecho notorio que dichos términos fueron violados, ya que solo hasta el día 18 de junio de 2010, mediante la resolución 0000311 de la misma fecha, se realiza la liquidación de las cesantías y la certificación de tiempo de servicio y se expide la respectiva resolución por parte de la Secretaría de Educación Departamental del Cesar. Valga aclarar que el término de 60 días, contados a partir de la presentación de la solicitud, estipulados en la Ley como término máximo para el pago, se venció el día 12 de abril de 2010.
5. Luego de varios requerimientos, realizados al Departamento del Cesar - Secretaría de Educación Departamental y Fiduprevisora S.A. (entidad administradora del fondo de prestaciones sociales del magisterio), para que efectuaran el pago de cesantías reconocidas en la antedicha resolución (000130 de 2010), a su poderdante finalmente le fue entregado el dinero correspondiente a sus cesantía parcial el día 4 de Marzo de - 2011, lo que constituye una mora injustificada tanto de la Administración Departamental, como de la Administración del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual pagó 326 días después de haber vencido el término legal para la liquidación y pago de la misma.

Por la anterior tanto el Departamento del Cesar - Secretaría de Educación Departamental y Fiduprevisora S.A. (entidad administradora del fondo de prestaciones sociales del magisterio) incurrieron en mora por 326 días, ya que han transcurrido todos estos, después de haber vencido el término legal para la liquidación y pago de dicha cesantía.

6. El día 1 de junio de 2011, su patrocinado interpuso derecho de petición tendiente a obtener el pago de la indemnización moratoria consagrada en la Ley cuando las entidades públicas incumplen con los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas, a lo que la Administración Departamental contestó, mediante oficio de fecha 15 de junio de 2011, manifestando que carecía de competencia para tal reclamación y por lo tanto era remitida a la Fiduciaria La Previsora.

Dicha entidad, Fiduprevisora S.A (entidad que administra el fondo de prestaciones del magisterio - Fomag) quienes a través de oficio con fecha 8 de agosto de 2011, en dónde niegan el pago de la indemnización moratoria.

7. Tanto el Departamento del Cesar - Secretaría de Educación Departamental y Fiduprevisora S.A. (entidad administradora del fondo de prestaciones sociales del magisterio), pretenden soslayar en detrimento de su apoderada el régimen legal que regula el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los funcionarios públicos, uno manifestando que no es competente y el otro negando tácitamente el pago, respectivamente.
8. En el caso Sub JUDGE, es necesario realizar una breve revisión de la norma (Ley 1071 de 2006), que regula el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas para darnos cuenta de las siguientes circunstancias:
  - a) El reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas tiene tres etapas:

La solicitud a cargo de funcionario que las pretende obtener previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para ello. El reconocimiento, Liquidación y orden de pago, la cual está a cargo de la entidad nominadora, que en este caso es el Departamento del Cesar - Secretaría de Educación Departamental, y que se realiza a través de un acto administrativo, el cual debe ser expedido por estas entidades dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud. La resolución de reconocimiento debió proferirse el 3 de febrero del 2010. Pero fue proferida el 18 de junio de 2010 incurriendo en una mora de 135 días.

El pago del dinero correspondiente a la cesantía parcial o definitiva el cual debe efectuarse dentro de los 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria del acto administrativo donde se reconoce, se liquida y se ordena el pago de la cesantía parcial o definitiva. Esta etapa para el caso que nos ocupa está a cargo de la Fiduprevisora S.A. (entidad administradora del fondo de prestaciones sociales del magisterio): el pago debió efectuarse el 25 de agosto de 2010 pero fue realizado el día 4 de marzo de 2011 incurriendo en mora de 191 días.

b). En la etapa correspondiente a la expedición del acto administrativo donde se reconoce, se liquida y se ordena el pago de la cesantía parcial de su poderdante, a cargo del Departamento del Cesar - Secretaría de Educación Departamental, se transgredió el término de 15 días hábiles otorgados por la ley para expedirlo, por tanto estas entidades deben responder por la cláusula moratoria consagrada en la antedicha Ley, por el término en que incurrió en mora, tal como se ha comentado anteriormente.

c). En el mismo orden de ideas, en la etapa correspondiente al pago, o entrega material del dinero correspondiente a la cesantía reconocida, a cargo de la Fiduprevisora S.A., también se transgredió el término de 45 días hábiles, contados - a partir de la notificación y posterior ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento. Por ello la

Fiduprevisora S.A. al igual que el Departamento del - Cesar - Secretaría de Educación Departamental, debe pagar la cláusula moratoria por el término en que incurrió en mora.

9. En virtud de la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, es competencia de la entidad territorial empleadora expedir el acto administrativo de reconocimiento, liquidación y orden de pago de las cesantías parciales o definitivas como se ha insistido en diferentes oportunidades; luego las peticiones que tengan como fundamento fáctico la omisión en la expedición oportuna del prealudido acto administrativo, por simple lógica deben ser resueltas por la entidad empleadora, que para el caso que nos ocupa es el Departamento del Cesar - Secretaría de Educación Departamental; y en el evento que dichas peticiones no sean contestadas de fondo por dicha entidad, no solo se vulneraría el derecho fundamental de petición, sino que se actuaría en forma temeraria frente a los administrados, sin perjuicio que ante la circunstancia anotada opere el silencio administrativo negativo.
10. Como se ha manifestado anteriormente, pese a que la petición fue remitida a la Fiduprevisora S.A.; quien negó la pretensión solicitada argumentando que los pagos de las cesantías están sometidos bajos la disponibilidad presupuestal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no justifica los retrasos para el pago
11. Por el trámite que se le ha dado a la solicitud de pago de la moratoria en el pago de las cesantías parciales de la demandante, se entiende agotada la vía gubernativa, al operar el silencio administrativo negativo por parte del Departamento del Cesar - Secretaría de Educación Departamental, al no haber resuelto de fondo la petición impetrada por su mandante y haber transcurrido más de tres meses desde la fecha de presentación de la petición, e igualmente al haber transcurrido más de tres (3) meses después de haber sido remitida la petición a la Fiduprevisora sin que esta se haya pronunciado.
12. Ante la negativa injustificada del pago de la sanción moratoria por parte de los demandados, y habiendo agotado la vía gubernativa, el día 25 de enero de 2012, se solicitó la celebración de audiencia de conciliación extrajudicial ante el procurador judicial delegado ante los jueces administrativos, la cual se llevó a cabo el día 19 de abril de 2012, sin que se hubiera llegado a un acuerdo conciliatorio; por lo anterior dicha se declaró fallida.
13. En dicha audiencia de conciliación extrajudicial, no se hizo presente, ni presentó excusa el DEPARTAMENTO DEL CESAR (Secretaria de Educación Departamental), por la tanto su inasistencia injustificada debe tenerse como un indicio en su contra tal como lo estipula el artículo 22 de la ley 640 de 2001 y el artículo 14 de la ley 1716 de 2009.

14. Que debe tenerse en cuenta que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 136 del C.C.A., por tratarse esta demanda de un acto ficto o presunto, puede demandarse

#### V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Fundamenta su concepto de violación en las normas sustantivas y objetivas: Constitución Nacional, artículos 1, 2, 3, 6, 23, 53, 90 y demás pertinentes de esta misma obra; Código Contencioso Administrativo, artículos 5 y s.s., artículo 85 en concordancia con los artículos 83 y 84; Ley 6 de 1.945, artículo 17; Decreto 1160 de 1.947, artículos 1 y 2; Decreto 1045 de 1.978, artículo 45; Ley 91 de 1.989 artículo 3, Ley 1071 de 2.006 artículo 5.

#### VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento del Cesar, a través de su apoderado judicial, contestó la presente demanda, aceptando que los hechos 1, 2, 3, 5, 6 y 12 son ciertos, que los hechos 4º, 13º no les consta, los hechos 7º y 8º lo son es una interpretación de una norma, los hechos 9º y 10º no son hechos, son apreciaciones subjetivas y personales del apoderado, y el hecho 11º no es cierto. Frente a las pretensiones se opone a todas y cada una de ellas. Que en ningún momento ha operado la figura del silencio administrativo negativo que consecuentemente conlleve a un acto administrativo presunto que pudiera demandarse en cualquier momento.

En respuesta a las pretensiones planteadas, se opone al pago de la sanción moratoria por el pago oportuno de las cesantías parciales, contenidas en la Ley 1071 de 2006, por cuanto al demandante no le asiste derecho a reclamar la sanción moratoria deprecada, como quiera que se encuentra estipulada en la Ley 1071 de 2006, norma que no es aplicable, porque dada su condición de docente, la manera para liquidar sus cesantías se encuentra prevista en la Ley 91 de 1989, disposición que no contempló la sanción solicitada.

Propuso como excepciones las siguientes:

**Falta de Legitimación en la causa por pasiva.-** El Departamento del Cesar, no tiene competencia para definir situaciones administrativas que se presenten en actos administrativos cuya expedición haya sido reservada a otros entes públicos, que a partir del año 2005, la normatividad vigente en cuanto al funcionamiento del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es decir la 962 de 2005, y el Decreto 2831 de 2005, le otorgaron facultades radicadoras a las Secretarías de Educación de los entes territoriales certificados, pero el Decreto 2831 de 2005, es claro en su artículo 10, al establecer la vigencia del mismo.

Evidenciándose la falta de competencia para definir situaciones como los descuentos que realiza el Fondo de Prestaciones Sociales a las mesadas pensionales reconocidas a los

docentes, hay que tener en cuenta que es la Fiduprevisora como administradora del Fondo de Prestaciones Sociales la entidad encargada de efectuar los pagos a los pensionados de este fondo, por tanto corresponde a la Fiduprevisora definir el monto de los descuentos realizados a las mesadas pensionales y no a ese ente territorial.

**Inexistencia de acto administrativo presunto.-** Que se encuentra debidamente acreditado dentro del proceso, que ante el derecho de petición radicado por el demandante en la Gobernación del Cesar, el día 01 de junio de 2011, el Departamento del Cesar, le dio respuesta a la misma, mediante oficio CSEDEX No. 3328 del 15 de junio de 2011, que el demandante no esté de acuerdo con dicha respuesta o este inconforme con la misma, eso no quiere decir que la misma no se le haya dado, es una estrategia en el cual se quiere hacer ver que se ha configurado un silencio administrativo negativo, lo cual es una estrategia en la que se quiere hacer que se ha configurado un acto administrativo presunto para poder demandar en cualquier tiempo.

**El Ministerio de Educación.-** Contestó la demanda manifestando con respecto a los hechos que, los hechos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° son ciertos, sino apreciaciones jurídicas; los hechos 7°, 9°, 11°, 12°, 13° y 14° no son unos hechos es una apreciación del demandante, mientras que los hechos 8° y 10° no son ciertos.

Que hay que tener en cuenta que la pretensión de la accionante no está ajustada a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral. Que los actos acusados no violan las disposiciones invocadas por el actor, y está estrictamente ceñido a las disposiciones en debía fundarse, las razones por las cuales se realiza el pago de manera tardía, encuentran sustento en las misma Ley 1071 de 2006, en las sentencias C-314 de 1998 y C-552 de 1998, en las cuales se expone que los docentes se les pagaran según el turno y la disponibilidad según lleguen las solicitudes. Que no existió omisión, ni violación a derecho alguno en lo que expone el demandante, toda vez que al docente se le pagó según lo expuesto por la fiducia que administra los recursos del estado.

**Propuso como excepciones las siguientes.-**

**Falta de legitimación en la causa por pasiva.-** Según se plantea en los hechos, así como se vislumbra dentro de los fundamentos y razones de defensa, la Fiduciaria La Previsora, no es ante quien se debe tramitar las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales.

**Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma.-** Que se estructura este hecho por cuanto la pretensión se basa en una norma desconociendo el ordenamiento jurídico de manera integral, en el que se encuentra también las normas y sentencias en las cuales fundamenta su posición.

**Buena fe:** la hace consistir en el hecho de que el Ministerio de Educación Nacional ha actuado con la más absoluta buena fe y ha procedido teniendo en cuenta la aplicación de la ley 33 de 1985 a la pensionada como régimen legal que define y determina su derecho prestacional y en esa forma fue liquidada su pensión vitalicia de jubilación.

**Pago** la entidad demandada ha cancelado todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo en cuenta los Factores salariales a tener en cuenta según

**Genérica o innominada:** manifiesta que cuando el juez halle probado los hechos constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia.

**Caducidad:** la hace consistir en el hecho de que operó la caducidad de las acciones tendientes a modificar el acto acusado a la luz de lo establecido en el Código Contencioso Administrativo artículo 164.

## VII. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 9 de julio de 2012 (fl. 8) a la cual se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 10 de septiembre de 2012 (fl 37), notificaciones, a las entidades demandadas (fl. 41), al Procurador Judicial Administrativo Delegado ante esta agencia judicial (fl. 42) y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda (fl 44). Vencido el término de traslado para la contestación de la demanda, en el cual la entidad demandada el Departamento del Cesar se pronunció al respecto (fls 45-182), estando el proceso en secretaría para fijar fecha para la realización de la audiencia inicial el Despacho adiciona el auto admisorio ordenando tener como demandada a La Compañía FIDUPREVISORA S.A., una vez se corre traslado a esa entidad ésta contesta la demanda visible a folio (191-201), vencido el termino se dispuso a señalar fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011, en la que se resolvieron las excepciones (fl. 204), la cual se surtió decretándose la práctica de las pruebas solicitadas y se procedió a fijar fecha y hora para la audiencia de pruebas el día 20 de noviembre del 2014, en donde el despacho encontró que las pruebas solicitadas fueron allegadas al procesos y se corrió termino para la presentación de los escritos de alegatos por las partes, según lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 181 de la ley 1437/2011. Luego de vencido el termino para la presentación de los alegatos, se pasó el expediente al Despacho, para proferir la presente sentencia.

La presente demanda mediante auto de fecha seis (6) agosto de 2012, este Despacho decidió inadmitir la demanda pues consideró que existió una indebida acumulación de pretensiones al demandar un acto ficto o presunto que no tiene término de caducidad junto con un acto expreso respecto del cual había operado la caducidad al tenor de lo establecido el artículo 164 del CPACA, pues bien, dentro del término legal la parte demandante subsanó la demanda,

demandando solamente la nulidad del acto ficto o presunto, el cual hizo tránsito a silencio negativo el día 1º de septiembre de 2011,

### VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término para alegar de conclusión, las partes guardaron silencio.

### IX. CONSIDERACIONES

#### 9.1. Pronunciamiento sobre Nulidades, Presupuestos Procesales y Caducidad.

No encuentra el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad parcial o total de lo actuado. Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales. En efecto, esta agencia judicial es competente en razón de la naturaleza del asunto y el lugar donde ocurrió el hecho. La demanda fue presentada dentro del término legal para ello, de tal manera que no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

#### 9.2. Problema Jurídico.

Debe el Despacho dilucidar en el presente proceso si el demandante tiene derecho a que las entidades demandadas cancelen la sanción moratoria como consecuencia del retraso en el pago de las cesantías definitivas, y si existe justificación para condenar en costas.

#### 9.3. Antecedentes y Normatividad Aplicable.

Resulta preciso indicar que la **Ley 6ª de 1945**, antiguo Régimen de Cesantías de los empleados públicos, en la Sección Tercera "De las prestaciones sociales" dispone:

*Art. 17 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 servicios. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestado con posterioridad al primero de enero de 1942..."*

*La Ley 65 de 1946, por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantías y jubilación, prevé:*

*"Artículo 1. Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, háyanse o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al Auxilio de Cesantía por todo el tiempo trabajado continua o*

*discontinuaamente, a partir del 1° de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro."*

Posteriormente, se promulgó la Ley 244 de 1995, por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones, la cual señala:

*"Artículo 1°.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la 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.*

*Artículo 2°.- 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 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".*

Finalmente, se promulgó la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, se reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecieron sanciones y se fijaron términos para su cancelación, señalando:

(...)

*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 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”.*

Como puede observarse, la indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, es una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada ley.

De lo anterior se concluye que cuando los supuestos facticos recaen sobre el pago tardío de las cesantías de los servidores públicos, el legislador no previó una sanción diferente a la del pago de un día de salario por cada día de retardo.

#### **9.4 De la aplicación de la Sanción por Mora regulada por la Ley 1071 de 2006, a los docentes.**

Debe indicar el despacho que si bien no existe una línea jurisprudencial clara y que constituya doctrina vinculante en cuanto al régimen aplicable a los docentes respecto a la mora en la cancelación oportuna de las cesantías, toda vez que del recorrido al respecto se encontraron decisiones del órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que defiende la tesis de que la Ley 91 de 1989 es una norma especial que se aplica de manera prevalente a la Ley 1071 de 2006, así esta última norma sea posterior, por cuanto la ley especial regula una materia concreta respecto al pago de las cesantías para los docentes, y en cuanto a la sanción por mora en el pago oportuno de las cesantías, y que por ello la disposición legal de carácter general regulada por la Ley 1071 de 2006, no se hace extensiva para los docentes del sector público, al encontrar evidente que la Ley 91 de 1989 regula de manera especial el pago de las cesantías para los docentes y que dentro de su normatividad no se contempla la sanción que reclama el actor.

Como también existen sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>1</sup>, en los cuales reconocen y sin mayores resquemores al respecto dan aplicación a la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes, y si bien estas decisiones no configuran por si mismos una posición unificada en el tema, a criterio del Despacho es la posición que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral por resultar menos favorable el régimen especial, que el general.

Por demás, se debe atender dentro de una interpretación histórica - finalista de la Ley 244 de 1995, que contempló en su inicio la sanción por mora, los motivos que llevó al legislador a imponer tal sanción. Exposición de motivos que relacionó la sentencia de la Sala Plena del 27 de marzo de 2007, antes referida,<sup>2</sup> (...)

*“La finalidad del legislador al establecer una sanción por el retardo en el pago de las cesantías definitivas quedó configurada en la exposición de motivos, en la cual el ponente del proyecto manifestó:*

*“...la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.*

*Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando el final se paga al trabajador su cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados, con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador”.*<sup>3</sup>

*En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores”.*

<sup>1</sup> - Sección Segunda Subsección “B”, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación No.23001-23-31-000-2004-00069-02(0859-08), actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo, sentencia del 21de mayo de 2009.- Sección Segunda Subsección “A”, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación No. 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09), actor: Eduardo Montoya Villafañe, sentencia del 21 de octubre de 2011.

<sup>2</sup>Radicación N° 76001233100020000251301, C.P Jesús Ma ría Lemos Bustamante,

<sup>3</sup> Gaceta del Congreso año IV – N°. 225 del 5 de agosto de 1995

Los mismos motivos le ha reconocido el Consejo de Estado a la norma que establece la sanción por retardo al pago de las cesantías, cuando expone, al analizar un supuesto de un empleado de orden territorial, cuya prestación se causó antes de la vigencia de la ley 244 de 1995, de todas formas indicó:

*“Si bien las normas que gobiernan el tema relacionado con el auxilio de cesantías de los servidores públicos del orden territorial (Ley 6ª/45, Decreto 2767/45, Ley 65/46 y Decreto 1160/47), no establecen un plazo para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, no implica que la administración pueda hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa prestación social. En efecto, en estos casos es necesario tener en cuenta que el auxilio de cesantías no sólo constituye un derecho adquirido para el servidor público sino que además tiene la connotación de un salario diferido, cuya finalidad es la de servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante, razón por la cual tiene derecho a recibir el pago de dicha prestación social al término de la relación laboral o dentro de un plazo que pueda considerarse como razonable. Como se ha anotado en otras ocasiones, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente. ...”*

**9.5. Lo Probado en el Proceso:** De las pruebas allegadas al proceso, se extraen las siguientes relevantes:

- Poder para actuar (fl.9).
- Derecho de petición, mediante el cual solicita el pago de la sanción moratoria (fl.10-12)
- Oficio CSEDex 3228 mediante la Secretaria de Educación Departamental responde petición (fl.13-14).
- Oficio Fiduprevisora S.A. mediante el cual informa sobre el pago parcial de cesantías (fl.16).
- Resolución 0000311 de junio 18 de 2010, mediante el cual reconoce cesantías parcial (fls. 16-17).
- Poder para actuar ante la Secretaria de Educación del Departamento del Cesar.(fl.18).
- Comité de conciliación y de defensa jurídica del Ministerio de Educación Nacional (fl. 19-22).
- Copia de recibo de consignación del Banco Agrario de San Diego Cesar (fl.23).
- Certificado de existencia y representación legal de la Fiduprevisora S.A. (fls.24-26).

- Audiencia de Conciliación extrajudicial No. 009 (fl.27-29).
- Hoja de vida de la docente Rosalin Mejía Arzuaga (fls.62-182).

#### El Caso Concreto.

Con base en las pruebas recaudadas se acreditó que a la señora Rosalin Mejía Arzuaga a través de la **Resolución No. 0000311 del 18 de junio de 2010** se le reconoció por concepto de liquidación parcial de cesantías la suma de \$4.669.221.00. Frente a esta situación, la actora solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, le sea reconocido el derecho al pago de la sanción moratoria generada a su favor por el incumplimiento de los términos fijados por la ley para el pago de las cesantías. En la que, dicha Secretaria le responde que dicha solicitud fue remitida a la Dirección de Prestaciones Económicas de la Fiduprevisora, toda vez que es la oficina competente para resolver su solicitud.

El Consejo de Estado a la norma que establece la sanción por retardo al pago de las cesantías, cuando expone, al analizar un supuesto de un empleado de orden territorial, cuya prestación se causó antes de la vigencia de la ley 244 de 1995, de todas formas indicó:

*“Si bien las normas que gobiernan el tema relacionado con el auxilio de cesantías de los servidores públicos del orden territorial (Ley 6ª/45, Decreto 2767/45, Ley 65/46 y Decreto 1160/47), no establecen un plazo para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, no implica que la administración pueda hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa prestación social.*

*En efecto, en estos casos es necesario tener en cuenta que el auxilio de cesantías no sólo constituye un derecho adquirido para el servidor público sino que además tiene la connotación de un salario diferido, cuya finalidad es la de servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante, razón por la cual tiene derecho a recibir el pago de dicha prestación social al término de la relación laboral o dentro de un plazo que pueda considerarse como razonable. Como se ha anotado en otras ocasiones, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente....”*

La legitimación en la causa por el lado activo, es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho. La legitimación es, por lo tanto, un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado.

En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: "En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandado, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva".

Con relación al tema de la legitimación en la causa, la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), MP Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, sostuvo:

**"...En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.**

Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

En un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra...."

Así las cosas, queda claro que la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, en razón de que no afecta el procedimiento, más bien es la relación jurídico material que existe entre el demandante y quien debe ser demandado. Es pues, un asunto sustancial.

El demandante dirige su demanda en cual solicita la nulidad del acto ficto presunto negativo mediante el cual el Departamento del Cesar, niega el derecho que le asiste a que le pague la cláusula moratoria en el pago del auxilio de cesantías, así mismo solicita la nulidad de la decisión calendada tres (3) de agosto de 2011, mediante el cual la Fiduprevisora S.A., le niega el derecho que le asiste a la demandante de recibir el pago de la cláusula moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006.

Este Despacho inadmite la demanda mediante auto del seis (6) de agosto de 2012, al considerar que existía una indebida acumulación de pretensiones ya que estaba demandando un acto ficto presunto que no tiene termino de caducidad, junto con un acto expreso respecto del cual había operado la caducidad. A renglón seguido la parte demandante subsana la demanda dejando sus pretensiones de la siguiente forma: *"(...) PRETENSIONES. Primero: Que se declare la Nulidad del acto ficto o presunto, el cual hizo tránsito a silencio negativo el di 1 de septiembre de 2011 mediante el cual el Departamento del Cesar niega el derecho que le asiste a mi mandante, señora ROSALIN MEJIA ARZUAGA, a que se le pague la cláusula moratoria por mora en el pago del auxilio de cesantía"...*

Sobre la legitimidad en la causa por pasiva del Departamento del Cesar- Secretaria de Educación Departamental. El Despacho oportunamente se pronunció sobre la misma en la Audiencia Inicial, en la que decidió desvincular de toda responsabilidad del ente territorial, relevándolo de alguna obligación como demandada, así mismo se declaró como no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva planteada por el Ministerio de Educación Nacional, por lo que se ordenó continuar el proceso en su contra solamente, decisión que fue notificada en estrado sin que se presentaran recursos en contra de la decisión tomada por el Despacho. Por lo que, teniendo en cuenta que el acto demandado fue el proferido por el Departamento del Cesar quien ya no hace parte de la litis, al Despacho no le es posible condenar al Ministerio de Educación en el entendido de que éste no profirió acto administrativo alguno que fuera objeto de reproche en este proceso.

Por lo que es claro que la parte demandante solo demanda un solo acto y es el expedido por el Departamento del Cesar quien no está legitimada en la causa para responder por las pretensiones del demandante, además no posee relación sustancial con éste, dado que, no es la entidad llamada a pagar las prestaciones sociales de los docentes, por lo que en este asunto no es el ente que conforme a la Ley deba ser llamada a responder por lo pretendido en juicio; lo anterior sin perjuicio de las funciones delegadas para efectos de expedición de los actos administrativos de reconocimiento de las cesantías, por lo cual así se declarará en esta providencia.

Los argumentos expuestos en líneas anteriores servirán de fundamento para que este juzgado proceda a denegar las pretensiones del presente medio de control, pues no se avizora que el acto demandado sea contrario a las normas prestacionales aplicadas a la actora, pues, su

labor como Secretaria de Educación consiste en la elaboración del acto y así lo hizo, y quien debe cancelarle sus cesantías en término, es la sociedad fiduciaria. Por lo que el oficio objeto de reproche, no desconoce de derecho alguno.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no profirieron acto administrativo alguno en la presente controversia, el Despacho se sustrae de pronunciarse y de proferir condena en contra de éstos.

**Costas.**

Finalmente, teniendo en cuenta que las pretensiones persiguen un reconocimiento laboral y considerando que la parte demandante no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, no procede la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEGUNDO:** Sin costas.

**TERCERO:** En firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y Cúmplase.

  
JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ  
Juez Primero Administrativo del Circuito de Valledupar.

