

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 94.

Santiago de Cali, diecisiete (17) de mayo dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN : 76001-3333-001-2018-00133-00
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : CLEMENCIA INÉS LÓPEZ GÓMEZ
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO
**NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO**

La señora CLEMENCIA INÉS LÓPEZ GÓMEZ, actuando por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el fin de que se hagan las siguientes:

Declaraciones

Que se declare la nulidad del acto ficto negativo surgido con ocasión de la petición del 10 de noviembre de 2017 en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 a la demandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, 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.

Que se condene a la entidad demandada a que dé cumplimiento en lo que corresponde al fallo, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 del 2011 CPACA.

Expone como **HECHOS** relevantes los siguientes:

1. La demandante labora como docente en los servicios educativos estatales y el día 30 de mayo de 2017, solicitó a la entidad demandada, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.
2. Por medio de la Resolución No. 4143.0.21.5861 de 30 de mayo de 2017 le fue reconocida la cesantía solicitada, la cual fue pagada el día 25 de octubre de 2017, por intermedio de entidad bancaria.
3. El 10 de noviembre de 2017, la demandante solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria establecida Ley 1071 de 2006 al haberse superado el término de setenta (70) días hábiles para efectuar el pago de la prestación.
4. No obstante lo anterior, la entidad accionada no se pronunció frente a la solicitud de sanción moratoria configurándose en consecuencia un acto administrativo ficto negativo objeto de la presente demanda.

Normas Violadas y Concepto de Violación

La parte actora cita como violadas las siguientes disposiciones:

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

La parte accionante advierte que la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, establecen un término perentorio para la liquidación y el pago de las cesantías, fijando un imperativo para que la administración expida la resolución en forma oportuna y evitar de esta manera la violación de los derechos prestacionales de los docentes.

No obstante la entidad demandada ha evadido el mandato legal, incurriendo en mora injustificada y creando incertidumbre en el servidor frente al reconocimiento de la prestación, expidiendo el acto administrativo solo cuando disponía de los recursos para la cancelación de la misma.

Advierte que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado en múltiples providencias la forma en que deben computarse los tiempos señalados para el pago de la prestación reclamada y empezar a causarse la sanción por mora.

Para el efecto cita apartes de providencias de esa Alta Corporación, entre ellas la sentencia de Unificación del 27 de marzo de 2007, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, así como la providencia de 28 de junio de 2010 del C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Concluyendo de lo anterior que dada la claridad de las normas que sirven de

fundamento a la demanda y al desarrollo jurisprudencia del Consejo de Estado sobre este asunto, se debe atender de manera favorable las pretensiones.

Contestación de la demanda

- El apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Educación – **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la Fiduprevisora S.A.**, contestó la demanda dentro del término de ley, manifestando oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que el pago de las cesantías se encuentra supeditado a la disponibilidad presupuestal y al turno que se establezca para cada caso en concreto.

Advirtió que en el caso específico de los docentes los cobija un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989 modificada por la Ley 812 de 2003, las cuales no prevén una sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías parciales o totales.

Formuló las excepciones de mérito las que denomina: "*inexistencia de la obligación con fundamento en la ley*", "*pago de la obligación contenida en el acto administrativo*" y "*prescripción*".

TRÁMITE DEL PROCESO

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez admitida la demanda mediante auto de 6 de junio de 2018, llevadas a cabo las notificaciones del auto admisorio a los sujetos procesales en debida forma, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem dentro de la cual no hubo lugar a efectuar saneamiento alguno, y como quiera que no hubo pruebas que practicar se prescindió de esta etapa y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

La parte accionante intervino en la diligencia ratificando los argumentos expuestos en la demanda y en su concepto de vulneración.

A su turno, el FOMAG presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES:

PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN

Capacidad jurídica de las partes

La parte demandante compareció por conducto de apoderado judicial mediante poder debidamente conferido tal como lo prevé al artículo 160 de la Ley 1437 de 2011, de donde se deduce su capacidad procesal para ser parte en la presente controversia.

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentra legitimada para comparecer al proceso conforme lo dispone el artículo 159 del CPACA a través de apoderado judicial, tal y como se comprueba en el poder obrante a folios 83 y 84 del expediente.

Caducidad de la Acción

En el presente asunto, como quiera que la pretensión de la demanda es la declaratoria de nulidad del el acto ficto surgido con ocasión de la petición de fecha 10 de noviembre de 2017, se aplica la regla señalada en el literal d del numeral 1 del art. 164 del CPACA en cuanto la demanda puede ser formulada en cualquier tiempo cuando *"se dirija contra actos productos del silencio administrativo"*.

Requisito de procedibilidad

Frente al agotamiento del requisito previsto en el numeral 1 del artículo 161 del CPACA, en el asunto se observa que se encuentra satisfecho tal y como se observa a folio 14.

Frente al agotamiento de la actuación administrativa previsto en el numeral 2 del referenciado artículo 161, observa el Despacho que por constituir el acto administrativo demandado un "acto ficto o presunto de carácter negativo", la misma disposición antes citada prevé que: *".., El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto"*.

PRESUPUESTOS DE LA DEMANDA

Competencia

Por la naturaleza del proceso y al tratarse de una demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral, es competente esta Juzgadora para decidir el asunto en primera instancia conforme lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 155 del CPACA.

Demanda en forma

La demanda se presentó conforme con los requisitos contenidos en los artículos 162 y 163 del CPACA

EXCEPCIONES DE MÉRITO

En cuanto a las excepciones de mérito es preciso aclarar que siendo que las mismas pretenden enervar el fondo de las pretensiones, por tanto su resolución dependerá de la suerte que corran cuando se analice el fondo del asunto.

PROBLEMA JURÍDICO

Se centra en establecer si la demandante en calidad de docente, tiene derecho a

que se le reconozca la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, al haber sido pagadas por parte de la entidad demandada las cesantías parciales de manera extemporánea.

Para resolver el problema jurídico, el despacho analizará:

- i. Los hechos probados en el expediente.
- ii. Derecho al pago a los docentes de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006.
- iii. Jurisprudencia actual del Consejo de Estado sobre el pago de la sanción moratoria por retardo en el pago de cesantías a favor de los docentes.
- iv. Del caso en concreto.

i. HECHOS PROBADOS EN EL EXPEDIENTE

1. Mediante Resolución No. 4143.0.21.5861 de 21 de julio de 2017, la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, ordenó el reconocimiento de la suma de \$ 11.931.567, por concepto de liquidación de Cesantías Parciales, a favor de la señora CLEMENCIA INÉS LÓPEZ GÓMEZ (fls. 5 a 7).

2. De la misma Resolución se desprende que la señora CLEMENCIA INÉS LÓPEZ GÓMEZ, presta sus servicios como docente de vinculación Municipal del Plantel I.E. INEM JORGE ISAACS. (fl. 5).

3. Que según recibo de pago del Banco BBVA obrante a folio 10, el valor reconocido por cesantías parciales le fue pagado a la demandante el día 25 de octubre de 2017.

4. Que el día 10 de noviembre de 2017 el apoderado judicial de la señora CLEMENCIA INÉS LÓPEZ GÓMEZ, solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA, conforme lo estipulado en la Ley 1071 de 2006 (fls. 3 al 5).

5. Que la entidad demandada guardó silencio.

ii. DERECHO AL PAGO A LOS DOCENTES DE LA SANCIÓN MORATORIA CONSAGRADA EN LA LEY 1071 DE 2006

Para iniciar es importante precisar que la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se pronunció respecto del régimen especial prestacional del personal docente, de la siguiente manera:

3. El régimen especial prestacional del magisterio.

En Colombia los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003¹, mediante la cual se creó el Fondo

¹ El artículo 81 de la Ley 812 de 2003 dispone lo siguiente

“ARTÍCULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley. Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital. Al respecto cabe precisar, desde ya, que la Ley 91 de 1989 regula no sólo las prestaciones sociales del Magisterio, como son las cesantías y las vacaciones, sino igualmente lo referente al régimen pensional y de prestación de servicios médico-asistenciales de los profesores; en otras palabras, se reagrupa en un mismo cuerpo normativo lo prestacional con el régimen de seguridad social, a diferencia de lo que sucede con los demás trabajadores en Colombia.

Pues bien, el mencionado Fondo tiene como objetivos (i) efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado; (ii) garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales que contrata con ciertas entidades, de conformidad con las instrucciones que al respecto imparta el Consejo Directivo del Fondo; (iii) velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; y (iv) propender por que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

(...)

En lo que concierne a los recursos que alimentan el fondo se tiene que éstos se encuentran constituidos por el valor total de las cotizaciones por afiliado, pagaderos en los términos de la Ley 100 de 1993; las cuotas personales de inscripción; el cinco 5% por mil de cada nómina, a cargo de los docentes, que la Nación les pague por servicios personales; aportes del IVA; lo que deba recibir de otras entidades públicas por prestaciones sociales adeudadas a los docentes; las utilidades provenientes de las

Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones. El régimen salarial de los docentes que se vinculen a partir de la vigencia de la presente ley, será decretado por el Gobierno Nacional, garantizando la equivalencia entre el Estatuto de Profesionalización Docente establecido en el Decreto 1278 de 2002, los beneficios prestacionales vigentes a la expedición de la presente ley y la remuneración de los docentes actuales frente de lo que se desprende de lo ordenado en el presente artículo. El Gobierno Nacional buscará la manera más eficiente para administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para lo cual contratará estos servicios con aplicación de los principios de celeridad, transparencia, economía e igualdad, que permita seleccionar la entidad fiduciaria que ofrezca y pacte las mejores condiciones de servicio, mercado, solidez y seguridad financiera de conformidad con lo establecido en el artículo 3o de la Ley 91 de 1989. En todo caso el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administrará en subcuentas independientes, correspondiente a los recursos de pensiones, cesantías y salud.

El valor que correspondería al incremento en la cotización del empleador por concepto de la aplicación de este artículo, será financiado por recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que la Nación le transfiera inicialmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por un monto equivalente a la suma que resulte de la revisión del corte de cuentas previsto en la Ley 91 de 1989 y hasta por el monto de dicha deuda, sin detrimento de la obligación de la Nación por el monto de la deuda de cesantías; posteriormente, con recursos del Sistema General de Participaciones y con los recursos que le entregará la Nación a las entidades territoriales para que puedan cumplir con su obligación patronal.

PARAGRAFO. Autorízase al Gobierno Nacional para revisar y ajustar el corte de cuentas de que trata la Ley 91 de 1989.

inversiones que efectúe el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses que perciba por préstamos que conceda; y recursos por otros conceptos.

De igual manera, es preciso señalar que las prestaciones sociales que paga el Fondo son las que reconozcan la Nación y las entidades territoriales, prestando asimismo servicios de salud a sus afiliados.

Así las cosas, en cuanto a las cesantías, la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

En suma, en materia prestacional los docentes cuentan con régimen especial, gestionado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que, mediante la celebración de un contrato de fiducia, atiende las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, para lo cual efectúa el pago de las prestaciones económicas y garantiza la prestación de los servicios médico-asistenciales, amén de administrar el recaudo de los recursos destinados a tales fines. En otras palabras, y contrario a lo sostenido por el demandante, el régimen especial de los docentes en Colombia no se encamina a discriminarlos sino a protegerlos y favorecerlos, dada la importante labor que desempeñan para la sociedad y el Estado.

4.1. Líneas jurisprudenciales referentes a regímenes especiales

(...)

De igual manera, en materia prestacional, la Corte ha considerado que el legislador no puede establecer tratamientos discriminatorios entre los diversos trabajadores, como es el caso de la liquidación y pago del auxilio de cesantía. En tal sentido, recientemente esta Corporación en sentencia C-823 de 2006 declaró inexecutable el literal b) del artículo 251 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto la medida que exceptuaba a los trabajadores ocasionales del pago del auxilio de cesantía no respondía a una finalidad que pudiera considerarse legítima a la luz de la Constitución.

Ahora bien, en el caso concreto del régimen especial de los docentes, el cual abarca tanto aspectos de seguridad social, como lo es el suministro de servicios médico-asistenciales y de pensiones, como prestacionales, tales como el régimen de cesantías y vacaciones, la Corte estima que las líneas jurisprudenciales señaladas resultan ser plenamente aplicables en

el sentido de que la existencia de un régimen propio o especial para unos determinados trabajadores no resulta per se violatorio del principio de igualdad, lo cual no obsta para que se puedan plantear cargos de igualdad cuando quiera que un ciudadano considere que algún aspecto del régimen especial de los docentes, sea en temas prestaciones o de seguridad social propiamente dicha, resulte violatorio del derecho a la igualdad.

En suma, los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sistema que debe ser entendido como un todo, sin que sea dable examinar aisladamente cada de una de ellas, y en tal sentido, prima facie, no resultan comparables la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de los docentes con aquéllas de los trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990”.² (Negrilla fuera del texto)

Del aparte jurisprudencial transcrito, se infiere que los docentes gozan de un régimen prestacional independiente de los demás servidores públicos, dicho régimen tiene establecido para los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 el pago anualizado de las cesantías, reconociendo un interés equivalente a la tasa comercial promedio de captación, de igual forma, es clara la Corte en afirmar que a los docentes no se les aplica las disposiciones de la Ley 50 de 1990.

El Consejo de Estado, ha establecido igualmente que no es posible aplicar una norma diferente al ordenamiento jurídico que rige a los docentes, por tratarse de un régimen especial prestacional, veamos:

“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 (...).”

(...)

Por último, la Sala no accederá al reconocimiento de la mora en el pago de intereses sobre cesantías en razón a que, como

² Sentencia Corte Constitucional C-928-06, Magistrado Ponente HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

lo ha venido sosteniendo esta Subsección, en el ordenamiento jurídico aplicable a los docentes, según lo aducido en la demanda, no existe disposición que así lo establezca.³ (Negrilla fuera del texto)

De acuerdo con los anteriores precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se observa que los docentes cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, el cual debe ser aplicado en su integridad, sin que sea dable la aplicación de otros regímenes.

Ahora bien, la Ley 344 de 1996 *“Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.”*, se estableció en materia de cesantías lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) *El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*

b) *Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.*

<Inciso 3o. INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”

De conformidad con el anterior aparte normativo, se dejó a salvo del régimen general de liquidación de las cesantías, lo relacionado con el sector docente siguiendo lo expresado anteriormente por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Posteriormente se expidió 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.”*, dicha ley tiene como objeto lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009), CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE, Ref.: 760012331000200401655 01, N° Interno 0672-07, MARÍA EDITH CARDONA MORALES contra el MUNICIPIO DE OBANDO, AUTORIDADES MUNICIPALES.

a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.” (Negrillas fuera de texto)

Asimismo, en el artículo 2, se expresó como ámbito de aplicación que:

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

Se establece entonces en dicha normativa de manera clara que dicha ley es aplicable a los miembros de las corporaciones públicas y en general a todos los empleados y trabajadores del Estado de todos sus órdenes.

Sobre los términos para el pago de las cesantías por parte de las entidades públicas y la sanción por la mora en el pago de las mismas, se dijo en los artículos 4 y 5, lo siguiente:

“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 petitionarios, 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 petitionario 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.”
(Negrillas fuera de texto)***

Para el despacho, es claro que con la consagración de la Ley 1071 de 2006, se generó un cambio en el ámbito normativo para determinar la sanción moratoria y los términos para el pago de las cesantías de los servidores del Estado, estableciéndose de manera contundente que dicha ley se aplica a todos los servidores públicos de todos los órdenes, ya que en el objeto⁴ y en ámbito de aplicación⁵ de la ley se dispone que se aplica a todos los servidores y trabajadores del Estado.

Por lo anterior, no haya dubitación alguna para el despacho que en vigencia de la Ley 1071 de 2006⁶, está consagrado para todos los servidores del Estado sin distinción alguno, la posibilidad del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas, estableciéndose que dicho pago se hará efectivo acreditando la no cancelación de la prestación en los términos del artículo 5 *ibídem*.

iii. JURISPRUDENCIA DE UNIFICACIÓN DEL H. CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA POR RETARDO EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS A FAVOR DE LOS DOCENTES

En providencia proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda, nuestro órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el 18 de julio de 2018 se pronunció mediante Sentencia de Unificación por importancia jurídica, considerando que en los casos como el presente relacionados con la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es procedente la aplicación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas, previsto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, fijando para ello las siguientes reglas jurisprudenciales⁷:

“3.5. Reglas jurisprudenciales que se dictan en la sentencia.-

192. Considerando el auto del 1 de febrero de 2018⁸, por el cual, el pleno de la Sección Segunda avocó conocimiento del presente asunto, con el fin de emitir pronunciamiento sobre los siguientes aspectos:

1) ¿Cuál es la naturaleza del empleo de docente del sector oficial y si le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus modificaciones?

2) En el evento en que la administración guarde silencio frente a la solicitud de

⁴ Art. 1 de la Ley 1071 de 2006

⁵ Art. 2 de la Ley 1071 de 2006

⁶ Publicada en el Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006

⁷ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Sentencia de unificación por Importancia jurídica, Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, SUJ-012-S2, Bogotá D.C., 18 de julio de 2018, Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01, No. Interno: 4961-2015, Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

⁸ Folios 234 a 242 vto.

reconocimiento de las cesantías definitivas o parciales, o se pronuncie de manera tardía.
¿A partir de qué momento se hace exigible la sanción por mora?

3) Cuál es el salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

4) Es procedente la actualización del valor de la sanción moratoria una vez se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la reconoce?

193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley⁹ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

3.6. Efectos en el tiempo de las sentencias de unificación. Precedente y su vinculatoriedad

⁹ Artículos 68 y 69 CPACA.

196. La importancia del precedente en el ordenamiento jurídico Colombiano cobra cada día más trascendencia, sobre todo en vigencia de las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012. Si bien se trata de una figura más propia del *Common Law* que de ordenamientos jurídicos de tradición romano-germana como el nuestro, ha ido consolidándose en el sistema de fuentes e incluso lo han transformado.

197. En ese sentido, la función unificadora del Consejo de Estado otorga efectos relevantes y reconoce el carácter vinculante a la jurisprudencia de unificación dentro de la estructura normativa.¹⁰ Estas decisiones se constituyen en norma nueva que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, ya que se ocupa de la interpretación de la ley formalmente considerada **con miras a su aplicación obligatoria o vinculante**. Así las cosas, la función de expedirlas y sus efectos legales,¹¹ se convierten en su propia «regla de reconocimiento».¹²

(...)

224. Por lo anterior, las reglas contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en judicial.

225. De igual manera, la Sala precisa que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables, es decir, que esta sentencia no tiene efectos retroactivos." (Resaltado y negrillas del texto)

Del precedente que antecede se concluye que actualmente la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en posición unánime considera procedente la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, entre los cuales se encuentran los docentes oficiales.

iv. DEL CASO EN CONCRETO

En el caso sub examine, según las pretensiones de la demanda la controversia gira en determinar si la actora como docente tiene derecho al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional que es el encargado del

¹⁰ Sentencia citada del 27-07-2017, Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00060-00.

¹¹ Ver los artículos 10, 102, 258, 269 y 273 del CPACA.

¹² A través de la regla de reconocimiento de las razones, el individuo que aplica una norma tiene una razón de primer orden para hacerlo. En este caso específico, esta razón es el nuevo orden jurídico que le otorga carácter vinculante a este tipo de sentencias, cuyo desconocimiento acarrea consecuencias legales. Al respecto, Rolando Tamayo y Salmorán señalan que «[...] Las normas pueden ser "convertidas" en razones (como cualquier cosa) si satisfacen la regla de reconocimiento de razones, esto es si son "convertidas" en razones por A [el agente]. [...]». Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrinaria Jurídica. Núm. 121. 2003. página 204. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/757/12.pdf> el 27 de octubre de 2017.

pago de las prestaciones sociales del personal docente.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la carga obligacional para el reconocimiento de la prestación económica reclamada se encuentra a cargo del FOMAG, se advierte que el Consejo de Estado sentó jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago, lo que genera la sanción consagrada en el parágrafo del art. 5 de la Ley 1071 de 2006, la cual corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

Resulta claro entonces que con posterioridad a los 70 días hábiles de presentada la solicitud de reconocimiento de cesantías sin que se efectúe el pago de las mismas, se configura la sanción moratoria.

En el asunto que no ocupa esta acreditado que la demandante realizó la solicitud del pago de sus cesantías parciales el 30 de mayo de 2017¹³, esto es en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) por lo tanto, la entidad demandada tenía como plazo máximo para el pago de éstas, hasta el 13 de septiembre de 2017, ya que en esa fecha se vencían los 70 días hábiles de que habla el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Como consta en el expediente que el pago de las cesantías se realizó el 25 de octubre de 2017, la entidad demandada estuvo en mora en el pago de dichas prestaciones, desde el 14 de septiembre de 2017 hasta el 24 de octubre de 2017 (día anterior a la fecha de pago de las cesantías parciales), debiéndose entonces reconocer y pagar la sanción moratoria de un día de salario de la demandante por cada día de retardo causado en dicho lapso.

Prescripción:

Ahora bien, en lo que respecta a la excepción de **prescripción alegada por la entidad demandada**, dicho fenómeno fue objeto de estudio por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado quien en sentencia de 25 de agosto de 2016¹⁴, unificó el criterio jurisprudencial para señalar que en los asuntos relativos a sanción moratoria, se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento laboral

Norma esta que consagra que el término de 3 años deberá contarse a partir de la exigibilidad de la obligación.

¹³ Según se desprende de la Resolución No. 4143.0.21.5681 del 21 de julio de 2017, que obra a folio 5 del expediente.

¹⁴ C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

Entre tanto, se observa que el 14 de septiembre de 2017 se hizo exigible el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial y la actora elevó la petición en sede administrativa solicitando el pago de dicha sanción el 10 de noviembre de 2017, interrumpiendo el término de prescripción por el término de tres años no hay lugar a decretar este fenómeno en el presente asunto.

En torno al tópico de la prescripción en materia de sanción moratoria, originada en el pago tardío del auxilio de cesantías, el Honorable Consejo de Estado ha expresado¹⁵:

“De conformidad con la normatividad que se expone, el demandante contaba con tres (3) años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías definitivas, término que debió contar a partir de su causación hasta la fecha en que le fueron efectivamente canceladas, so pena de que le prescribiera su derecho a reclamar la renombrada sanción.”

Para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso de tiempo -3 años- durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, “contados desde que la respectiva obligación se haga exigible”.

En ese orden de ideas como el demandante formuló petición en sede gubernativa el 21 de enero de 2008 (Fl. 14) y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía definitiva se hizo exigible a partir del 7 de marzo de 2001, quiere decir que transcurrieron más de tres (3) años desde el momento en el cual se causó el derecho a percibir la referida sanción moratoria, presentándose el fenómeno de la prescripción trienal de las sumas anteriores al 21 de enero de 2005, por lo que su pago se hará efectivo a partir de esa fecha.

En consecuencia, la Sala declarará la nulidad del oficio acusado y condenará a la entidad territorial demandada a que reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas reconocidas por medio de la Resolución 2290 del 29 de diciembre de 2000, declarando la prescripción parcial de sus derechos en las condiciones ya precisadas.”.

En virtud de lo anterior, se deberá declarar la nulidad del acto ficto acusado, reconociendo como consecuencia la sanción moratoria consagrada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, en razón de un día de salario percibido por la demandante.

Por otra parte, no se reconocerá indexación por las sumas reconocidas, conforme a la sentencia de unificación citada, la cual concluyó que es improcedente la indexación de la sanción moratoria.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de 15 de septiembre de 2011. Radicación No.: 27001-23-31-000-2008-00060-01 (2005-09).

Costas

Finalmente en cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER¹⁶ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: DECLARAR la nulidad del Silencio Administrativo Negativo o Acto Ficto configurado respecto de la reclamación elevada a la entidad demandada el día 10 de noviembre de 2017.

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración a título de restablecimiento del derecho, ordenar al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** a reconocer y pagar a la señora CLEMENCIA INÉS LÓPEZ GÓMEZ la sanción moratoria que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el 14 de septiembre de 2017 hasta el 24 de octubre de 2017, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Tercero: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del CPACA. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y 195 ibídem.

Cuarto: NEGAR las demás pretensiones de la demanda y la condena en costas conforme lo expuesto en la parte considerativa e esta providencia.

Quinto: COMUNICAR a la entidad demandada, adjuntando copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el artículo 203 del CPACA en firme esta sentencia.

Sexto: LIQUIDAR los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el

¹⁶ Dijo la citada sentencia: “Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)”

programa Justicia XXI una vez ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the bottom, positioned above the printed name.

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez