



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, **26 JUN 2018**

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	MERY BENITEZ PARADA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
EXPEDIENTE:	15001-3333-006-2017-00060-00

Agotados los ritos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora **MERY BENITEZ PARADA**, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y condenas

1.2.1. Declarar la nulidad del oficio No.20170170045921 del 16 de enero de 2017, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A.; mediante el cual se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006.

1.2.2. Condenar a la demandada a reconocerle y pagarle a la demandante la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, a razón de un día de salario por cada día de retardo, efectivos a partir del 17 de julio de 2013 al 20 de septiembre de 2013,

originada en la reclamación del auxilio de cesantía parcial reconocida a través de la Resolución No.0562 del 2 de agosto de 2013.

1.2.3. Condenar a las demandadas a ajustar, de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor, las sumas de dinero a que se llegare ordenar pagar, de conformidad con lo ordenado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

1.2.4. Para el cumplimiento de la sentencia, se ordene dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 189, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.2.5. Condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

1.3. Fundamentos fácticos

Como sustento de las pretensiones, en resumen se narran los siguientes hechos (fls.4-5):

- Que la demandante solicitó bajo radicado Nº 2013-CES-011160 del 9 de abril de 2013, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de una cesantía parcial.
- Que mediante Resolución No.000562 del 2 de agosto de 2013 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales a la señora Mery Benitez Parada, por un valor \$10.867.266¹ por los servicios prestados, como docente de vinculación nacional.
- Que el pago de dicha suma se efectuó a través del Banco BBVA a favor de la demandante el 20 de septiembre de 2013.
- Que la señora Mery Benitez Parada el 3 de agosto de 2016 a través de apoderado presentó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitud

¹ Saldo líquido a retirar conforme a liquidación efectuada por la demandada la cual se incluyó en la Resolución NP.0562 del 2 de agosto de 2013, en donde por concepto de cesantías arrojó un total de \$35.206.847, de los cuales se descontaron \$24.339.581 debido a que ese valor fue cancelado a la demandante con anterioridad por el mismo concepto.

tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales.

- Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se pronunció al respecto, más si lo hizo negativamente la Fiduciaria la Previsora a través del Oficio No. 20170170045921 del 16 de enero de 2017.

1.4. Normas violadas y concepto de violación

- De carácter Constitucional: Artículos: 25 y 53.
- De carácter legal: Ley 244 artículos 1 y 2 y Ley 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

EL apoderado de la parte demandante arguye que con la expedición del acto acusado se desconocieron los artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006, donde se consagra el reconocimiento de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Bajo este panorama, concluyó que la demandante si tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria pretendida, toda vez que, a su juicio, se encuentra configurado el retardo exigido para el efecto, por lo que finalmente considera demostrada la ilegalidad de la decisión denegatoria proferida por la entidad demandada.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el día 28 de abril de 2017 ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos y repartida a éste Despacho (fl.1). A través de providencia de fecha 9 de junio de 2017 se admitió (fl.26-27) y se ordenó la notificación personal a la entidad demandada, actuación que se llevó conforme a la Ley, según se acredita a folios 34-35 del expediente, y se corrió el respectivo traslado (fl.36), término durante el cual la entidad demandada se pronunció (fls.39-43).

Mediante auto fechado el 25 de enero de 2018, se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del citado Estatuto de lo Contencioso Administrativo (fl.50). Diligencia que se llevó a cabo el día 1º de marzo de 2018, según consta en el acta que reposa de folios 56 a 61 del expediente, de la cual se destaca que

hubo necesidad de decretar medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el 5 de abril de 2018, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar los medios de prueba decretados en la audiencia inicial (fls.67-69), diligencia en la que se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.1. Contestación de la demanda (fls. 39-43)

Dentro del término de traslado para la contestación de la demanda, el apoderado de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en su escrito de contestación, manifiesta oponerse a la prosperidad de las pretensiones, peticiones y declaraciones presentadas por la demandante, al considerar que es improcedente el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales, toda vez que éstas fueron reconocidas y pagadas según lo preceptuado en el ordenamiento jurídico, por lo que la eventual mora no le es imputable, en cuanto implica la participación de diversas entidades públicas para su pago.

Indicó que la sanción moratoria no debe cancelarse sino los intereses establecidos en el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015. Indica que dicha sanción está establecida para la mora en el pago y no en las solicitudes de reconocimiento de cesantías, por cuanto existen otros medios para obligar a la administración a pronunciarse de fondo y no es la vía ejecutiva la adecuada para cobrar estos emolumentos.

Señaló que no se agotó la reclamación administrativa, ni agotamiento de vía gubernativa. Que el Ministerio de Educación carece de legitimidad por pasiva para responder por el pago de la sanción reclamada por entregar en Fiducia a la Fiduprevisora S.A. la administración del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo esta última la llamada a responder en su calidad de fiduciaria del patrimonio autónomo constituido.

Que a su juicio, la parte demandante pretende imputarle la indemnización moratoria contando el término desde la presentación de la solicitud y no desde la expedición del acto administrativo tal como lo contempla la Ley 1769 de 2015 en su artículo 89; afirma que el pago por concepto de cesantías parciales o definitivas deberá ser realizado dentro de los 60 días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo, y que a partir del día 61 hábil se deberá reconocer a título de mora en el pago intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causados diariamente por la suma no pagada.

Manifiesta que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y constituye el régimen legal especial de los docentes, y fue en esa norma donde se establecieron los derechos, deberes y procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones allí contempladas, para el reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes afiliados, por lo que se debe acudir al trámite especial regulado tanto por esta Ley como por su decreto reglamentario.

Indica que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, no cobija a los docentes para la aplicación de la sanción moratoria en el entendido que no es una prestación social, y tratándose de los docentes nacionales o nacionalizados el reconocimiento de cualquier prestación se encuentra reglamentada en el Decreto 2831 de 2005, por lo que es un procedimiento especial aplicable al personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que resulta improcedente la aplicación del régimen establecido en la Ley 244 de 1995.

Propuso como excepciones a favor de la entidad demandada, las que denominó falta de legitimación por pasiva, excepción previa decidida en audiencia inicial; e inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.

2.2. Alegatos de conclusión (fls.70-81)

Dentro del término concedido la parte demandada presentó alegatos de conclusión, en los cuales reiteró los argumentos expuestos con la contestación de la demanda.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

2.3. Militan dentro del expediente las siguientes pruebas

- Copia de la Resolución Nº 000562 del 2 de agosto de 2013 mediante la cual la entidad accionada reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial al demandante por valor de \$10.867.266 (fl.10-13).
- Copia del comprobante de pago del Banco BBVA, en el que se observa el pago efectuado a la demandante el día 20 de septiembre de 2013 (fl.17)
- Copia de la petición radicada el 3 de agosto de 2016 bajo el No.PQR5487 ante la entidad accionada, mediante la cual la demandante a través de apoderado solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización por el pago inoportuno de cesantías parciales (fl.18-20).
- Copia del Oficio Nº 20170170045921 del 16 de enero de 2017, a través del cual la Fiduprevisora negó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago inoportuno de cesantías parciales al demandante (fl.14-16).
- Oficio de fecha 22 de marzo de 2018 a través del cual el Banco BBVA certifica que la entidad demandada puso a disposición de la demandante la suma de \$10.867.266 para su cobro el 11 de septiembre de 2013 (fl.66).

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

3.1. Problema jurídico a resolver

Conforme se expuso en la fijación del litigio, el presente asunto se contrae a determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de conformidad con las previsiones contenidas en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; o si por el contrario, como lo aduce la defensa, por tratarse de un servidor docente, no tiene derecho al no encontrarse previsto su reconocimiento en el régimen especial.

3.2. Argumentos y sub-argumentos para resolver el problema jurídico planteado

Para resolver los problemas jurídicos planteados el despacho resolverá los siguientes ítems: (i) régimen de prestacional de los docentes (ii) sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías (iii) análisis del caso concreto (iv) prescripción del derecho (v.) indexación.

I. Régimen de prestacional de los docentes

La ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, determinó en su artículo 1º que para los efectos de las disposiciones contempladas en dicho cuerpo normativo debía distinguirse entre los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales.

Los docentes nacionales, son aquellos vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; entre tanto los nacionalizados lo son 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; y los docentes territoriales, lo son 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 materia prestacional, el artículo 2º de la citada ley determinó la manera en que se reconocen y pagan las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de esa Ley. En primer lugar, señaló que las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la norma, se reconocerán y pagarán de conformidad con las disposiciones prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal; así mismo dispuso que, las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación, 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.

El artículo 15 de la referida ley², señaló que a partir de la vigencia de dicha norma, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, estaría regido por las siguientes disposiciones prestacionales:

² Ley 91 de 1989

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrían el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirían por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro.

Ahora bien, la ley 91 de 1989, señaló frente al tema de las cesantías de los docentes lo siguiente:

Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe pagar 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, es decir, que se previó un sistema retroactivo para la liquidación de la prestación.

Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, dispuso que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe reconocer y pagar un interés anual sobre el 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.

Finalmente, indicó que las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasaron al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarían sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

II. Sanción Moratoria por pago extemporáneo de cesantías

La ley 244 de 1995³ "*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*", establece el procedimiento que debe adelantar la administración a efectos de liquidar el auxilio de las cesantías definitivas o parciales, así:

Artículo 10.⁴ *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. (Subrayado fuera de texto)

Una vez proferida la resolución de liquidación de cesantías, el artículo segundo de la norma en cita, establece el término dentro del cual se deberá efectuar el pago:

Artículo 20⁵ *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.* (Subrayado fuera de texto)

Ahora, en caso de incumplimiento por parte de la administración en el pago de las cesantías, el parágrafo del artículo segundo de la referida ley, dispone:

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.* (Subrayado fuera de texto)

³ La Ley 1071 de 2006, adiciona y modifica la Ley 244 de 1995.

⁴ Subrogado por el artículo 4º de la ley 1071 de 2006.

⁵ Subrogado por el artículo 5o. de la ley 1071 de 2006.

Por su parte el artículo 2 de la Ley 1071 de 2006⁶, "*por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995*", estableció como destinatarios a ella:

"Artículo 2º. *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.*

De las disposiciones en cita queda claro que, en cuanto a la reconocimiento y pago de cesantías definitivas o parciales, se establece la obligación por parte de la administración de expedir de forma expedita la resolución, y de efectuar el pago oportuno que a ello corresponda; so pena del pago de sanción moratoria por su retardo.

Sobre la manera como debe hacerse el cómputo para el pago de la sanción moratoria, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. No.760012331000200002513 01. (2777-2004), actor: José Bolívar Caicedo Ruiz, indicó:

"Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, *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 corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.* (Subraya fuera del texto)

En este punto es importante precisar que con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el término de ejecutoria de los actos administrativos de carácter particular, fue modificado en relación con el antiguo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), pasando de 5 días a 10 días, tal como lo establece el artículo 76 de la vigente normatividad, razón por la cual, deberá entenderse que la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando se refiere al término de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de la

⁶ "... 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".

cesantía definitiva, está haciendo referencia al término de 10 días, razón por la cual el tiempo máximo con que dispone la administración para realizar el pago efectivo de referida prestación será de 70 días.⁷

Se concluye, luego de presentada la solicitud la entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas y/o parciales, 5 días en vigencia del CCA y 10 días en vigencia del CPACA de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.

En cuanto a la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas en el caso de los docentes oficiales el Consejo de Estado ha adoptado dos posturas:

La primera, ha señalado que como el régimen especial de los docentes, no consagró el reconocimiento de la sanción moratoria, es improcedente acceder a este derecho en el caso de tales servidores⁸, bajo este criterio la negación del derecho se sustentó exclusivamente en que el régimen especial docente no consagra el reconocimiento del beneficio por el pago tardío⁹; así, fueron dos los fundamentos en que se sustenta la negativa frente al reconocimiento del derecho: por una parte, se dice que el régimen prestacional especial de los docentes no consagró la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, y de otro lado, que el procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales docentes también tiene una regulación especial que impide aplicar las normas generales sobre la materia.

En la Segunda; el Consejo de Estado en tesis mayoritaria ha optado por reconocer la sanción moratoria en el caso de los docentes sin distingo alguno¹⁰, esto es, sin atender al

⁷ Sentencia de 22 de marzo de 2017, Expediente 15001-33-33-007-2013-00223-02. MP. Dr. Oscar Alfonso Granados Naranjo.

⁸ Sobre este criterio pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias:

- C.E.2.B. 29 de noviembre de 2007, Jesús María Lemos Bustamante, R: 73001-23-31-000-2001-02988-01(2271-05).

- C.E.2.B. 9 de julio de 2009, Gerardo Arenas Monsalve, R: 76001-23-31-000-2004-01655-01(0672-07).

- C.E.2.B.19 de enero de 2015, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren R: 73001-23-33-000-2012-00226-01(4400-13).

⁹ Sentencia del 19 de enero de 2015, proferida por la Sección Segunda – Subsección A, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso Radicado con el No. 73001-23-33-000-2012-00226-01(4400-13)

¹⁰ Sentencia del 21 de mayo de 2009, proferida por la Sección Segunda -Subsección B, con ponencia de la Doctora BERTHA LUCÍA RÁMIREZ DE PÁEZ, dentro del proceso Radicado con el No. 23001-23-31-000-2004-00069-02(0859-08)

Sentencia del 21 de octubre de 2011, proferida por la Sección Segunda – Subsección A, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren dentro del proceso Radicado con el No. 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09)

régimen de cesantías aplicable; igualmente en reciente pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Boyacá¹¹, precisó que procede imponer la sanción moratoria en los casos en que se evidencie mora en el pago de las cesantías que reclama el docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a las previsiones de la Ley 1071 de 2006. Siendo este el criterio de adoptará este Despacho en el presente caso, por las razones que se exponen a continuación:

Esta tesis avala el reconocimiento de las cesantías en el caso de los docentes oficiales a la luz de lo establecido en la Ley 1071 de 2006, básicamente por dos razones. La primera porque así lo permite el ámbito de aplicación de la norma propiamente dicha, y la segunda, por considerar que en nada afecta el régimen especial de los docentes el hecho de reconocer la sanción moratoria, toda vez que por el contrario, el régimen especial de los docentes, se complementa con las normas generales, es decir las contenidas en la Ley 1071 de 2006, que establecen unos términos perentorios para el reconocimiento de las cesantías.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, unificó su criterio señalando que los docentes **Sí** tienen derecho al reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías. Tal posición se encuentra basada en las siguientes sub-reglas:

- i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro (el pago parcial de cesantías) permitir al trabajador satisfacer otras necesidades; bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador tiene derecho al pago de sus cesantías el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

Sentencia del 22 de enero de 2015, proferida por la Sección Segunda - Subsección B, con ponencia de la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso Radicado con el No. 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14)

Sentencia del 17 de febrero de 2015, proferida por la Sección Segunda - Subsección A, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso radicado con el número: 17001-23-33-000-2012-00012-01(2114-13)

Sentencia del 14 de Diciembre de 2015, proferida por la Sección Segunda - Subsección B, con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14).

Sentencia del 14 de Diciembre de 2015, proferida por la Sección Segunda - Subsección B, con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14).

¹¹Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia del 11 de octubre de 2017, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Arciniegas Triana, demandante: María Rosalba Neita Núñez, demandado: la Nación- Ministerio de Educación- FNPSM, expediente No. 150012333000-2016-00266-00.

- ii)** Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.
- iii)** Desde la exposición de motivos de esta normativa la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino también territorial.
- iv)** Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.
- v)** Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes mantener dos posturas contrarias sobre el asunto de estudio por la jurisdicción contencioso administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.
- vi)** Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales

De otro lado, no se están aplicando dos regímenes disímiles frente a un mismo derecho, pues, el derecho a las cesantías es uno y el derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de dicha prestación es otro; el auxilio de cesantía, constituye la prestación social en si misma considerada que se liquida de acuerdo con el régimen aplicable a cada servidor; por su parte, la sanción moratoria es un concepto diferente que surge como consecuencia de la mora en el pago, sin importar el régimen de cesantías aplicable y que por consiguiente ha de aplicarse a todos los trabajadores del estado sin distinción alguna.

De este modo, es viable complementar las disposiciones especiales docentes de que trata la Ley 91 de 1989, con las generales previstas en la Ley 1071 de 2006, cuyo ámbito de aplicación se extiende incluso a los educadores, materializando así el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política.

Bajo estas premisas, el Despacho insiste en que la interpretación que aboga por el reconocimiento de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes con base en la Ley 1071 de 2006, es el más ajustado a la filosofía de la norma, pues realmente no hay un fundamento razonable que permita diferenciar entre los educadores y los demás servidores del estado, justamente porque el legislador no estructuró ninguna distinción con base en el régimen de cesantías aplicable, como lo pretenden hacer ver la tesis que niega la posibilidad de reconocer el derecho indemnizatorio.

III. Caso concreto

Tomando en consideración lo antes expuesto el Despacho realizará el análisis del caso, bajo los siguientes parámetros.

De las pruebas allegadas al plenario, se encuentra acreditado lo siguiente:

- Que la señora Mery Benítez Parada docente de vinculación nacional en la Institución Educativa Gustavo Rojas Pinilla del Municipio de Tunja, mediante solicitud radicada bajo el número 2013-CES-011160 del 9 de abril de 2013, presentó solicitud de retiro parcial de cesantías con destino a reparación de vivienda, ante la Secretaría de Educación de Boyacá, según consta en la Resolución 0562 del 2 de agosto de 2013 (fls.10-13).
- Que mediante Resolución No.0562 del 2 de agosto de 2013 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales a favor de la demandante, por valor de \$10.867.266¹² (fls.10-13).
- Que el pago de las cesantías parciales fue puesto a disposición de la demandante el día 11 de septiembre de 2013 con destino al Banco BBVA (fl.65); que el dinero fue cobrado por la demandante el día 20 de septiembre de la misma anualidad (fl.17).

¹² Saldo líquido a retirar conforme a liquidación efectuada por la demandada la cual se incluyó en la Resolución NP.0562 del 2 de agosto de 2013, en donde por concepto de cesantías arrojó un total de \$35.206.847, de los cuales se descontaron \$24.339.581 debido a que ese valor fue cancelado a la demandante con anterioridad por el mismo concepto.

- Que la señora Mery Benítez Parada el 3 de agosto de 2016 a través de apoderado presentó ante la Secretaría de Educación de Boyacá requerimiento al Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, tendiente a que se le reconociera a su favor la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales (fls.18-20).
- Que la Fiduciaria la Previsora S.A. a través del Oficio con radicado No. 20170170045921 del 16 de enero de 2017, negó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales (fl.14-16).
- Que según consta en acta de conciliación extrajudicial de fecha 18 de abril de 2017, proferida por la Procuraduría 69 Judicial I para Asuntos Administrativos, la demandante a través de apoderado el 2 de febrero de 2017, convocó a la accionada a audiencia de conciliación extrajudicial, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio por parte de la convocada; dándose por terminada así la etapa conciliatoria y, en consecuencia por agotado el requisito de procedibilidad exigido en el artículo 161 No.1 del C.P.A.C.A. para acudir ante esta Jurisdicción (fl.21-23).

De conformidad con lo señalado, se encuentra probado que la administración incurrió en tardanza tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías parciales de la señora Mery Benítez Parada como para su pago, toda vez que la petición fue radicada ante la Secretaría de Educación de Boyacá el 9 de abril de 2013, y los 15 días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución feneció el 30 de abril de 2013 y fue sólo hasta el 2 de agosto de 2013 que la profirió.

Teniendo como premisa lo anterior, es evidente que el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles que tenía el Fondo para realizar el pago no empezaron a contabilizarse desde la fecha de la expedición de la resolución que lo reconoció, sino desde la fecha en que de conformidad con la norma, debió expedir el acto de reconocimiento, más diez días hábiles que corresponden a la ejecutoria conforme lo establece el artículo 76 del C.P.A.C.A., lo cual nos remonta al 23 de julio de 2013.

De esta manera tenemos que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías parciales por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio a la señora Mery Benítez Parada, procede desde el 24 de julio de 2013 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días que contempla la norma); y hasta el 10 de septiembre de 2013 (día anterior a la fecha en que se realizó el giro para su pago), por lo que la demandante conforme a la Ley 1071 de 2006 tienen derecho a que se le pague un día de salario por cada día de retardo.

IV. Prescripción

Establecido el derecho que le asiste a la demandante, se torna procedente abordar el estudio de la prescripción, frente a lo cual en lo pertinente el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

"1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, por un lapso igual".

En consonancia con la norma transcrita, los derechos o prestaciones que no son reconocidos por la entidad obligada a su pago pueden ser reclamados por el sujeto afectado desde el momento a partir del cual se hacen exigibles.

En ese orden de ideas, se tiene que a partir del 24 de julio del 2013, nació para el accionante el derecho a la indemnización por el pago tardío de las cesantías y en consecuencia, a partir de esa fecha, empezó a contar el término de prescripción trienal.

Para el caso, el actor presentó la solicitud indemnización por el pago tardío de las cesantías el 3 de agosto de 2016 (fl.18), por lo que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a tres (3) años de la solicitud relevante.

En consecuencia, se decretará la prescripción trienal para el pago de indemnización por el pago tardío de las cesantías, del periodo comprendido entre el 24 de julio de 2013 y el 2 de agosto de 2013.

De esta manera tenemos que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías parciales por parte del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio a la señora Mery Benítez Parada, se deberá realizar desde el 3 de agosto de 2013 hasta el 10 de septiembre de 2013 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago) para un total de 39 días.

V. Indexación

El artículo 187 del CPACA, establece que las condenas que implican el pago o devolución de sumas de dinero deben actualizarse de conformidad con el índice de precios al consumidor.

Frente a asuntos como el presente, el Consejo de Estado, en pronunciamiento de fecha 22 de abril de 2015, radicado interno 0997-12 precisó que dicho ajuste de valor resulta incompatible con la sanción moratoria, **mientras ésta opere**, dado que se trata de un concepto inmerso en ella.

Específicamente en sentencia del 14 de diciembre de 2015, proferida por la Sección Segunda – Subsección B, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, dentro del proceso radicado con el número 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-14), se indicó textualmente lo siguiente:

"La Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996, sostuvo lo siguiente: "no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación"

De acuerdo con dicho planteamiento, la sanción moratoria es incompatible con la indexación, toda vez que ésta no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior, lo que determina la improcedencia de reconocer los ajustes de valor de la sanción moratoria mientras esta opere" (Subrayado por el Despacho).

En consecuencia, como en el presente caso la sanción moratoria operó hasta el 10 de septiembre de 2013, pues el pago se efectuó el día 11 de septiembre de 2013,

únicamente es viable acceder al ajuste de valor en lo que respecta al tiempo sucesivo, es decir a partir del **11 de septiembre de 2013**, ya que después de tal fecha no se siguió causando más capital por concepto de sanción moratoria. La fecha límite de la indexación, conforme al artículo 187 del CPACA, será entonces la sentencia, pues a partir de su ejecutoria se producen intereses moratorios.

VI. Costas

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

No obstante atendiendo a que las pretensiones prosperaron parcialmente, pues no se condenará a la entidad en la forma indicada por la parte actora, el Despacho se abstendrá de condenar en costas en aplicación del numeral 5° del artículo 365 del CGP.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

Primero.- – DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción trienal para el pago de indemnización por el pago tardío de las cesantías, para el periodo comprendido entre el 24 de julio y el 2 de agosto de 2013, conforme a lo señalado en precedencia.

Segundo.- DECLARAR la nulidad del Oficio No. 20170170045921 del 16 de enero de 2017, expedido por la Fiduprevisora S.A., a través del cual se negó a la demandante el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

Tercero.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional

de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer a favor de la señora Mery Benítez Parada, identificada con cédula de ciudadanía No.40.009.413, la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales a razón de un día de salario por cada día de retardo, desde el 24 de julio de 2013 hasta el 10 de septiembre de 2013 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), sin embargo, sus efectos fiscales se surtirán a partir del 3 de agosto hasta el 10 de septiembre de 2013, conforme a la parte motiva.

Cuarto.- Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse en los términos del artículo 187 del CPACA, a partir del 11 de septiembre de 2013 utilizando la siguiente fórmula de actualización:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

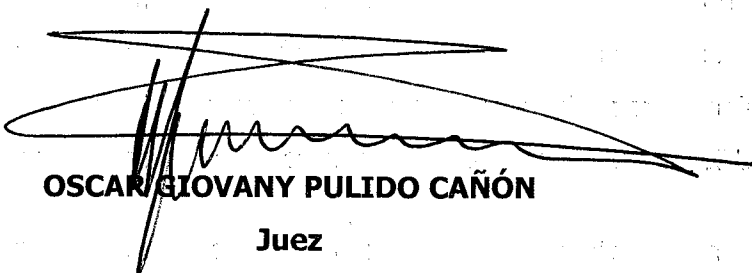
Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R. H.), que corresponde al valor de la sanción moratoria, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se efectuó el pago de las cesantías (11 de septiembre de 2013).

Quinto.- Sin condena en costas, conforme lo expuesto en la parte motiva.

Sexto.- El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

Séptimo.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase a los interesados.

Notifíquese y cúmplase



OSCAR GIOVANY PULIDO CAÑÓN

Juez