



Consejo Superior
de la Judicatura

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

Tunja, 28 SEP 2018

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	ANA MARITZA BETANCOURT ROA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
EXPEDIENTE:	15001-3333-006-2017-00137-00

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 **ANA MARITZA BETANCURTH ROA**, 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 20170170599741 del 22 de mayo de 2017, proferido por la Fiduciaria la Previsora S.A., mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006.

1.2.2. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho condenar a la demandada a reconocer, liquidar y pagar 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, desde el 66 hábil siguiente a la radicación, hasta el día de pago final, esto es 1º de julio de 2015.

1.2.3. Así mismo, condenar a la demandada a indexar las sumas reconocidas como al pago de los intereses moratorios desde la fecha de exigibilidad hasta la fecha del pago efectivo.

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

1.3. Fundamentos fácticos

Menciona el apoderado de la parte demandante que la señora Ana Maritza Betancourt Roa labora en el servicio de educación.

Afirma que a través de la Resolución 003091 del 15 de mayo de 2014 la entidad accionada reconoció el pago de las cesantías parciales, las cuales fueron canceladas el 1º de julio de 2015.

Indica que por medio de radicado N° 2017-PQR-192873 del 17 de abril de 2017, ante la accionada solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por mora en el pago de sus cesantías, correspondiente a un día de salario por cada día de tardanza, desde los 65 días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la solicitud de las cesantías.

Señala que mediante oficio 20170170599741 del 22 de mayo de 2017 se negó la solicitud impetrada bajo el argumento que debían ser liquidadas por vía judicial más no administrativa.

1.4. Normas violadas y concepto de violación

- De carácter Constitucional: Artículos: 2, 13 y 53.

- De carácter legal: Leyes 244 de 1995, 1071 de 2006 y 1437 de 2011.

EL apoderado de la parte demandante sostiene que la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 consagran los términos para el pago oportuno de cesantías de los servidores públicos, además de establecer las sanciones que conlleven dicho incumplimiento.

Considera que se causa un grave perjuicio al erario público, el no pago oportuno de las cesantías parciales y/o definitivas, toda vez que en caso de mora en su desembolso la entidad obligada deberá reconocer y cancelar de sus propias recursos al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectiva su entrega.

Afirma que al negarse el pago de la sanción moratoria de las cesantías, desde la fecha en que se impetro la solicitud hasta cuando efectivamente se realizó su pago, conlleva una actuación indebida de la administración, la cual se agrava cuando existiendo la posibilidad de subsanar este error, la demandada decide sin soporte legal, desconocer los derechos irrenunciables e imprescriptibles con la expedición del acto administrativo impugnado.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el día 18 de agosto de 2017 ante la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos y repartida a éste Despacho (fl.1). A través de providencia de fecha 6 de octubre de la misma anualidad se admitió (fl.80-81) y se ordenó la notificación personal a la entidad demandada, actuación que se llevó conforme a la Ley, según se acredita a folios 83-86 del expediente, y se corrió el respectivo traslado (fl.87), término durante el cual la entidad demandada se pronunció (fls.91-104).

Mediante auto del 18 de abril de 2018, se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., (fl.113). Diligencia que se llevó a cabo el día 17 de mayo del mismo año, según consta en el acta que reposa de folios 117 a 121 del expediente, de la cual se destaca la necesidad de decretar medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el 15 de junio de 2018, se llevó a cabo la audiencia de pruebas que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A., para incorporar los medios de prueba decretados en la audiencia inicial (fls.128-130), 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 C.P.A.C.A.

2.1. Contestación de la demanda

Dentro del término de traslado para la contestación de la demanda, el apoderado de la entidad demandada manifiesta oponerse a la prosperidad de las pretensiones, peticiones y declaraciones presentadas por la demandante, al considerar que la Fiduciaria La Previsora S.A., es la administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Precisa que de conformidad con el numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de liquidación de auxilio de cesantías de docentes afiliados al Fondo, se determinó que éste es el único habilitado para su pago, lo cual excluye a los beneficiarios de esta norma de los demás regímenes de liquidación previstas en normas generales, tales como las Leyes 50 de 1990, 334 de 1996, 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En lo que tiene que ver con la indexación de los valores e intereses que resulten de la presunta sanción en caso de ser reconocida por el Despacho, sostiene que de concederlos equivaldría a condenar el Fondo al pago de una doble sanción. Primero por actos que no ha realizado y segundo porque la indexación de una sanción atenta contra el patrimonio estatal.

Propuso como excepciones a favor de la entidad demandada, las que denominó falta de legitimación por pasiva, excepción previa decidida en audiencia inicial y prescripción en el evento de condenar a la entidad

2.2. Alegatos de conclusión

Dentro del término concedido la parte demandante insistió que las Leyes 244 de 1995 y 1073 de 2006, establecieron los parámetros que la administración debía seguir para el pago de las cesantías definitivas o parciales para servidores públicos, contando como un plazo máximo de 65 días hábiles contados a partir de la solicitud para su reconocimiento y pago.

Señaló que dentro del expediente no existe prueba documental que desvirtúe que la entidad demandada canceló las cesantías dentro del término legal.

Por su parte la entidad demandada además de reiterar los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, refiere que de conformidad con el artículo 345 de la Constitución Política y el artículo 14 de la Ley 344 de 1996 se determina que expresamente que opera la convicción suspensiva frente al pago, el cual no puede realizarse mientras no exista presupuesto y le corresponda el turno de atención, por lo que quiere decir que el reconocimiento de tal derecho no implica que el pago de la prestación deba hacerse de manera inmediata.

Menciona que en el procedimiento estipulado para el pago de las cesantías no depende únicamente del Fondo, dado que en dicho procedimiento concurre igualmente la Secretaría de Educación del ente territorial certificado a cuya planta pertenece el docente, en cuanto es a quien le corresponde elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento como el de suscribir el acto definitivo. Así mismo intervine la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo, toda vez que es la encargada de emitir la aprobación del proyecto de acto administrativo como la de efectuar su pago respectivo.

En esa medida afirma que no es posible determinar cuál de las entidades involucradas en el procedimiento de reconocimiento de cesantías fue la que incurrió en mora respecto de los términos fijados en el Decreto 2831 de 2005, siendo éste el argumento adicional para fundamentar la inaplicabilidad de la Ley 244 de 1995 para el caso de los docentes afiliados al FOMAG.

El Ministerio Público guardó silencio.

2.3. Material probatorio traído al plenario

Del material probatorio aportado al expediente da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere el presente medio de control, en tal virtud, se destaca lo siguiente:

- Copia de la Resolución N° 003091 del 15 de mayo de 2014 mediante la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para estudio al demandante por valor de \$28.301.139 (fls.16-18).

- Copia del comprobante de pago del Banco BBVA, en el que se observa el pago efectuado a la demandante el día 21 de enero de 2015 (fl.21).

- Copia de la petición radicada el 17 de abril de 2017 bajo el No.PQR19273 ante la entidad accionada, mediante la cual la demandante a través de apoderado solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria pro mora en el pago de las cesantías (fl.18-19).

- Copia del Oficio N° 20170170599741 del 22 de mayo 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.10-16), bajo los siguientes argumentos:

"Una vez revisada la base de datos del Fondo se pudo establecer que la Resolución No. 1616 por medio de la cual se reconoció el pago de la CESANTÍA PARCIAL PARA ESTUDIO, fue notificada el 05 DE AGOSTO DE 2014 lo que se entendería vencido el término para el pago a partir del 24 DE SEPTIEMBRE DE 2014.

En ese orden de ideas es preciso tener en cuenta que el pago fue puesto a disposición del beneficiario a partir del 08 DE SEPTIEMBRE DE 2014 el banco BBVA Colombia. Es decir que el pago no fue realizado de manera extemporánea pues la Ley 1071 del 31 de julio de 2006 habla de mora cuando transcurridos 60 días hábiles después de que quede en firme el acto que reconoce la prestación la entidad pagadora no proceda con el pago correspondiente".

- Expediente administrativo de la demandante (fls. 27-77)

- Oficio de fecha 31 de mayo de 2018 (fl. 127) a través del cual el Banco BBVA certifica:

"(...) nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de cesantías al docente ANA MARITZA BETANCOURT ROA identificada con C.C. No. 23.555.284 donde se dispuso desde el día 8 de septiembre de 2014 por valor de \$3.850.100 el mismo se venció por no cobro y lo reprogramaron nuevamente el 19 de enero de 2015 por el mismo valor y fue cobrado el 21 de enero de 2015".

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.

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 parciales 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.

Para resolver el anterior interrogante el Despacho aplicará la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018 proferida por del Consejo de Estado con el fin de estudiar los siguientes *ítems*: (i) Sanción Moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales - Marco jurídico y jurisprudencial; (ii) Reconocimiento de cesantías en el sector docente; (iii) Salario base de liquidación de la sanción moratoria; (iv) prescripción del derecho e (v.) indexación.

2. Sanción Moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales - Marco jurídico y jurisprudencial

La Ley 244 de 1995¹ estableció, la obligación de la entidad empleadora de realizar la liquidación y el reconocimiento de la prestación social en el evento en que el servidor público llegare a quedar cesante, con el propósito atender sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia de la relación laboral (cesantías parciales), relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda.

¹ 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

Posteriormente la Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006², la cual en su artículo 2º, consagró como destinatarios de ella a todos los servidores del Estado, sin excepción al disponer:

"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".

Esta normativa establece igualmente, en el artículo cuarto el procedimiento que debe adelantar la administración a efectos de liquidar el auxilio de las cesantías definitivas o parciales, así:

"Artículo 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 quinto de la norma en cita, establece el término dentro del cual se deberá efectuar el pago:

"Artículo 5º 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 quinto 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).

² Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995

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 exigibilidad de la sanción moratoria el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada precisó las reglas que se deben tener al respecto. Señaló la Alta Corporación:

"SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

- i) *En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida 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.*
- ii) *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 cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ 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. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto 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.*
- iii) *Cuando se interpone 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".*

Las reglas citadas, se pueden sintetizar mejor aún en el siguiente cuadro explicado igualmente en la sentencia de unificación:

³ Artículo 69 CPACA.

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

3. Reconocimiento de cesantías en el sector docente

La Ley 962 de 2005, estableció en el artículo 56 que las prestaciones sociales de los afiliados al FOMAG, serán reconocidas y pagadas por dicho fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre los recursos de este patrimonio

⁴ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

autónomo, 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.

En cuanto al trámite que se debe seguir para el reconocimiento de prestaciones sociales de docentes el Decreto 2831 de 2005, dispuso en sus artículos 2º, 3º (numerales 3º y 5º), 4º y 5º lo siguiente:

"Artículo 2º. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. [...]"

Artículo 3º. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

(...)

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

(...)

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme (...).

Artículo 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5º. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley."

En términos analizados por el Consejo de Estado se tiene que para el reconocimiento y pago de las prestaciones de los afiliados al FOMAG, el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, previó unos términos especiales, que se resume a continuación en la siguiente tabla:

	Trámite	Entidad encargada	Término
1	Radicación de la petición de cesantías parciales o definitivas	Secretaría de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente.	
2	Elaboración del proyecto de acto administrativo y remisión a la sociedad fiduciaria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la petición
3	Aprobación o razones para improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución
4	Suscribir la resolución y efectuar la notificación	Secretario de educación territorial	Dentro del término previsto en la ley
5	- Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo

Y en consideración a que el Decreto 2831 de 2005 estableció un procedimiento especial referente a los términos previstos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, (como la cesantía) y que claramente difiere con el establecido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, la Alta Corporación en la sentencia de unificación mencionada, concluyó:

"Por consiguiente, se tiene que dado que la Ley 1071 de 2006⁵ fue expedida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde

⁵ «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.»

Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

hacer las leyes⁶, y de otro lado, el Decreto 2831 de 2005 por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa⁷, dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria.

Bajo las anteriores consideraciones, no es posible aplicar simultáneamente el Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006 para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento.

4. Salario base de liquidación de la sanción moratoria

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo también se pronunció sobre éste aspecto, en asuntos en lo que se debate la consignación tardía del auxilio de cesantías de un empleado público beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, reiterando la regla que había sido expuesta en sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, según la cual sería el devengado por el empleado al momento en que se produce el retardo, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías sucesivos, la asignación salarial cambia por cada anualidad.

Preciso que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales, será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el pago para cada anualidad, dado que el incumplimiento del empleador, se puede extender en el tiempo al comprender una o más anualidades.

Y en lo que se refiere a la sanción moratoria originada por el incumplimiento de la entidad pública frente a las cesantías definitivas, sostuvo la citada corporación que la asignación básica salarial que se debe tener en cuenta, será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, en tanto, al momento en que se produce el retiro del servicio, surge la obligación de pagarlas.

⁶ Artículo 150 de la Constitución Política.

⁷ Artículo 189 *ibidem*.

En suma, y en contexto del Consejo de Estado el salario base de liquidación de la sanción moratoria se puede explicar de la siguiente manera:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

5. Procedencia de la indexación en la sanción moratoria

En cuanto a la procedencia de la indexación de la sanción moratoria, el Consejo de Estado también sentó jurisprudencia reiterando su improcedencia, al sintetizar:

"al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo".

Y más adelante agrego:

" (...) en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación"

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prologado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA".

En síntesis, y sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A. es improcedente la indexación de la sanción moratoria.

6. Caso concreto

Conforme a las reglas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018 el Despacho realizará el análisis del caso. Para lo cual se encuentra acreditado en el expediente lo siguiente:

- Que la señora Ana Maritza Betancourt Roa docente de vinculación nacional en la Institución Educativa Técnica Industrial Antonio Ricaurte del municipio de Villa de Leyva, mediante solicitud radicada bajo el número 2014-CES-008274 del 20 de marzo de 2014, presentó solicitud de retiro parcial de cesantías con destino a estudio, ante la Secretaría de Educación de Boyacá, según consta en la Resolución 003091 del 15 de mayo de 2015 (fls.16-19).
- Que mediante Resolución 003091 del 15 de mayo de 2015 el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales a favor de la demandante (fls.16-19).
- Que el pago de las cesantías parciales fue puesto a disposición de la demandante el día 8 de septiembre de 2014 con destino al Banco BBVA; que el mismo se venció por no cobro y que posteriormente fue reprogramado para el 19 de enero de 2015; que fue cobrado el día 21 de enero de 2015 (fl. 127)
- Que la señora Ana Maritza Betancourt Roa el 17 de abril de 2017 a través de apoderado presentó ante la Secretaria de Educación de Boyacá petición 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.17-19).
- Que la Fiduciaria la Previsora S.A. a través del oficio con radicado No. 20170170599741 del 22 de mayo de 2017, negó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales (fls.10-16).

Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- Que según consta en acta de conciliación extrajudicial de fecha 31 de julio de 2017, proferida por la Procuraduría 68 Judicial I para Asuntos Administrativos, la audiencia de conciliación extrajudicial se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio (fl.15).

De conformidad con lo señalado y acatando el precedente jurisprudencial citado, se encuentra probado que los plazos descritos transcurrieron de la siguiente manera:

Termino	Fecha	Caso concreto
Fecha de la reclamación de las cesantías parciales	20/03/2014	Fecha de reconocimiento: 15/05/2014 Resolución 003091 de 2014 Fecha de pago: 21/01/2015 Período de mora: 08/07/14 – 20/01/15
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	11/04/2014	
Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	29/04/2014	
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	07/07/2014	

En suma, el Despacho encuentra acreditado que la administración incurrió en tardanza tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías parciales de la señora Ana Maritza Betancourt Roa como para su pago, conforme se explicó.

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 docente Ana Maritza Betancourt Roa, procede desde el 8 de julio de 2014 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días que contempla la norma); y hasta el 20 de enero de 2015 (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.

En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción moratoria, tal como se indicó en líneas arriba, se aplica la regla jurisprudencial consistente en que se debe tener en cuenta la asignación vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo, esto es, lo que devengaba en el año 2014.

7. 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 8 de julio del 2014, 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 17 de abril de 2017 (fl.17), por lo que no se cumplen los presupuestos de la norma transcrita para declaratoria del fenómeno jurídico de la prescripción.

8. Costas

En consideración a las reglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado el Despacho condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, en la medida que en el expediente se probó su causación, toda vez que la parte actora sufragó los gastos de notificación (fls. 88-90) y designó apoderado para obtener el pago de la sanción moratoria. Las costas serán liquidadas por Secretaría y para el efecto debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Como agencias en derecho causadas dentro del presente litigio se fija la suma de **\$1.379.548** que corresponden al 4% de la estimación de la cuantía indicada en la

demanda (\$34.488.720) de conformidad con el numeral 3.1.2 del Acuerdo PSAA 16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

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 la nulidad del oficio No. 20170170599741 del 22 de mayo 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.

Segundo.- 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 Ana Maritza Betancourt Roa, identificada con c.c. No.23.555.284, 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 8 de julio de 2014 hasta el 20 de enero de 2015 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago) la cual se liquidará con base en la asignación básica devengada por el actor para la anualidad de 2014.

Tercero.- NEGAR la indexación solicitada por improcedente. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A.

Cuarto.- Condenar en costas a la parte vencida. Liquidense por Secretaría y aplíquese el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Quinto.- Fijar como agencias en derecho la suma de \$1.379.548 a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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



HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
Juez