

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, veinte (20) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

DEMANDANTE : DIOSELINO SALAZAR SANABRIA
DEMANDADO : NACIÓN – MINISTERIO DE
EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN : 15001 33 33 011 2015 00166 - 00
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 de la Ley 1437 de 2011 -C.P.A.C.A.-, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1. La demanda (fl. 2-10):

El ciudadano Dioselino Salazar Sanabria, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Solicitó el demandante la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 007359 del 19 de noviembre de 2014 y 001517 del 23 de febrero de 2015, proferidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de las cuales reconoció y ordenó pagar una cesantía definitiva y negó su reliquidación, respectivamente. A título de restablecimiento del

derecho pretende que se ordene a la demandada, liquide la cesantía definitiva incluyendo todos los tiempos laborados como docente desde el 31 de mayo de 1972 hasta el 01 de julio de 2014, fecha esta última de retiro del servicio.

Igualmente, que se reconozca y pague la sanción moratoria de que trata el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006¹, por el no pago oportuno de la totalidad de la cesantía definitiva liquidada en los términos atrás señalados y que se condene al pago de los reajustes de ley, a costas y agencias en derecho.

Para el accionante, la entidad demandada debió liquidar la cesantía definitiva incluyendo los tiempos laborados como docente oficial del 31 de mayo de 1972 al 10 de septiembre de 1978, fecha esta última en la que fue pensionado por invalidez, según se afirma, como quiera que fue reintegrado al servicio docente desde el 02 de diciembre de 1996, por haber desaparecido la invalidez que originó su retiro. Considera que las cesantías definitivas reconocidas deben ser reliquidadas sobre el último salario devengado, incluyendo la doceava parte de la prima de servicios devengada y pagada en el mes de junio de 2014 y la sexta parte de la prima de navidad devengada en el año 2014.

Así mismo, adujo que por no haberse pagado de manera completa la cesantía definitiva, debe reconocerse la sanción moratoria a que se refiere la Ley 1071 de 2006, desde el 15 de enero de 2015 (día siguiente al vencimiento del plazo máximo que tenía la entidad para pagar) hasta la fecha en que se cancele de manera completa la cesantía reliquidada, en los términos solicitados en la demanda.

2. Contestación (fl. 50-57):

La demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio compareció al proceso mediante apoderado judicial, para oponerse a las pretensiones de la demanda bajo los siguientes argumentos: **i)** las cesantías fueron reconocidas en su totalidad y según disponibilidad de los recursos administrados por la Fiduprevisora; **ii)** la sanción moratoria aplica para la omisión en el pago de las cesantías y no para su reconocimiento, por lo que los 45 días previstos en la Ley

¹ 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.

244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, se deben contar a partir de la ejecutoria del acto administrativo que reconoce la prestación y hasta el momento en el cual se pusieron a disposición del demandante las sumas de dinero, y no hasta la fecha en que el docente realizó el retiro.

Finalmente, propuso las excepciones de *"falta de legitimación por pasiva"*, *"prescripción"* e *"inexistencia de la obligación con fundamento en la ley"*.

3. Alegatos de conclusión (fl. 129):

En el término de traslado para alegar, la parte demandante guardó silencio y el Agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

Por su parte la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 131-137) reiteró los argumentos señalados en la contestación de la demanda.

II. CONSIDERACIONES:

1. Problema Jurídico:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial (fl. 114 vto.), corresponde al Despacho el estudio de legalidad de las Resoluciones Nos. 007359 del 19 de noviembre de 2014 y 001517 del 23 de febrero de 2015, proferidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para el efecto, se deberá determinar si el demandante tiene derecho a la reliquidación de la cesantía definitiva teniendo en cuenta el período comprendido entre el 31 de mayo de 1972 y el 01 de julio de 2014 e incluyendo como base de liquidación el último salario devengado, la doceava parte de la prima de servicios devengada y pagada en el mes de junio de 2014 y la sexta parte de la prima de navidad devengada en el año 2014. De otra parte, habrá de establecerse si se causó la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995 y si procede su reconocimiento en los términos que se solicita en la demanda.

2. De la falta de legitimación en la causa por pasiva alega por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Alega la parte demandada que la Nación-Ministerio de Educación no expidió los actos administrativos de reconocimiento de la cesantías que se discuten en el presente caso, sino que fueron expedidos por la Secretaría de Educación Departamental, en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005. Afirma que el Ministerio de Educación perdió la facultad de nominador del personal docente oficial, función que pasó a los entes territoriales, a quienes corresponde la administración personal docente. Señala que los recursos para el pago de las prestaciones del personal docente son manejados mediante contrato de fiducia, y por ello, el Ministerio de Educación Nacional no tiene injerencia alguna en los citados recursos ni el trámite de reconocimiento de las prestaciones.

Ahora bien frente al tema relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2013, señaló:

*"...No hay duda de que **es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.** Bajo estos supuestos, no le asiste la razón a la parte demandada cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece el docente peticionario, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, **es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales.**"² (Negrilla fuera del texto).³*

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia del 08 de febrero de 2016. Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

³ Lo anterior fue reiterado en pronunciamiento de fecha 08 de febrero de 2016, a través del cual el Máximo Tribunal confirmó una providencia proferida en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Atlántico, en la que se declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva. Se dijo entonces:

*"...Reitera el Despacho conforme lo expuesto en la parte considerativa de ésta providencia, que para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas las cesantías, la Secretaría de Educación del Municipio del ente territorial al cual pertenece la docente peticionaria, **actúa en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**, siendo ésta la encargada de elaborar el proyecto de resolución que reconoce o niega la prestación social, resolución que con posterioridad debe ser aprobada o no por la sociedad fiduciaria, quien administra los recursos del Fondo de Prestaciones.*

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de 12 de diciembre de 2014, siguiendo la línea argumentativa del Consejo de Estado, concluyó que la participación de las entidades territoriales en la expedición de los actos administrativos que reconocen y liquidan prestaciones sociales a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se enmarca en una labor de simple tramitador, toda vez que actúan como agentes del orden nacional en virtud de la descentralización territorial:

*"...Teniendo en cuenta que la obligación de pago y reconocimiento de las prestaciones sociales está a cargo del Fondo, la suscripción del acto administrativo por el Secretario de Educación **es una mera formalidad que sólo tiene el alcance de enunciar la perfección del acto administrativo, el cual se expide a nombre y en representación del referido Fondo.***

*(...) De las normas citadas, la Sala deduce que, a pesar de ser el Departamento de Boyacá quien proyecta los actos administrativos acusados en la presente acción, **las decisiones allí contenidas no corresponden al ejercicio de una atribución propia u autónoma.***

*Es preciso advertir que la descentralización determina el ejercicio de competencias propias, y no de un ente diferente, como es la Nación para el caso concreto. Luego, la Secretaría de Educación-Departamento de Boyacá actúa **como agente del orden nacional.**"⁴ (Negrilla fuera de texto).*

Así las cosas, en vista de que la actuación desplegada por las entidades territoriales se enmarca en una simple formalidad, que no obedece a una actuación propia y por tanto no tiene injerencia alguna en el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se concluye entonces que es este último el llamado a responder por la condena que se llegare a

*En efecto, no hay duda de que **es a la fiduciaria representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo**, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.*

*Bajo estos supuestos, (...) si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece la docente peticionaria, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, **es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales** "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo."*

Así las cosas, estima el Despacho que debe prosperar la excepción de falta de legitimación por pasiva alegada por el Departamento del Atlántico en razón a que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante...

Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia de 18 de diciembre de 2014. Rad.: 68001-23-33-000-2012-00370-01 (2935-13). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve Auto interlocutorio – apelación. Ver también providencia del 08 de febrero de 2016 Subsección B, Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Tribunal Administrativo de Boyacá. Auto de fecha 12 de diciembre de 2014, radicación No. 2012-00062-01. M.P. Fabio Iván Afanador García.

imponer y por ello, atendiendo al precedente fijado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta procedente declarar no probada la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3. Hechos Probados:

El día 31 de mayo de 1972, el demandante se vinculó como docente oficial al servicio del Departamento de Boyacá (fl. 24).

Mediante Decreto 2019 del 06 de octubre de 1978 el actor fue retirado del servicio por motivos de invalidez (fl. 25), como consecuencia de lo anterior, le fue reconocida pensión de invalidez mediante Resolución No. 205 de 1980 de donde se deriva que prestó sus servicios al Departamento desde el 01 de junio de 1972 hasta el 30 de agosto de 1978 (124 CD-26).

Según certificación del 03 de agosto de 2009 expedida por el Auxiliar administrativo de la Unidad Especial del Fondo Pensional Territorial y Cesantías para los Empleados Públicos del Departamento de Boyacá-Secretaría de Hacienda, al demandante le fue pagada cesantía definitiva mediante Resolución No. 202 Bis de 1980, por el tiempo comprendido entre el 01 de junio de 1972 al 30 de agosto de 1978 (fl. 124 CD -16 y 46).

Por haber terminado las causas que dieron origen a la pensión de invalidez, el demandante fue reintegrado al servicio mediante Decreto 2184 de 27 de noviembre de 1996, efectivo desde el 02 de diciembre de 1996 (fl. 15-16, 26).

Mediante Resolución No.022 de 08 de enero de 2010, el FNPSM le reconoció y liquidó cesantía parcial por el período comprendido entre el 31 de mayo de 1972 al 30 de abril de 2009, y ordenó pagar la suma de cuarenta millones de pesos m/cte. (\$40.000.000) (fl. 12-13 y 24 CD – 5-7), valor que fue retirado el 22 de abril de 2010 (fl. 14).

Mediante Resolución No.007359 de 19 de noviembre de 2014 (fl. 17-19), le fue reconocida cesantía definitiva por el periodo comprendido entre el 02 de septiembre de 1996 al 01 de julio de 2014, dentro de la cual se tuvo en cuenta como factores para la liquidación la asignación básica de 2014, la doceava parte de la prima de vacaciones y de navidad del 2013, que arrojó la suma de cuarenta y dos millones quinientos treinta y ocho mil novecientos

cuarenta y nueve pesos m/cte. (\$42.538.949), valor del cual se descontó el valor pagado por anticipos de cesantías, ordenando reconocer y pagar la suma de dos millones quinientos treinta y ocho mil novecientos cuarenta y nueve pesos m/cte. (\$2.538.949).

Contra la decisión anterior, el demandante interpuso recurso de reposición (fl. 24 CD – 14), el cual fue resuelto mediante Resolución No. 001517 de 23 de febrero de 2015, que confirmó la decisión (fl. 20-22).

Según certificado de tiempo de servicios de fecha 04 de agosto de 2014, el demandante laboró desde el 31 de mayo de 1972 (fecha de posesión) hasta el 9 de septiembre de 1978 por razón de invalidez; y una vez fue reintegrado comenzó a laborar desde el 02 de diciembre de 1996 (fecha de posesión) hasta el 29 de junio de 2014 por retiro voluntario (fl. 24-28, 124 CD -43-47).

Según oficio radicado No. 20140160025421 de fecha 29 de octubre de 2014, la Fiduprevisora informó que el demandante se encuentra afiliado en virtud de la Ley 91 de 1989 y que el régimen legal aplicable para las cesantías es el retroactivo (fl. 24 CD – 25).

A través del oficio radicado No. 20160170916771 del 26 de agosto de 2016, el Director de Prestaciones Económicas informó que el 24 de abril de 2015 puso a disposición del demandante el valor de \$2.538.949 por concepto de cesantías definitivas a través del Banco BBVA, siendo pagado el 06 de mayo de 2015 (fl. 140-141 y 147-148).

5. Marco jurídico:

↓ Del auxilio de cesantías.

La cesantía es una prestación social creada a cargo del empleador y a favor del trabajador, que tiene como finalidad amparar al servidor público durante la cesación, entonces, ante la aceptación de la renuncia del cargo procede el reconocimiento definitivo de la prestación. Tratándose de empleados públicos, ésta se reconoce y paga cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando éste se retira del servicio.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado *"...La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad*

bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda...".⁵

Existen dos sistemas frente al derecho a percibir el auxilio de cesantías, el primero comprende una liquidación retroactiva, que se realiza al final de la relación laboral teniendo en cuenta el último sueldo devengado y no contempla el pago sobre intereses a las cesantías y el segundo, establece el pago de cesantías con una liquidación de forma anual, cancelando los intereses sobre el valor anual.

✦ Régimen de cesantías de los docentes oficiales.

Mediante la **Ley 91 de 1989** se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las prestaciones sociales de los docentes fueron reguladas, es así que en su artículo 1º se establecieron tres (3) categorías de docentes, de acuerdo a su vinculación, a saber:

"ARTÍCULO 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos: **Personal nacional.** Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional. **Personal nacionalizado.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975. **Personal territorial.** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975."(Negrilla fuera del texto).

A su turno, el numeral 3º del artículo 15 de la citada ley hizo alusión a dos (2) regímenes de cesantías del personal docente afiliado al FNPSM y fijó el procedimiento a seguir para efectos de su liquidación, así:

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

3. Cesantías:

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 22 de enero de 2015. Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 01 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, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional” (Negrilla fuera del texto).

Es así, que dicha ley, además de crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció tres (3) formas de vinculación del personal docente de carácter oficial, reguló las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados y estableció un sistema anualizado para la liquidación del auxilio de cesantías para los docentes que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990.

Posteriormente se expidió la Ley 60 de 1993, que en su artículo 6º dispuso que “...*El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial...*”, disposición que fue reglamentada por el artículo 5 del Decreto 196 de 1995, que precisó sobre la situación de los docentes territoriales financiados con recursos propios lo siguiente:

“ARTÍCULO 5. Docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios. Los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se

*encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. **A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.***"

Con fundamento en la precitada norma, el Consejo de Estado al resolver el caso de una docente territorial, señaló "...Dado que la demandante es una docente del régimen territorial, vinculada desde 1981 al Municipio de Leiva (**antes del 30 de diciembre de 1996**), sus cesantías deberán liquidarse con retroactividad, pues así lo establece el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, según el cual el personal docente de vinculación territorial (distrital, departamental o municipal) será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se les respetará el régimen prestacional de la respectiva entidad territorial..."⁶.

Aclaró el Máximo Tribunal en el precitado caso y con fundamento en lo expuesto en el Concepto No. 1448 de 22 de agosto de 2002, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, que existen tres (3) regímenes de cesantías y que el sistema retroactivo se aplica a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996. Se dijo entonces:

*"...De otro lado cabe reiterar lo que ya ha señalado esta Corporación, en el sentido de que existen tres sistemas de liquidación de las cesantías de los empleados territoriales, los cuales son: **i) Sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996; ii)** De liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cubre a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998; y por último **iii)** el Sistema del Fondo Nacional de Ahorro el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación..."⁷ (Negrilla fuera del texto).*

⁶. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 10 de febrero de 2011. Radicación número: 52001-23-31-000-2006-01365-01(0088-10). M.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁷ *Ibidem*.

La anterior posición ha sido adoptada por el Tribunal Administrativo de Boyacá que frente al tema ha señalado que el régimen anualizado se aplica a cualquier persona que se vincule con los órganos del Estado a partir de la vigencia de la Ley 344 de 1996, esto es, después del 31 de diciembre de 1996. Al respecto se dijo en providencia de 11 de marzo de 2015:

"...Por su parte, la Ley 344 de 1996 estipuló que a partir del 1° de enero de 1997 cualquier persona que se vincule a los órganos o entidades del Estado tendrá el régimen de cesantías anualizadas, eso sí, anunciando que se respetarían los derechos adquiridos hasta ese momento.

*Así las cosas, al evidenciarse que la demandante se vinculó a la entidad territorial **antes del 31 de diciembre de 1996** y que su régimen prestacional al momento de su vinculación era el de las entidades territoriales, fuerza es decir, que su régimen de cesantías **es el de retroactividad, contemplado en la Ley 65 de 1946 y equivalente a un mes de salario por cada año de servicios, computando todo el tiempo trabajado, el cual se ha prestado de manera continua y teniendo en cuenta el último salario devengado así como todo aquello que implique retribución ordinaria y permanente del servicio...**"⁸*

Se concluye entonces, que a los docentes territoriales vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996 y financiados con recursos propios, les corresponde el régimen de cesantías con retroactividad, esto es, el equivalente a un mes de salario por cada año de servicio, teniendo en cuenta el último salario devengado, así como todo aquello que implique retribución permanente del servicio, a menos que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses.

✚ **De los factores para liquidar la prestación.**

Como quiera que los docentes nacionalizados seguirán siendo cobijados por el anterior régimen prestacional, es preciso determinar las normas aplicables a los empleados del orden territorial para liquidar las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado mediante Sentencia de 10 de febrero de 2011⁹ determinó que el régimen prestacional aplicable a los empleados del orden territorial para efectos de liquidar las cesantías, se encuentra consagrado en la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que las modifican y reglamentan, **normativa que dispone que la cesantía deberá liquidarse de forma**

⁸ Tribunal Administrativo de Boyacá, sentencia del 11 de marzo de 2015, Exp.150012333000-2013-00197-00. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. Ver también sentencia expediente No. 15000233300020140009000.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 10 de febrero de 2011. Expediente: No. 520012331000200601365 01 (0088-2010). C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

retroactiva, pagando un mes de salario por cada año de servicios, computando todo aquello que implique directa o indirectamente, retribución ordinaria y permanente de servicios¹⁰.

Luego, el Decreto 1160 de 1947 dispone en su parágrafo 1º, *"Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono"*. Para efectos de la liquidación de las primas o bonificaciones recibidas por el trabajador a que refiere la disposición anterior, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹¹ aclaró que *"(...) es el Decreto 1160 de 1947¹², el que en el inciso 2º de su Parágrafo 1º establece, que en el caso de que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual."*

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia dictada en audiencia de fecha 16 de abril de 2015¹³, con ponencia del Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros señaló:

*"...teniendo en cuenta que la señora MARÍA TERESA CORREDOR GIL fue vinculada a la docencia a partir del 13 de julio de 1987² mediante Decreto Departamental No. 01190 de 1987, en virtud de la "creación de la plaza, según Decreto Departamental número 001140 de 03 de junio de 1987"(fl. 12), y que según se menciona en la parte resolutive tanto de la Resolución No. 00005 de 13 de febrero de 2001, como en la Resolución No. 0014 de 20 de enero de 2014 por las cuales se le reconoce y ordena pagar una cesantía parcial y definitiva, respectivamente, su pago se efectuaba "con recursos propios de DEPARTAMENTO" (fls. 20 y 22), fluye concluir que el régimen prestacional que le es aplicable es el que corresponde a los empleados del orden territorial, integrado por el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, el artículo 1 de la Ley 65 de 1946 y el artículo 6 del Decreto 1160 de 1947. **De***

¹⁰ "(...) Por lo anterior y de acuerdo con la fecha de vinculación de la actora a la docencia y con los documentos que obran en el expediente que acreditan su carácter de "cofinanciada"¹⁰; el régimen prestacional que le es aplicable es el que corresponde a los empleados del orden territorial, integrado por el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, el artículo 1 de la Ley 65 de 1946 y el artículo 6 del Decreto 1160 de 1947. De conformidad con estas disposiciones, la cesantía debe liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicios, computando todo el tiempo trabajado, teniendo en cuenta el último salario devengado (a menos que haya tenido modificaciones en los 3 últimos meses), y computando todo aquello que implique directa o indirectamente, retribución ordinaria y permanente de servicios.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Sentencia del 25 de marzo de 2010. Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09). C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹² Decreto No. 1160 de 29 de marzo de 1947 "Sobre auxilio de cesantía".

¹³ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sentencia de 16 de abril de 2015. Rad.: 150012333000201400367-00. M.P: Félix Alberto Rodríguez Riveros.

conformidad con estas disposiciones, la cesantía debe liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicios, computando todo el tiempo trabajado, teniendo en cuenta el último salario devengado (a menos que haya tenido modificaciones en los 3 últimos meses), y computando todo aquello que implique directa o indirectamente, retribución ordinaria y permanente de servicios³...

✦ **De la Jurisdicción competente para conocer de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.**

Al respecto, se han emitido varias sentencias con el fin de determinar cuál es la jurisdicción competente para conocer de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las cuales se sintetizan así:

El Consejo de Estado¹⁴ en Sentencia de 27 de marzo de 2007 señaló que cuando existe discusión respecto del contenido mismo del derecho, esto es, del reconocimiento de las cesantías *"...la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral..."* siendo competente la jurisdicción contenciosa administrativa, pero que cuando no haya controversia sobre el derecho por existir el acto de reconocimiento y constancia del pago tardío, que podrían constituir un título ejecutivo complejo la acción procedente sería la ejecutiva de la jurisdicción ordinaria laboral.

Por su parte, el Consejo Superior de la Judicatura¹⁵, órgano establecido por la Ley 270 de 1996 para dirimir los conflictos de competencias suscitados entre los juzgados de diferente jurisdicción, ha considerado que **es la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral, a la que corresponde tramitar los procesos tendientes al pago de la pluricitada sanción moratoria**, cuando *"...la acreencia laboral cuyo pago reclama el demandante ya fue reconocida por la administración, y como quiera que no se está discutiendo la legalidad del acto administrativo que la reconoció, sino muy por el contrario el pago de la sanción moratoria por el extemporáneo pago de la misma..."* (Negrilla fuera del texto).

14 Consejo de Estado. Sección Segunda. SUBS. B Sentencia de 27 de marzo de 2007, Expediente No. 2000-2513. M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

15 Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. Providencia de fecha 2 de septiembre de 2015. Expediente: 110010102000201501880-00. Ver también Providencia de fecha 20 de abril de 2016. Expediente: 110010102000201600315-00.

Así las cosas, fuerza concluir que como quiera que en el presente caso, si se discute la legalidad del acto administrativo que reconoció las cesantías definitivas, que considera el actor le fueron erróneamente liquidadas por la entidad, es claro que la jurisdicción contenciosa administrativa es la competente para conocer de la nulidad de ese acto como de la sanción moratoria que se pretende subsidiariamente con el mismo, siendo entonces aplicable el principio universal del derecho de *"quien puede lo más, puede lo menos"*.

✚ **De la sanción moratoria.**

En relación con el auxilio de cesantía, advierte el Despacho que dicha prestación, se concibió en la Ley 6 de 1945, cuyo artículo 17 determinó que serían equivalentes a un mes de sueldo por cada año de servicios.

Posteriormente, la Ley 65 de 1946 que modificó las disposiciones sobre cesantías, determinó en su artículo 1º: *"Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado (sic) continua o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro."*

Por su parte el Decreto 1160 de 1947, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación, la hizo extensiva a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios y estableció cómo se debía liquidar el auxilio de cesantía. Al respecto de la normatividad que antecede, el Consejo de Estado se refirió en los siguientes términos:

"Las normas antes referidas tuvieron aplicación inicial para el sector público en los órdenes nacional, seccional y local. Además, contemplaron para efectos de su liquidación tener en cuenta el último salario fijo devengado - a menos que hubiere tenido variación en los tres últimos meses- y todo lo recibido por el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios. La preceptiva jurídica no contemplaba hasta este momento pago alguno por concepto de intereses.

Para concluir la primera parte, el régimen de cesantías tenía carácter retroactivo y, en tal virtud, se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar

la prestación por todo el tiempo de servicios, lo que conllevaba a que el pago efectuado siempre fuera actualizado."¹⁶

A su vez, la Ley 244 de 1995 que fijó términos para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado¹⁷, normativa que fue modificada por la Ley 1071 de 2006 y reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales para los servidores públicos, estableciendo lo correspondiente a las sanciones y términos para su cancelación, así:

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

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. (...)

De la anterior norma se puede concluir que la liquidación de las cesantías, por regla general opera a petición de la persona interesada y que la Entidad tiene un término de quince (15) días hábiles para expedir el correspondiente acto. Además, cuenta con el plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, para hacer efectiva la prestación liquidada, so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

Ahora bien, el Consejo de Estado reiteró las diferentes situaciones que se pueden presentar sobre la solicitud, reconocimiento y pago de las cesantías, tal como a continuación se indica:

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia 19 de julio de 2007. Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02033-01(9228-05). C.P.: Jaime Moreno García.

¹⁷ "Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

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

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

*"Conforme al texto de la Ley 244 de 1995, se presentan varias hipótesis, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, respecto de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas: a) La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías. b) La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga. c) **La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías. En este caso pueden ocurrir variar posibilidades: i) Las reconoce oportunamente pero no las paga. ii) Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente. iii) Las reconoce extemporáneamente y no las paga. iv) Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente...**"*¹⁸ (Negrilla fuera del texto).

En cuanto a la sanción por mora regulada por la Ley 1071 de 2006, el Tribunal Administrativo de Boyacá señaló que en atención al principio de favorabilidad en materia laboral dicha normativa resulta más beneficiosa y por ende debía aplicarse a los docentes:

"... no existe una línea jurisprudencial clara y que constituya doctrina vinculante en cuanto al régimen aplicable a los docentes respecto de la mora en la cancelación oportuna de las cesantías, toda vez que existen pronunciamientos del Consejo de Estado que defienden la tesis de que la Ley 91 de 1989 es una norma especial que se aplica de manera prevalente en relación con la Ley 1071 de 2006, aun cuando esta última norma sea posterior, por cuanto la ley especial regula una materia concreta del pago de las cesantías para los docentes y la sanción por mora en el pago no oportuno de las mismas, y que por ello la disposición legal de carácter general regulada por la Ley 1071 de 2006, no se hace extensiva para los docentes del sector público, sino que se les aplica la Ley 91 de 1989 que regula de manera especial el pago de las cesantías para los docentes y cuya normatividad no contempla la sanción que reclama la actora.

También la Alta Corporación ha proferido sentencias, en las cuales se reconoce el derecho que le asiste a los docentes en cuanto a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 y si bien estas decisiones no configuran por si mismas una posición unificada en el tema, a criterio de la Sala, es la posición que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral, por resultar menos lesivo el régimen especial que el general; como también garantiza el principio de igualdad material de los docentes frente a los otros servidores públicos."¹⁹
(Negrilla fuera del texto)

Por último, respecto de cómo se debe efectuar el cómputo de la sanción moratoria el Consejo de Estado preciso lo siguiente:

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de fecha 16 de julio de 2015, Radicación número: 15001-23-33-000-2013-00480-02(1447-15). C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁹Tribunal Administrativo de Boyacá. Sentencia de fecha 15 de octubre de 2015, radicado 15693333002201200091-01. M.P.: Dr. Felix Alberto Rodríguez Riveros.

*"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."* (Negrilla fuera del texto).²⁰

Así las cosas, es claro que la sanción moratoria regulada en la Ley 244 de 1995 que fue modificada por la Ley 1071 de 2006, inicia su conteo a partir del día 65º una vez se presentó la solicitud de reconocimiento y pago de dicha prestación y culmina el día que se procede a su cancelación.

6. DEL CASO CONCRETO:

Se advierte que el señor Dioselino Salazar Sanabria fue vinculado como docente del Departamento de Boyacá el 31 de mayo de 1972, y posteriormente fue reintegrado al servicio mediante Decreto 2184 el 02 de diciembre de 1996, por lo que se concluye que **el régimen de cesantías aplicable es el retroactivo**, que corresponde al de los empleados del orden territorial lo cual se corrobora con lo consignado en el oficio radicado No. 20140160025421 de fecha 29 de octubre de 2014 suscrito por la Fiduprevisora donde informa que el demandante se encuentra afiliado en virtud de la Ley 91 de 1989 y que el régimen legal aplicable es el retroactivo, encontrándose por tanto ajustado el acto acusado en cuanto al régimen prestacional aplicable al caso concreto.

Ahora bien, en lo que respecta al período de tiempo laborado que debe tenerse en cuenta para liquidar las cesantías definitivas del actor por retiro definitivo del servicio, se observa que cuando ingresó por primera vez al servicio docente fue retirado por invalidez, por lo cual le liquidaron sus prestaciones sociales, entre ellas, cesantías definitivas mediante Resolución No. 202 Bis de 1980, por el tiempo comprendido entre el 01 de junio de 1972 al 30 de agosto de 1978.

²⁰Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de fecha 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(2777-04). C.P: Jesús María Lemos Bustamante.

Es por ello que cuando cesa su invalidez y es reintegrado al servicio docente el 02 de diciembre de 1996, el tiempo reseñado anteriormente ya había sido interrumpido comenzando nuevamente a correr a partir de esta última fecha, por lo que no es posible contabilizar todo ese tiempo como pretende el actor, sino desde el 02 de diciembre de 1996 y hasta el 01 de julio de 2014, tal como se consignó en el acto acusado Resolución No. 007359 del 19 de noviembre de 2014, como quiera que acceder a lo pedido implicaría una afectación al erario público porque sería liquidar doblemente el mismo tiempo.

De igual forma, tampoco es de recibo lo aseverado por el actor al señalar que al haber sido reintegrado se trataba de la misma vinculación y que por ello podían computarse los dos tiempos de servicios laborados en razón a que la invalidez fue parcial; lo anterior como quiera que el derecho a percibir el auxilio de cesantías definitivas se causa al finalizar el vínculo laboral, por ello independientemente de que la invalidez haya sido o no temporal, dicho reconocimiento económico nació a la vida jurídica una vez el demandante fue retirado del servicio por invalidez, teniendo derecho no solo a que le reconocieran pensión como en efecto sucedió, sino a que le pagaran sus cesantías por el tiempo laborado.

Igualmente, es del caso hacer referencia al pronunciamiento de la Corte Constitucional²¹ que ha señalado que: *"La pérdida de capacidad laboral derivada en una invalidez, genera para el empleador la facultad de desvincular del servicio a quien se encuentra en este estado."* Por su parte, el Decreto 2277 de 1979 que regula el estatuto docente, refiere a la invalidez como una forma de retiro del servicio entendido éste como *"la cesación en el ejercicio de las funciones del docente"*, siendo por tanto la invalidez una situación jurídica no consolidada que puede dar lugar al reintegro al servicio cuando cesen las causas que dieron origen a la misma por lo que conlleva un nuevo ingreso. De acuerdo a lo explicado, no es procedente acceder a lo pretendido por el demandante.

ii) En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la prestación económica, se observa que al ser el demandante beneficiario del régimen retroactivo, tiene derecho a que sus cesantías definitivas le sean liquidadas en cuantía del promedio de todo lo recibido por él que implique directa o

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-1035 del 14 de diciembre de 2010. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio

indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones como lo prevé la norma.

Pues bien, según se desprende del certificado de salarios expedido por la Secretaria de Educación de Boyacá de fecha 22 de agosto de 2014, el demandante durante el último año de servicios comprendido entre el 01 de julio de 2013 al 01 de julio de 2014, devengó los siguientes factores salariales: asignación básica, prima de vacaciones, de navidad y de servicios (fl. 23).

De la Resolución No. 007359 de 19 de noviembre de 2014 por medio de la cual se reconocieron cesantías definitivas (fl. 17-18), se observa que solo se tuvo en cuenta en la liquidación de la prestación la asignación básica del año 2014, la doceava parte de la prima de vacaciones y la doceava parte de la prima de navidad devengadas en el año 2013.

Según el Decreto 1160 de 1947 en su artículo 6, el auxilio de cesantías se debe liquidar 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, entonces, teniendo en cuenta que lo devengado por el actor en los meses de abril a junio de 2014 fueron sumas uniformes, corresponde liquidar la prestación con el último salario devengado en el 2014 como efectivamente lo hizo la Entidad.

iii) En relación con las primas devengadas por el trabajador que también constituyen salario y que son tenidas en cuenta para liquidar la prestación económica, el Decreto 1160 de 1947 ha determinado la forma en que deben calcularse, para el efecto ha señalado que el promedio se obtiene dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual.

Así las cosas, como quiera que se encuentra probado que el demandante en el último año de servicios recibió adicionalmente la prima de servicios, la cual no fue incluida en la liquidación del auxilio de cesantías, es del caso ordenar la inclusión de la doceava parte de la prima de servicios en atención a lo previsto en el artículo 6 inciso 2 parágrafo 1 del Decreto 1160 de 1947.

Ahora bien, en lo que respecta a la prima de navidad frente a la cual se solicita se incluya la sexta parte de la devengada en el 2014 y no la doceava parte de la recibida en el 2013 como en efecto se

calculó por la entidad, se advierte, que no es posible acceder a tal pedimento como quiera que el Decreto 1160 de 1947 prevé que el promedio de las primas se calcula dividiendo en doce y no en una sexta parte como pretende el actor; pero tampoco es correcta la forma como la entidad calculó la doceava parte en razón a que según se desprende del certificado de salarios, el demandante durante su último año de servicios (junio 2013 a junio 2014) devengó en dos oportunidades la prima de navidad una en diciembre que fue completa y la otra en junio que fue proporcional a los seis (6) últimos meses laborados, por lo que atendiendo a lo previsto en el artículo 6 inciso 2 parágrafo 1 del Decreto 1160 de 1947, la entidad deberá calcular la doceava correspondiente al último año de servicios, teniendo en consideración el promedio de la prima de navidad devengada en diciembre de 2013 y junio de 2014.

iv) Por último, en lo que atañe a la indemnización moratoria que pide se reconozca por el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2015 (fecha en la que considera que es el día siguiente al vencimiento del plazo máximo que tenía la entidad para pagar) hasta la fecha en que efectivamente se pague de manera completa la cesantía definitiva, es necesario precisar que tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado²² la indemnización moratoria fue establecida como *"una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada Ley."*

Por consiguiente, no es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria en los términos señalados en la demanda, como quiera que la misma no surge porque se hayan pagado de manera incompleta las cesantías por error en la liquidación, sino por el incumplimiento en el pago de las mismas. No obstante, en virtud de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental y en razón a lo manifestado por la parte actora, cuando refiere: *"(...) se evidencia la mora en el pago, constituida entre el 14 de enero de 2015 y el 24 de abril de 2015, fecha de pago de la cesantía Definitiva (...)"* (fl. 149), se procederá a analizar la referida indemnización moratoria en los términos señalados en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

²² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 14 de abril de 2016, Radicación número: 13001-23-31-000-2001-02033-02(0089-12). C.P: William Hernández Gómez.

No sin antes aclarar, que si bien la anterior norma prevé quince (15) días para contestar la solicitud y cuarenta y cinco (45) para pagar, también lo es, que no puede tomarse literalmente que los sesenta (60) días que trae la norma y que la jurisprudencia ha interpretado que son sesenta y cinco (65) por razón de la ejecutoria, se contabilizan de corrido sino que se debe tener en cuenta que existe un plazo límite para decidir, y una vez resuelto, otro para pagar, por lo que puede suceder que la mora persista de principio a fin y bastara acumularla, o que solo se de en una de las dos etapas que son concomitantes.

Ahora bien, hecha la anterior precisión se advierte que sobre este aspecto la pretensión del actor se circunscribe al reconocimiento de la sanción por la mora en el pago de las cesantías definitivas, toda vez que considera que debió efectuarse el 15 de enero de 2015 y no el 24 de abril de ese mismo año, pues contabiliza dicha mora desde el vencimiento de los quince (15) días que tenía la entidad para contestar y por ende notificar la decisión, el Despacho se pronunciará sobre tal pedimento, esto es, la mora en el pago de la prestación tal como se sigue.

Así las cosas, se encuentra que al señor Dioselino Salazar Sanabria le fueron reconocidas cesantías definitivas mediante Resolución No. 007359 del 19 de noviembre de 2014 (fl. 17 s), decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución No. 001517 del 23 de febrero de 2015 (fl. 20), siendo notificado el 03 de marzo de 2015 (fl. 22), quedando en firme la decisión impugnada desde el día siguiente²³, esto es, desde el 04 de marzo de 2015, por tanto la Entidad pagadora contaba con 45 días para efectuar el pago, es decir, hasta el 12 de mayo de 2015, no obstante como quiera que el dinero fue puesto a disposición del actor desde el 24 de abril de 2015 en su cuenta personal del Banco BBVA, se concluye entonces que la entidad no incurrió en mora en el pago de las cesantías, por lo que no hay lugar a la sanción pretendida.

7. Conclusión:

En consecuencia, se declarará la nulidad parcial de la Resolución No. 007359 del 19 de noviembre de 2014, proferida por el FNPSM y a través del cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva al accionante y la nulidad de la Resolución No. 001517 del 23 de febrero de 2015, que confirmó la decisión inicial.

²³ Ver artículo 87 numeral 2 del CPACA "(...) Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos."

En su lugar, y a título de restablecimiento del derecho, de ordenará a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reliquidar la cesantía definitiva del demandante incluyendo la doceava parte de la prima de servicios devengada en el 2014 y la doceava parte de la prima de navidad del promedio de las devengadas en diciembre de 2013 y junio de 2014, correspondientes al último año servicios (2013-2014).

Consecuentemente, se negarán las demás pretensiones de la demanda frente al tiempo laborado y al pago de la sanción moratoria.

8. Prescripción:

Tratándose de servidores públicos se regula por lo previsto en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968²⁴ y 102 de su Decreto Reglamentario 1848 de 1969²⁵:

"Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual"

"Artículo 102º.- Prescripción de acciones. 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, pero solo 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 que se hacen exigibles.

Ahora bien, en cuanto a la prescripción del auxilio de cesantías definitivas, es del caso señalar que el Consejo de Estado²⁶ reiteró

²⁴ "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales".

²⁵ "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968".

²⁶ Consejo de Estado. Sentencia de 13 de noviembre de 2014, Exp. 08001-23-33-000-2012-00472-01(4561-13). M.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

que el término prescriptivo para dicha prestación "*comienza a contarse sólo a partir de la terminación del vínculo laboral.*"

Para el caso de autos se observa que el actor fue retirado de forma definitiva el 30 de junio de 2014 (fl. 47 CD), le fue reconocida cesantías definitivas a través de la Resolución No. 007359 de 19 de noviembre de 2014 (fl. 17 s.) y la demanda fue presentada el 13 de agosto de 2015 (fl. 30), razón por la cual el Despacho advierte que el fenómeno prescriptivo no operó en este caso.

9. De las costas:

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, ante la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, se requiere fundamentar la imposición de costas, por lo que el Despacho precisa que están debidamente acreditadas en el proceso con los gastos ordinarios del proceso en que incurrió el demandante (gastos de notificación) y adicionalmente, fue necesario contratar los servicios de un profesional del derecho para que lo representara en el trámite del presente proceso, generándose así las respectivas agencias en derecho.

Así las cosas, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho la suma del 1% del valor de la condena.

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

FALLA:

PRIMERO: Declarar **NO PROBADA** la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar **NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según lo expuesto.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 007359 del 19 de noviembre de 2014 y la nulidad de la Resolución No. 001517 del 23 de febrero de 2015, proferidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que proceda a reajustar, reliquidar y pagar al señor DIOSELINO SALAZAR SANABRIA, identificado con C.C. No. 4.096.605, el valor de la cesantía definitiva reconocida incluyendo en la base de liquidación además de los factores ya reconocidos (asignación básica y prima de vacaciones) la doceava parte de la prima de servicios devengada en el año 2014 y la doceava parte de la prima de navidad promediando los valores devengados en diciembre de 2013 y junio de 2014.

QUINTO: Las sumas que resulten en favor del accionante se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

SEXTO: Las sumas que se ordena reconocer devengarán intereses conforme a los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

NOVENO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese a cargo de la parte vencida como agencias en derecho la suma del 1% del valor de la condena.

DECIMO: En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes.**

DECIMO PRIMERO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

DECIMO SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez