



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA
Tunja, dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: EJECUTIVO
Radicación No: 150013333012-2018-00068-00
Demandante: GABRIEL ACEVEDO ECHEVERRIA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL-

Ingresó el proceso al Despacho con informe secretarial, poniendo en conocimiento, documentos allegados por las entidades financieras requeridas. Para proveer de conformidad (fl. 52).

Para resolver se considera:

- Del procedimiento de embargo:

El artículo 599 del CGP en cuanto a las medidas cautelares en procesos ejecutivos dispone:

"Desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado..."

Sobre el procedimiento para el embargo de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios dispone los numerales 4 y 10 del artículo 593 del CGP, lo siguiente:

"Art. 593.- Embargos. Para efectuar embargos se procederá así:

{...}

4. El de un crédito u otro derecho semejante se perfeccionará con la notificación al deudor mediante entrega del correspondiente oficio, en el que se le prevendrá que para hacer el pago deberá constituir certificado de depósito a órdenes del juzgado. Si el deudor se negare a firmar el recibo del oficio, lo hará por él cualquiera persona que presencie el hecho.

Al recibir el deudor la notificación deberá informar acerca de la existencia del crédito, de cuándo se hace exigible, de su valor, de cualquier embargo que con anterioridad se le hubiere comunicado y si se le notificó antes alguna cesión o si la aceptó, con indicación del nombre del cesionario y la fecha de aquella, so pena de responder por el correspondiente pago, de todo lo cual se le prevendrá en el oficio de embargo.

La notificación al deudor interrumpe el término para la prescripción del crédito, y si aquel no lo paga oportunamente, el juez designará secuestre quien podrá adelantar proceso judicial para tal efecto. Si fuere hallado el título del crédito, se entregará al secuestre; en caso contrario, se le expedirán las copias que solicite para que inicie el proceso.

El embargo del crédito de percepción sucesiva comprende los vencimientos posteriores a la fecha en que se decretó y los anteriores que no hubieren sido cancelados.

{...}

10. El de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, se comunicará a la correspondiente entidad como lo dispone el inciso primero del numeral 4, debiéndose señalar la cuantía máxima de la medida, que no podrá exceder del valor del crédito y las costas, más un cincuenta por ciento (50%). Aquéllos deberán constituir certificado de depósito y ponerlo a disposición del juez dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación; con la recepción del oficio queda consumado el embargo..."

Por otro lado se observa que se libró mandamiento de pago, mediante auto de fecha 12 de abril de 2018 (fls. 113-117)

Referencia: F. Ejecutivo
 Radicación: 150013333012-2018-0006B-00
 Demandante: GABRIEL ACEVEDO ECHEVERRIA
 Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO

Así las cosas y sin perjuicio de las reglas de excepción a la inembargabilidad analizadas por el Tribunal Administrativo de Boyacá en auto de fecha 07 de marzo de 2018¹; este estrado judicial decretará la medida cautelar consistente en el EMBARGO y RETENCIÓN de los dineros que tenga a entidad ejecutada en la siguiente entidad bancaria:

Cuentas corrientes que posee en el Banco BBVA de la ciudad de Tunja en las cuentas Nros. 001303100100024997 y 001303100100161112.

Sin embargo cabe advertir que **NO** serán objeto de la medida cautelar los recursos: **(i)** del rubro destinados para el pago de sentencias y conciliaciones ni los del fondo de contingencias **(ii)** del Sistema General de Participaciones, **(iii)** del sistema General de Regalías, ni **(iv)** contribuciones parafiscales.

Finalmente, conforme a lo previsto en el art. 593 núm. 10 del CGP se limita el embargo y retención a la suma de **CIENTO VEINTISIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$127´142.887)**.

Por lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA,**

RESUELVE:

PRIMERO: Decrétese el embargo y refención de los dineros que la Nación –Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional-, identificado con el NIT 800130632-4, tiene en las siguientes cuentas corrientes del Banco BBVA de la ciudad de Tunja en las cuentas Nros. 001303100100024997 y 001303100100161112.

SEGUNDO: Oficiése al Banco BBVA de la ciudad de Tunja conforme lo indica el numeral 10 del artículo 593 del CGP, para que aplique la medida decretada, la cual se limita a la suma de **CIENTO VEINTISIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$127´142.887)**.

TERCERO: Adviértasele a la entidad financiera que con los dineros retenidos deberá constituir certificado de Depósito a órdenes del Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, dentro del proceso **No. 150013333012 – 2018– 0006B– 00, donde actúa como demandante el señor GABRIEL ACEVEDO ECHEVERRIA, identificado con C.C. No. 7.180.793** en el Banco BBVA de Tunja, hasta el limite indicado verificando que no tengan naturaleza inembargable.

CUARTO: Adviértase al Gerente del BANCO BBVA de la ciudad de Tunja, que no serán objeto de la medida cautelar los recursos: **(i)** del rubro destinados para el pago de sentencias y conciliaciones ni los del fondo de contingencias **(ii)** del Sistema General de Participaciones, **(iii)** del sistema General de Regalías, ni **(iv)** contribuciones parafiscales.

Notifíquese y Cúmplase.


EDITH MILENA RATIVA GARCÍA
 Juez

<p>JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA</p> <p>El auto anterior se notificó por estado N° 45 de hoy 19 de noviembre de 2019, siendo las 8:00 A.M.</p> <p>_____</p> <p>SECRETARIO</p>
--

¹ Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, MP. Dr. LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA, medio de control Ejecutivo, demandante CARLOS VICENTE PÉREZ. Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, proceso 150013331012201600169-01



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 25 de 2019

Tunja, dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 – 2018 – 00069 – 00
Demandante: FLOR MARINA AVELLA VERGARA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FNPSM

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por la señora **FLOR MARINA AVELLA VERGARA**, en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, la señora **Flor Marina Avella Vergara**, solicita se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo, por medio del cual la Secretaría de Educación en nombre de la Nación – MEN – FNPSM-, negó el derecho de petición por medio del cual se solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de mora, a partir del día hábil 66 siguiente a la radicación, es decir desde el 03 de enero de 2014, hasta el día de pago final, esto es 22 de mayo de 2014, en virtud de la Ley 1071 de 31 de julio de 2006; que las sumas de dinero sean indexadas mes a mes desde la fecha de su exigibilidad hasta la fecha de pago efectivo; que se reconozcan intereses moratorios; que se condene en costas y agencias en derecho y que la liquidación de las condenas y el cumplimiento de la sentencia se efectúe de conformidad con el artículo 192 del CPACA, (fls. 59-60).

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Teniendo en cuenta la fijación del litigio realizada dentro de la audiencia inicial llevada a cabo el 12 de febrero de 2019 obrante a folios 104 – 107 y vto., los hechos referenciados por el apoderado son los siguientes:

Adujo que la demandante ha laborado al servicio de la educación pública y que mediante petición radicada bajo el No. 2013-CES-035846 del 25 de septiembre de 2013, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías parciales.

Indicó que a través de la Resolución No. 000987 del 10 de marzo de 2014, las entidades demandadas, reconocieron y ordenaron el pago de las cesantías parciales y que el valor reconocido en la Resolución anterior, le fue cancelado como consta en el recibo de pago hasta el 22 de mayo de 2014.

Finalmente indicó que por medio de derecho de petición, se solicitó a las entidades demandadas el pago por concepto de sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías, correspondiente a un día de salario por cada día de mora, desde los (65) días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la petición de las cesantías (fl. 3).

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, considera el apoderado de la parte demandante que se vulneraron las siguientes normas:

CONSTITUCIONALES: Preámbulo, 1º, 4º, 6º, 25º, 29º, 83º, 90º, 93º, 94º, 121º, 122º, 209º.

LEGALES: Ley 244 de 1995 y los artículos 2, 3, 4, y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que el principio de la igualdad se conculca, cuando las demandadas, ponen en situación de desventaja a la demandante frente a los docentes a los que se les han cancelado las cesantías parciales y/o definitivas dentro del término estipulado por la ley 1071 del 31 de julio de 2006; es por lo mismo que se discute el acto administrativo demandado, con el fin de corregir la desigualdad que existente entre iguales, más aún cuando la ley prevé una sanción por la mora injustificada en el reconocimiento y pago de las cesantías a partir día hábil sesenta y seis (66), contados a partir de la fecha de la radicación de la solicitud.

Igualmente indicó que al someter a la demandante al retardo injustificado se atenta contra su dignidad humana, más aún cuando no existen razones de fondo para demorar el pago de las cesantías parciales y/o definitivas, sin embargo la Ley 1071 de 2006, de contempla la sanción en contraprestación a la tardanza de la entidad en reconocer y pagar dicho emolumento.

Señaló que las demandadas violan preámbulo de la Constitución, el cual dispone asegurar a los asociados el trabajo, la justicia, la igualdad y la seguridad social, hecho que no se cumplió, pues se allegó la documentación necesaria con la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales, no obstante pasados los 65 días hábiles para el pago, la entidad no se pronunció dentro del término legal, perjudicando los intereses de la demandante respecto de los dineros de las cesantías fruto de su esfuerzo y trabajo al servicio de la docencia.

Adujo que se vulneró el artículo 2 superior, pues es deber del Estado, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos de los asociados, al expedirse el Acto impugnado se actuó de manera indebida al vulnerar los derechos de la demandante, porque se emiten actos administrativos en contra de la Ley, a sabiendas que los requisitos se cumplieron, olvidando de otra parte que los derechos laborales son irrenunciables.

Señaló como violentado el artículo 53 constitucional pues a la demandante se le dio un trato diferente y desigual de sus compañeros, a pesar de haber cumplido con los mismos requisitos, funciones, horarios, labores, tipo de posesión, exigidos; obligándola a recurrir a la Justicia, con el fin de dirimir el reconocimiento de sus derechos prestacionales (cesantías), lo que implica que tiene prioridad aquí la voluntad del Constituyente cuando dio el carácter de irrenunciable a los derechos laborales y prestacionales; además señaló que fue claro el Constituyente Primario al elevar a canon Constitucional el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, lo que implica que en el sub-judice así la administración utilice indebidamente el contenido de la norma, prevalece el cumplimiento real de los requisitos por la demandante, para acceder a lo que realmente tiene derecho.

Igualmente consideró como violado el Acuerdo 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que a su vez modifica los Acuerdos del 11 de enero de 1995 y No. 1 del 26 de junio de 1996 que rige a los docentes afiliados al fondo pues por medio de estas disposiciones se establece el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías parciales a cargo del F.N.P.S.M, para aquellos docentes que se encuentren vinculados a dicho fondo.

Consideró violentada la Ley 244 de 1995, pues se ocasiona un grave perjuicio al erario público, porque al no cancelar de forma oportuna las cesantías parciales y/o definitivas, se da aplicación a esta normatividad donde se establece que: "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".

Indicó que se violó la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

Señaló la configuración de una falsa motivación en el acto administrativo demandado pues considera que el mismo adolece de vicios los cuales conllevan a su nulidad, citando al tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamba definió la Falsa Motivación de los Actos Administrativos, como: "...se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración. Esta discordancia obedece, como lo indica BOQUERA OLIVER, a que mientras la causa"...conecta el acto con la realidad (...) el vicio de falsedad desconecta el acto producido de esa realidad anterior y que debió ser su verdadero fundamento" (fls. 3-8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (fls. 86-93)

Indicó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989, como cuenta especial de la Nación, la cual determina las políticas de administración y dirección del Fondo y establece las prioridades de atención de las prestaciones a través de acuerdos y asigna recursos para el pago de prestaciones sociales.

Sostuvo que en virtud de las competencias fijadas en el Decreto 2831 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 los entes territoriales certificadas; que este Decreto creó un procedimiento exclusivo para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual se determinan las etapas, términos y demás formalidades para este efecto.

Afirmó que la Ley 91 de 1989, constituye el régimen legal especial de los docentes el cual dispuso todos los derechos, deberes y procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones que ésta contempla, por lo que para el reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se debe acudir al trámite especial regulado tanto por esta Ley como por su decreto reglamentario.

Adicionó que el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de los docentes afiliados a dicho fondo, se determinó que el Fondo es el único habilitado para el pago del auxilio de cesantías, excluyendo a los beneficiarios de esta norma de los demás regímenes de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, así como de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Reiteró que en virtud del decreto 2831 de 2005, en principio todas las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes afiliados no pueden sujetarse a otro procedimiento diferente, no obstante, el artículo 15 de la Ley 91 de 1981 definió tal situación, imponiendo al Fondo la obligación especial de pagar las cesantías.

Destacó que el Decreto 2831 de 2005 no consagró sanción por mora en el pago de las cesantías, por lo que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por lo que, no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Finalmente, sostuvo que las normas que regulan el reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes vinculados al Fondo no consagran sanción alguna, por lo que no puede darse aplicación extensiva a sanciones que no han sido dispuestas por la norma aplicable al sub examine.

De las excepciones propuestas

2.2.1. Falta de Legitimación en la casusa por pasiva

Afirmó que no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que esta obligación le corresponde a la secretaría de educación respectiva.

Sostuvo que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio autónomo, cuyos recursos están destinados al pago de las prestaciones que los entes territoriales reconozcan en su planta docente a través de las secretarías de educación, por lo que no puede imputársele a la Nación - Ministerio de Educación responsabilidad relacionada con el reconocimiento de prestaciones. lo anterior en virtud del proceso de descentralización de la educación contemplado en la Ley 60 de 1993 y 715 de 2001.

Agregó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, funciona a través de un Consejo Directivo presidido por el Ministerio de Educación Nacional quien fue autorizado en su momento por el Gobierno Nacional para suscribir contrato de fiducia para la administración de los recursos destinados al pago de las prestaciones.

Reiteró que la accionada en el presente proceso no intervino en gestión alguna respecto al trámite de solicitud de la prestación, que no es un ente pagador de los recursos del fondo y que estos son administrados por la entidad fiduciaria, sin que en su titularidad aparezca el Ministerio de Educación Nacional, finalmente, sostuvo que no es la entidad pagadora del fondo ni de la fiduciaria (fls. 90-92)

2.2.2. Prescripción

Afirmó que en virtud del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos laborales prescriben en el término de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, razón por la cual solicitó que en el evento de prosperar las pretensiones, se declare la prescripción de las mesadas causadas en los últimos 3 años (fl. 92)

2.2.3. Genérica

Solicitó reconocer oficiosamente, las que resulten demostradas en el proceso, en aplicación del artículo 282 del C.G.P. (fl. 92)

III. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dentro del término legal se corrió traslado de las excepciones propuestas por las partes (fls. 99-100), frente a las cuales el apoderado de la parte actora guardó silencio.

IV. AUDIENCIA INICIAL

Mediante auto del 29 de noviembre de 2018 (fl. 101 y vto.) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del CPACA.

Dicha diligencia se llevó a cabo el día señalado (fls. 104-107 y vto.) y se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo, saneando el proceso, pronunciándose sobre las excepciones propuestas y fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones (minuto 02:19 a 13:37).

Una vez las partes manifestaron su acuerdo en la fijación del litigio, se prosiguió a agotar la etapa de conciliación y a decretar las pruebas de las partes y de oficio (minuto 15:46 a 19:26)

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se practicó una audiencia de pruebas en la cual se recaudó la totalidad de las mismas, las cuales habían sido decretadas en audiencia inicial, diligencia que fue realizada el 28 de mayo de 2019,

Igualmente, en esta se consideró innecesario llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento, motivo por el cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la realización de la misma (fls. 122-123).

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte demandante (fls. 118-120)

El apoderado de la demandante indicó que el proceso se acreditó que mediante Resolución No. 000987 del 10 de marzo de 2014, expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, le fue reconocido a la señora Flor Marina Avella Vergara el pago de una cesantía parcial, cuyo pago extemporáneo fue efectuado hasta el 22 de mayo de 2014, como consta en el recibo de pago.

Que igualmente se probó sin oposición de las entidades demandadas, que se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de una cesantía, petición ante la cual la entidades no dieron respuesta alguna.

Señaló que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, establecen los parámetros que la administración debe seguir para el pago de las cesantías definitivas o parciales para servidores públicos, contando con un plazo máximo de 70 días hábiles contados a partir de la solicitud para el reconocimiento y pago de las mismas.

Adujo que la administración incurrió en tardanza no solo en el pago de la cesantía de la docente, sino también en la expedición de la resolución que la reconoce, configurándose mora en el trámite, violentando de manera flagrante los términos establecidos en las leyes anteriormente mencionadas.

Agregó que la demandante no pudo cobrar oportunamente por cuanto la entidad demandada no tiene ningún mecanismo informativo sobre la disposición del dinero incumpliendo el deber legal que tiene de informar sus acciones actuales relacionadas con la petición e indicó que no existe prueba siquiera sumaria de que la entidad accionada haya informado a la demandante que ya podía acercarse para disponer del dinero.

Transcribió un aparte de la SUJ-12-S2 del 18 de julio de 2018, para insistir que la mora se debe reconocer hasta el día en que se haya realizado el pago, porque de lo contrario se estaría en contra del precedente transcrito.

Concluyó solicitando tener en cuenta a la hora de emitir fallo, las pruebas aportadas al proceso y conceder favorablemente las pretensiones de la demanda.

2. Parte demandada

2.1. Nación –Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- (fls. 134-135)

La apoderada resaltó su oposición a que se ordene el pago de la sanción, ya que el acto administrativo demandado se encuentra revestido de la presunción de legalidad y que incumbe a la parte probar el supuesto de hecho que las normas consagran en el efecto jurídico que esta persigue.

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda respecto a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene establecido un procedimiento especial contenido en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005, a favor de los afiliados al mismo, régimen que contempla la participación de las entidades territoriales y a la Fiduprevisora para el reconocimiento pretendido.

Agregó que la parte demandante no tuvo en cuenta que la disponibilidad del pago está sujeto a factores de orden presupuestal y cronológico.

Adujo que en consonancia con lo anterior la entidad que representa se acoge al principio de legalidad y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción

moratoria ha establecido el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional y solicitó la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al tiempo que resaltó que en los casos en que no se cumplen los pagos en tiempo se debe demostrar que existe mala fe por parte del empleador para el no pago de lo mismo.

Finalmente solicito que se accediera a las pretensiones de la demanda y no se condene en costas a la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad el Ministerio Público no emitió concepto alguno.

VIII. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de Litis.

8.1. Problema jurídico.

En audiencia inicial realizada el 12 de febrero de 2019¹ se estableció el problema a resolver en los siguientes términos:

"Establecer si se generó o no un acto ficto o presunto derivado de la no resolución de la solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria elevada el 12 de mayo de 2017.

*Corresponde a este Despacho determinar si en el presente caso la demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, por el pago extemporáneo de sus **cesantías parciales**, en virtud de la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.*

En caso afirmativo, se deberá establecer si a la accionada: Nación Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- le corresponde realizar el pago efectivo de esta y finalmente, si operó el fenómeno jurídico de la prescripción." (vto. 106)

8.1.1. TESIS DEL DEMANDANTE

La entidad demandada está obligada a reconocer y pagar la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de mora, desde el día 66 hábil siguiente a la radicación de la solicitud de pago de las cesantías parciales 03 de enero de 2014 y hasta el 22 de mayo de 2014 fecha de pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 31 de julio de 2006.

8.1.2. TESIS DEL DEMANDADO - NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-

El demandante no tiene derecho al pago de la sanción moratoria toda vez que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y su Decreto reglamentario 2831 de 2005, es el aplicable al caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no puede aplicarse la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006 y menos aún hacer extensiva una sanción establecida en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno del auxilio de cesantías.

8.1.3. Tesis del Despacho

La demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus

¹ Folios 104-107 y vto.

cesantías **parciales**, a razón de un día de salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **12 de mayo de 2014 hasta el 19 de mayo de 2014**, la cual se liquidará con base en la asignación básica **vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**.

9.2. De la normatividad aplicable.

9.2.1. Procedencia de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías de los docentes oficiales.

En primer lugar, debe decirse que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran cobijados por el régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el cual se previó un sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados (entiéndase los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976) vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y el anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, para los nacionalizados vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 y aquellos del orden nacional (vinculados a partir del 1 de enero de 1976, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975 numeral 2. art. 1. ley 91 de 1989) de la forma en que sigue:

"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 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

3. Cesantías:

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 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, 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."

Del texto en cita, se advierte que la norma no señaló el régimen aplicable a los docentes territoriales, no obstante, el artículo 4 ibídem creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

En ese orden de ideas; i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 -lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales-, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad sujeto al reconocimiento de intereses.

Sin embargo, nada se dijo respecto de la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social, pero la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, reglamentó el reconocimiento de las **cesantías definitivas o parciales** para los trabajadores y servidores del Estado, extendiendo el tema de la sanción moratoria por el pago tardío a las mismas, fijado un término perentorio e imponiendo la sanción por el pago extemporáneo ante su incumplimiento, así lo dispuso:

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

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de las diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un **plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.**

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

Así las cosas, el pago de la moratoria es una sanción a cargo del empleador incumplido, en favor del trabajador, la cual fue creada con el fin de indemnizar los daños que se causan a éste, por la morosidad en el reconocimiento y pago de la liquidación, ya sea que se trate del auxilio de cesantías parciales o definitivas.

Adicionalmente, a partir de los artículos citados, se advierte que la administración cuenta con un plazo de 15 días contados a partir de la respectiva petición, o de su complementación si es del caso, para emitir el acto de reconocimiento y liquidación de las cesantías; una vez ejecutoriada dicha decisión, la entidad cuenta con 45 días para realizar el pago respectivo, so pena de incurrir en la sanción moratoria.

De otra parte, vale la pena destacar que el artículo 2 de la Ley 1071 de 2006, determinó como destinatarios de la misma, a los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, 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 los trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, sin que se dijera que la sanción moratoria era aplicable a los docentes oficiales.

Es decir, como quiera que la Ley 91 de 1989 no previó sanción por la mora en el pago de las cesantías de los docentes, así como tampoco lo hicieron las Leyes 244 de 2005 y 1071 de 2006, las cuales no señalaron expresamente que la sanción moratoria de las cesantías debía ser aplicada también a los docentes, se generó inicialmente la incertidumbre respecto de este tema, el cual no había sido pacífico.

No obstante, la Corte Constitucional en **sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017**, unificó su criterio estableciendo que los docentes sí tenían derecho al reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías y fijó las siguientes sub-reglas:

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

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

En ese orden de ideas, puede afirmarse que la Corte Constitucional avala el reconocimiento de la sanción moratoria en el caso de los docentes oficiales a la luz de lo dispuesto en las normas generales, esto es, de las **Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006**.

Por su parte el Consejo de Estado emitió **sentencia de unificación** a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, **CE-SUJ-SII-012- de 18 de julio de 2018, M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra**, expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, demandante: Jorge Luis Ospina Cardona, demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Departamento del Tolima, optando también por reconocer la sanción moratoria en el caso de los docentes **sin distinción alguna**, teniendo en cuenta las normas generales, es decir, sin considerar que su régimen especial no contempló expresamente tal derecho; precisando que el docente oficial al tratarse de un servidor público, le es aplicable la ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías se refiere.

Allí se expuso:

“(…)Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional (…)” (Negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, del texto en cita, se recordará que al tratarse de un pronunciamiento de unificación, éste constituye precedente vertical obligatorio, el cual será acogido por esta instancia judicial, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 de la Ley 1437 de 2011², es

² **ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Artículo 270.- SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al

decir, en cumplimiento del precedente citado, este Despacho dará aplicación a las disposiciones fijadas por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta el carácter vinculante de las decisiones de los órganos de cierre jurisdiccional.

Ahora bien, en lo relacionado con el trámite de conteo de términos para establecer la mora de la entidad, el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 en la sentencia de unificación indicó:

"En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social —cesantías parciales o definitivas— o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006¹), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011²) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de 1984, artículo 51³], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006⁴."

Igualmente, en la citada sentencia de unificación se fijaron las siguientes sub reglas:

*"(...) PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.*

SEGUNDO: 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 como 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.*

decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

¹ «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. (...) Artículo 4. 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.»

² ARTÍCULO 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. Í • - I ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Las actas administrativas quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso. 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos. 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos. 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos. 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

³ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso por escrito, en la diligencia de notificación personal, a dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la dictación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

(...)

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

(...)"

⁴ Artículo 50. 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 pública, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

⁵ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 -- Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez - Expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación —Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio — Departamento de Tolima.

- 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 cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley (Artículo 69 CPACA), 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 manifestó. 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.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo, y por ende, aplicable de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.

Así mismo, que al reconocer un derecho, será extensible en los términos previstos en los artículos 10, 102 y 269 del CPACA.

(...)"

Frente a la aplicación del régimen especial de cesantías docente, el H. Consejo de Estado al unificar su jurisprudencia señaló que el **Decreto 2831 de 2005 debía ser inaplicable** ya que establece un nuevo término para el pago de las cesantías que resulta regresivo y de conformidad con la doctrina constitucional, deben prevalecer las leyes expedidas por el Congreso de la República en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 150 de la Constitución Política frente a las disposiciones de inferior rango jerárquico como los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, por lo que se ha de entender que prevalece en su aplicación, la Ley 1071 de 2006.

De lo anterior se concluye, que para efectos del reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas al personal docente, deberán aplicarse los términos señalados en la Ley 1071 de 2006, dada su naturaleza de servidores públicos tal como se explicó anteriormente.

Finalmente, respecto de los efectos de la aplicación de la sentencia de unificación, el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa, en el numeral quinto que la sentencia pluricitada del 18 de julio de 2018, dispuso que los efectos de la misma serían retrospectivos, es decir, que resultan aplicables de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial, de modo que resulta plenamente aplicable al presente asunto.

Ahora bien, vale la pena destacar que en ninguna de las sentencias de unificación ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado, realizaron algún tipo de diferenciación respecto de los docentes a quienes les asistía el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, desde la perspectiva de si el docente pertenecía al régimen retroactivo a anulado de cesantías; lo anterior, toda vez que se dejó claro que el ámbito de aplicación de la sanción de la Ley 244 de 1995 y de la Ley 1071 de 2006 se determina por la condición de servidor público, la cual le asiste a los docentes oficiales en calidad de empleados públicos de la rama ejecutiva, a quienes en consecuencia, les cobija la sanción moratoria.

Al respecto vale la pena aclarar que una cosa es la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad, contenida en la Ley 50 de 1990, la cual no le es aplicable a los docentes, por cuanto la misma implica una sanción al empleador que no realizó la consignación oportunamente, más no puede ser endilgada al trabajador.

Argumentando lo anterior el Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2017⁸ dispuso respecto de la diferencia entre la no consignación oportuna de las cesantías en el Fondo respectivo y la sanción moratoria lo siguiente:

"(...)

De lo anterior la importancia de distinguir entre (i) la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías del empleador al fondo privado, que es la que consagra la Ley 50 de 1990, la cual pretende el demandante y (ii) la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG y al docente que las ha requerido, cuyo fundamento está dado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2016.

Ello significa que en la normatividad a la que se encuentran sometidos los docentes del Estado, en materia de cesantías, no existe la sanción moratoria por su consignación tardía al fondo pues aquel no opera bajo la misma dinámica del régimen que fija la Ley 50 de 1990. Mientras que en esta última el empleador tiene la obligación de trasladar esta prestación social al fondo privado a más tardar el 14 de febrero de cada año, bajo la Ley 91 de 1989, le compete a la Nación el suministro de las cesantías y es ella misma quien procede a su pago por medio de los recursos dispuestos en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual debe recordarse carece de personería jurídica."

En consecuencia, como lo dispuso el Consejo de Estado, no se debe confundir la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, con la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, pues esta última hace referencia a la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG al docente que las ha requerido, mientras que en la primera se trata el tema de la no consignación anual oportuna de las cesantías.

Para concluir, tenemos entonces, que si el criterio determinante para la aplicabilidad de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías contemplado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 es la connotación de servidor público que le asiste a los docentes del servicio oficial, en nada influye el régimen de cesantías que estos ostenten ya sea anualizado o retroactivo, máxime cuando la Corte Constitucional afirmó que el pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y ello cubija a todos los funcionarios públicos de las tres ramas del poder, sin que de allí puedan ser excluidos los docentes oficiales, quienes también tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las mismas.

En reciente sentencia de unificación SU 332 del 25 de julio de 2019 la Corte Constitucional, dispuso respecto de la procedencia del pago de la sanción moratoria, lo siguiente:

"En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías."

⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Sentencia fechada del siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00212-01(2188-15) Actor: ABIEL FERNÁNDEZ ALVARADO - Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Así las cosas, no hay lugar a dudas que los docentes al ser servidores públicos independientemente del régimen de cesantías a que pertenezcan, son beneficiarios del reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Realizadas las anteriores precisiones, se procederá entonces a realizar el fondo del asunto a efectos de determinar si el asiste derecho al demandante al pago de la sanción moratoria.

10. Del caso concreto:

A efectos de resolver el problema jurídico propuesto este estrado judicial, en primer lugar, resolverá si en el presente se configuró **la existencia del acto ficto o presunto**, lo cual se hará de la siguiente manera:

En el presente asunto el apoderado de la parte demandante solicita declarar la nulidad del acto ficto con ocasión al silencio que frente a la solicitud de pago de la sanción moratoria se originó, toda vez que no se resolvió de fondo dicha solicitud.

En este orden de ideas se dirá que se encuentra acreditado dentro del plenario que la demandante el **12 de mayo de 2017**, a través de apoderado presentó derecho de petición dirigido a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, Secretaría de Educación- solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sin obtener respuesta.

Al respecto el Consejo de Estado, en sentencia del 8 de marzo de 2007⁹, dispuso respecto del silencio administrativo:

“Con el fin de asegurar la efectividad de los derechos constitucionales de Petición (artículo 23, C.P.), y, principalmente, de Acceso a la Administración de Justicia (artículo 229, C.P.), la normatividad nacional ha previsto, como instituto que opera como una garantía, exclusivamente en favor de los peticionarios, que una vez transcurra el término consagrado en la ley para que las autoridades respondan las peticiones que les sean formuladas, sin que el solicitante hubiere obtenido decisión que la resuelva, opere el silencio administrativo, en virtud del cual se entiende, para los efectos jurídicos a que haya lugar, que la Administración adoptó la decisión correspondiente con la cual decide de fondo la petición que le ha sido elevada, decisión que estará contenida en lo que se ha convenido en denominar como acto administrativo ficto o presunto, el cual bien puede ser negativo o positivo”

Así las cosas, como quiera que la demandante, presentó petición tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria ante la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, se recordará que con base en el marco normativo descrito, al ente territorial le correspondía dar trámite a la solicitud dirigida al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto esta última debía haberse pronunciado al respecto.

Así las cosas, en virtud del artículo 83 del CPACA el cual contempla la ocurrencia del silencio negativo, indicando que **transcurridos tres (3) meses** contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva; se configura el fenómeno jurídico de acto ficto presunto negativo.

Al respecto debe decirse que el hecho de que la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la petición formulada no lo haya hecho y se encuentre vencido el término de los 3 meses que consagra la norma, este estrado judicial concluye que **se configuró la existencia de un acto administrativo ficto o presunto**, que da origen al silencio administrativo negativo.

Realizada la anterior precisión del material probatorio arrojado al plenario, se advierte lo siguiente:

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 8 de marzo de 2007, C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ bajo Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01143 01(14850).

Que la demandante se viene desempeñando al servicio de la docencia **desde el 16 de marzo de 1993 a la fecha**, tal como se acredita con el certificado de historia laboral expedido el 18 de abril de 2017, por la profesional especializada de la Secretaría de Educación de Boyacá (fls. 50-51)

A través de petición radicada bajo el No. 2013-CES-035846 del **25 de septiembre de 2013**, la señora Flor Marina Avella Vergara, solicitó el reconocimiento y pago de las **cesantías parciales** que le correspondían por los servicios prestados como docente (fl. 54); así mismo se acredita con la Resolución No. 000987 del 10 de marzo de 2014, por la cual se reconoce y ordena el pago de la referida prestación (fls. 10-11).

Mediante Resolución No. 000987 del 10 de marzo de 2014, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una **cesantía parcial** a la demandante, por un valor de \$25.771.178 (fls. 10-11).

Que de acuerdo a la certificación expedida por la Subgerente de Gestión Operativa Institucional del Banco BBVA sucursal Bogotá, de fecha 27 de febrero de 2019, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, puso a disposición el pago de cesantía a la docente Flor Marina Avella Vergara, el **20 de mayo de 2014**, por valor de \$25.771.178 (fl. 112)

Por medio de solicitud radicada bajo el No. 2017PQR23773 de **12 de mayo de 2017**, la accionante actuando a través de apoderado, solicitó a la Secretaría de Educación de Boyacá –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls. 14-16)

Con base en lo anterior y de acuerdo al marco normativo y jurisprudencial expuesto en la presente decisión, se dirá que a la señora **Flor Marina Avella Vergara**, en calidad de docente oficial, le es aplicable la Ley 1071 de 2006 teniendo en cuenta que su vinculación al servicio educativo data desde el 16 de marzo de 1993. Aplicando las subreglas fijadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, esta instancia debe determinar si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora a la hora de reconocer y pagar sus cesantías parciales.

Con base en lo anterior, se dirá que a la señora Flor Marina Avella Vergara, en calidad de docente oficial, le es aplicable la Ley 1071 de 2006 y que corresponde entonces, a este estrado judicial determinar con base en la información citada y las subreglas fijadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora a la hora de reconocer y pagar sus cesantías parciales, lo cual se hará de la forma en que sigue:

Teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento de las cesantías, fue radicada el **25 de septiembre de 2013**, los 15 días previstos en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 para la expedición del acto correspondiente vencieron el **17 de octubre de 2013**, sin embargo, la entidad incumplió con este término, porque sólo hasta el **10 de marzo de 2014** profirió la Resolución No. 000987, esto es cuando habían transcurrido 4 meses y 27 días, después del vencimiento de la oportunidad fijada en la Ley.

Así las cosas, acatando la sentencia de unificación del Consejo de Estado, se aplicará la sub-regla jurisprudencial relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del termino de ley, en consecuencia, la sanción moratoria en el asunto bajo estudio empieza a correr a partir de los 70 días hábiles, siguientes a la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las **cesantías parciales**, 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.

En consecuencia, para mayor ilustración se tiene que en el presente asunto no se tomará en cuenta la fecha de notificación del acto administrativo y en su lugar se contarán los términos en aplicación de la referida regla jurisprudencial, por lo que la fecha de **ejecutoria** del correspondiente acto administrativo – 10 días (arts. 76 y 87 CPACA), sería el **31 de octubre de 2013** y el vencimiento del término para pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006) sería **09 de enero de 2014**.

El siguiente cuadro ilustra los términos conforme a la regla jurisprudencial:

Actuación -Término-	Fecha	Caso concreto
Fecha de la reclamación de las cesantías parciales	25/09/2013	
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	17/10/2013	Fecha de reconocimiento: 10/03/2014
Vencimiento del término de ejecutoria - 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	31/10/2013	
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	09/01/2014	Fecha de pago: 20/05/2014 Período de mora: 10/01/2014-19/05/2014

Tal como se evidencia, se causó un período de mora desde el **10 de enero de 2014 hasta el 19 de mayo de 2014**, día anterior a aquél en que la Fiduprevisora realizó el pago de las **cesantías parciales**, generándose un retardo de **129 días**, mora que conforme al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, tendrá que pagarse a razón de un día de salario por cada día de retraso en la cancelación de las cesantías, sin que en dicho cómputo se distingan días hábiles o inhábiles, por lo que deberán contabilizarse días calendario.

La mora cesó el día en que la entidad Fondo Nacional de Prestaciones Sociales pagó, es decir el día 20 de mayo de 2014, tal como lo certificó el Banco BBVA.

Ahora, valga recordar que el salario base para calcular la sanción moratoria por el pago tardío de las **cesantías parciales**, es la **asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**, es decir, que para el caso bajo estudio se tendrá en cuenta la devengada por la actora en los meses en que incurrió en mora la entidad sin perjuicio de la ocurrencia de la prescripción parcial en lo reclamado.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto ficto derivado de la no resolución de la petición radicada con el **No. 2017PQR23773 del 12 de mayo de 2017**, negándose con este, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, por falsa motivación.

Igualmente, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada competente, que proceda al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de la demandante, en razón de un día de salario por cada día de mora acreditados, esto es causados entre el **12 de mayo de 2014 hasta el 19 de mayo de 2014, toda vez que la sanción causada desde el 10 de enero de 2014 hasta el 11 de mayo de 2014 se encuentra prescrita, tal como se explicará en párrafos más adelante**, por consiguiente se liquidará con base en la asignación básica **vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**, es decir, la devengada por la actora en el mes de mayo de 2014.

Ahora bien, resuelto el segundo problema jurídico a resolver en el sentido de establecer que la demandante si tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se resolverá a qué entidad le corresponde asumir dicha obligación

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, por lo que para el efecto el Gobierno Nacional debía suscribir el correspondiente contrato de fiducia mercantil.

Ahora bien según el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dentro de las atribuciones conferidas al Fondo están las de atender las prestaciones sociales de los docentes oficiales, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial

certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente sin despojar al FNPSM de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Debe aclararse que el referido artículo es la norma aplicable al caso en estudio, toda vez que es el que se encontraba vigente al momento en que se adelantó la actuación administrativa, no obstante el mismo fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, que reguló el tema en su artículo 57. Dicha disposición no rige el asunto porque la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el **25 de septiembre de 2013** y la sanción moratoria se causó el **12 de mayo de 2014 hasta el 19 de mayo de 2014**, es decir con anterioridad a la expedición de la mencionada ley.

Así las cosas, el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** es quien debe asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales afiliados a éste, pese a la existencia de un procedimiento administrativo especial para el trámite de las solicitudes presentadas en el que concurren las Secretarías de Educación territoriales certificadas y la administradora de los recursos del Fondo, es decir, la Fiduciaria Fiduprevisora S.A., trámites que han sido dispuestos para racionalizar el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones, evitándose involucrar a los entes territoriales y a la Fiduciaria, en responsabilidades relacionadas con las prestaciones de los docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior, resulta acertado en el asunto bajo estudio, pues la petición elevada dirigida a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las **cesantías parciales**, de la cual se derivaron los actos administrativos enjuiciados, fue radicada ante la Nación-Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación de Boyacá¹⁰, y quien por haber respondido, tendría que haber actuado en ejercicio de las facultades conferidas en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y en el Decreto 1075 de 2015, es decir, en representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En consecuencia, ante la prosperidad de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la entidad llamada a responder por las pretensiones de la demanda es la **Nación – Ministerio de Educación Nacional**, en su **condición de titular de la cuenta conformada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, sin que pueda afirmarse que las competencias asignadas a las autoridades territoriales o a la entidad fiduciaria, la releven de tal obligación.

Con base en lo anterior, se niega la prosperidad de la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Prescripción

Así las cosas, se citará la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 15 de febrero de 2018¹¹, en la cual se dispuso respecto de la prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, lo siguiente:

“Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016¹², referida líneas atrás, la sanción moratoria se debe reclamar desde que esta se hace exigible, so pena de que opere la prescripción, al respecto:

« [...] Prescripción de los salarios moratorios

¹⁰ Folios 14-16.

¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda-Subsección A-, C.P. Dr. William Hernández Gómez, expediente Na. 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14), quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018).

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14). Apelación sentencia - autoridades municipales. Actor: Yesenio Esther Hereira Castillo. Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016.

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios¹³ a la prestación "cesantías".

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador¹⁴ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

"ARTÍCULO 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969¹⁵, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Subraya de la Subsección)"

En ese orden de ideas, en aplicación del criterio jurisprudencial referido, según el cual la sanción moratoria es prescriptible, se debe aplicar el término previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, el cual establece el término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho, que puede ser interrumpido, por una sola vez, con el simple reclamo del trabajador.

Así las cosas, en el caso bajo estudio se advierte que el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible **desde el primer día de mora**, esto es desde el **10 de enero de 2014**, por consiguiente, el término de los 3 años previsto para reclamar el pago respectivo sin que operara el fenómeno extintivo, vencía el **10 de enero de 2017**; sin embargo la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que tratan las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 por el no pago oportuno de las cesantías parciales hasta el **12 de mayo de 2017** (fls. 14-16), interrumpiendo dicho término hasta esa fecha, lo que permite concluir que en el presente asunto se configuró el fenómeno prescriptivo de la sanción causada con anterioridad al 11 de mayo de 2014 y por consiguiente el periodo comprendido entre el **10 de enero de 2014 al 11 de mayo de 2014 se encuentra prescrito, por lo cual solo podrá reconocerse y pagarse la sanción moratoria desde el 12 de mayo de 2014 hasta el 19 de mayo de 2014.**

Finalmente, respecto de la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, dispuso:

¹³ Tal indemnización no tiene el carácter de accesorio a las cesantías, como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

¹⁴ En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción "busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora..."

¹⁵ Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).

"(...) que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. (...)".

Lo anterior significa, que la sanción moratoria es incompatible con la indexación, toda vez que ésta no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior; así como, la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, lo que determina la improcedencia de reconocer los ajustes de valor de la sanción moratoria mientras esta opere; lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

No obstante, resulta relevante citar sentencia reciente del 16 de mayo de 2019, proferida por la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro del expediente No. 15001 3333 006 2017-00068-01, demandante: Doris Marcelle Sainea Escobar y demandado: Ministerio de Educación Nacional — FNPSM-; en el cual se rectificó postura respecto al pago de indexación de que trata el artículo 187 ibídem, pues aclaró que si bien en anteriores oportunidades de conformidad con el literal cuarto de la parte resolutive de la sentencia de unificación (Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018), se venía accediendo a la indexación de las sumas constitutivas de la sanción en sí misma, y no a la indexación del salario diario, el Consejo de Estado en posteriores pronunciamientos a la SU, tanto en la Subsección "A" como en la Subsección "B" de la Sección Segunda de esa corporación, expuso que no es procedente la indexación de la condena, toda vez que dicho ajuste es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria porque conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económica¹⁶.

En este orden de ideas, se niega la indexación de las sumas que resulten a favor de la parte actora producto de la sanción moratoria y de la condena.

Costas

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

*"ART. 188. **Condena en costas.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

No obstante, de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso, se tiene que, en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, la demanda prosperó en forma parcial, razón por la que en el presente asunto el **Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en la norma citada.**

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL 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 PARCIALMENTE PROBADA la excepción denominada **prescripción** propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, únicamente para el periodo comprendido entre el **10 de enero de 2014 hasta el 11 de mayo de 2014**, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada **falta de legitimación en la causa por pasiva**, propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto en la parte motiva.

¹⁶ Criterio asumido por la Sala de Decisión Nro. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá MP Luis Ernesto Arciniegas Triana. Exped. 15001- 3333-015- 2017-00146-01 del 28 de agosto de 2019.

TERCERO. - DECLARAR la nulidad del acto ficto producto de la ocurrencia del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición de fecha 12 de mayo de 2017, a través de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales, conforme a lo expuesto.

CUARTO. - CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer, liquidar y pagar a la señora Flor Marina Avella Vergara, identificada con C.C. No. 24.166.687 de Tibasosa, la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías parciales, a razón de un día de salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **12 de mayo de 2014 hasta el 19 de mayo de 2014**, la cual se liquidará con base en la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. - La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

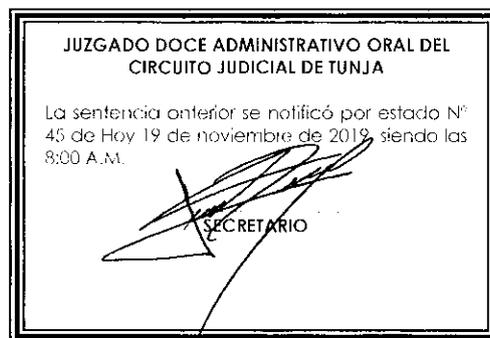
SEXTO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

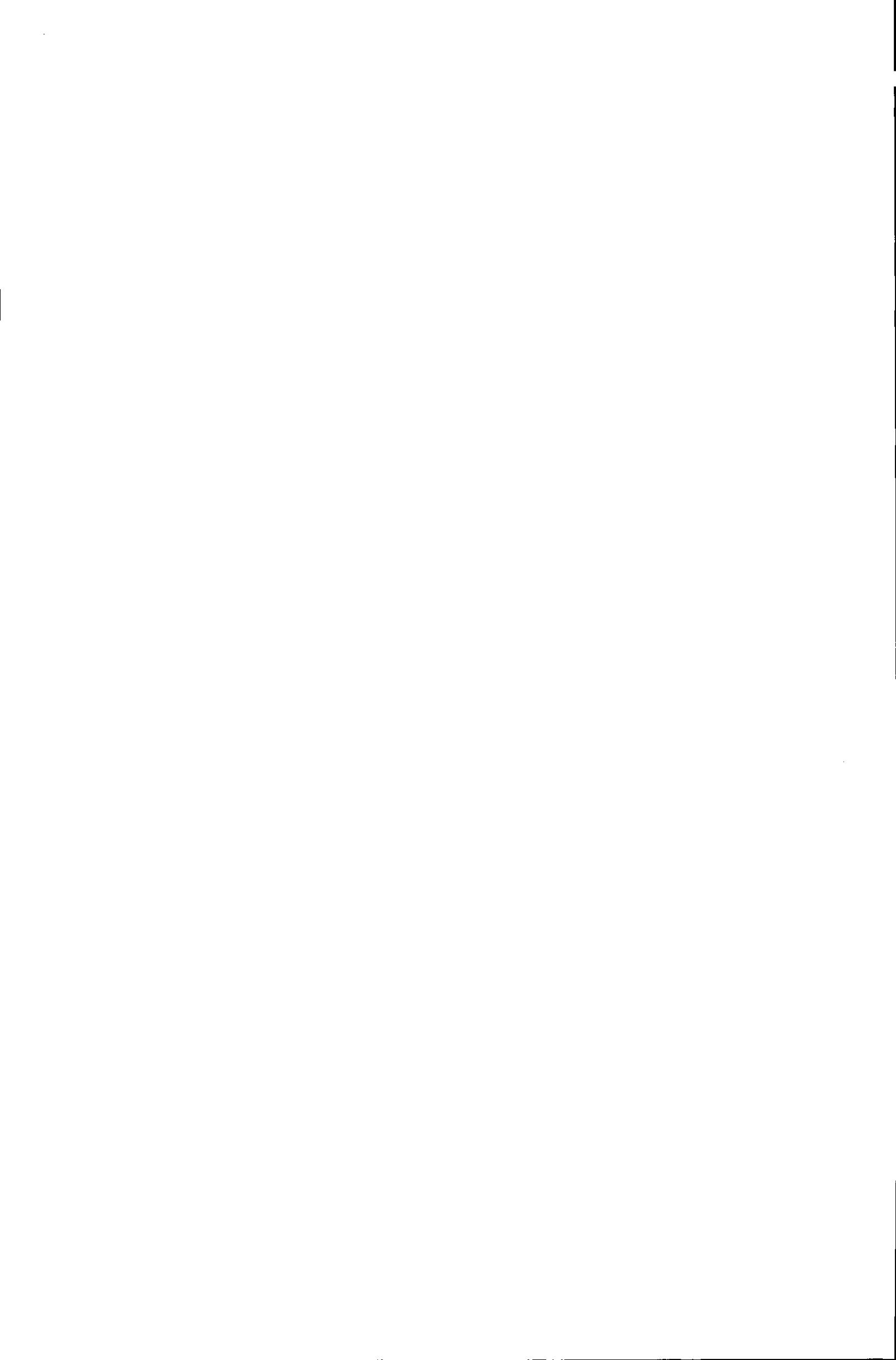
SÉPTIMO. - NO CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO. - En firme la presente decisión, archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez







REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 23 de 2019

Tunja, dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 – 201B – 00073 – 00
Demandante: FABIOLA SALAZAR LEÓN
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FNPSM

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por la señora **FABIOLA SALAZAR LEÓN**, en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, la señora **Fabiola Salazar León**, solicita se declare la nulidad del Acto ficto presunto negativo, por medio del cual la Secretaría de Educación en nombre de la Nación – MEN – FNPSM-, negó el derecho de petición por medio del cual se solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de mora, a partir del día hábil 66 siguiente a la radicación, es decir desde el 11 de agosto de 2016, hasta el día de pago final, esto es 25 de octubre de 2016, en virtud de la Ley 1071 de 31 de julio de 2006; que las sumas de dinero sean indexadas mes a mes desde la fecha de su exigibilidad hasta la fecha de pago efectivo; que se reconozcan intereses moratorios; que se condene en costas y agencias en derecho y que la liquidación de las condenas y el cumplimiento de la sentencia se efectúe de conformidad con el artículo 192 del CPACA, (fls. 63-65).

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Teniendo en cuenta la fijación del litigio realizada dentro de la audiencia inicial llevada a cabo el 12 de febrero de 2019 obrante a folios 107-110 y vto., los hechos referenciados por el apoderado son los siguientes:

Adujo que la demandante ha laborado al servicio de la educación pública y que mediante petición radicada bajo el No. 2016-CES-329375 del 03 de mayo de 2016, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías parciales.

Indicó que a través de la Resolución No. 003995 del 24 de junio de 2016, las entidades demandadas, reconocieron y ordenaron el pago de las cesantías parciales y que el valor reconocido en la Resolución anterior, le fue cancelado como consta en el recibo de pago hasta el 25 de octubre de 2016.

Finalmente indicó que por medio de derecho de petición, se solicitó a las entidades demandadas el pago por concepto de sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías, correspondiente a un día de salario por cada día de mora, desde los (65) días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la petición de las cesantías (fl. 3).

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, considera el apoderado de la parte demandante que se vulneraron las siguientes normas:

CONSTITUCIONALES: Preámbulo, 1º, 4º, 6º, 25º, 29º, 83º, 90º, 93º, 94º, 121º, 122º, 209º.

LEGALES: Ley 244 de 1995 y los artículos 2, 3, 4, y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que el principio de la igualdad se conculca, cuando las demandadas, ponen en situación de desventaja a la demandante frente a los docentes a los que se les han cancelado las cesantías parciales y/o definitivas dentro del término estipulado por la ley 1071 del 31 de julio de 2006; es por lo mismo que se discute el acto administrativo demandado, con el fin de corregir la desigualdad que existente entre iguales, más aún cuando la ley prevé una sanción por la mora injustificada en el reconocimiento y pago de las cesantías a partir día hábil sesenta y seis (66), contados a partir de la fecha de la radicación de la solicitud.

Igualmente indicó que el someter a la demandante al retardo injustificado se atenta contra su dignidad humana, más aún cuando no existen razones de fondo para demorar el pago de las cesantías parciales y/o definitivas, sin embargo la Ley 1071 de 2006, de contempla la sanción en contraprestación a la tardanza de la entidad en reconocer y pagar dicho emolumento.

Señaló que las demandadas violan preámbulo de la Constitución, el cual dispone asegurar a los asociados el trabajo, la justicia, la igualdad y la seguridad social, hecho que no se cumplió, pues se allegó la documentación necesaria con la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales, no obstante pasados los 65 días hábiles para el pago, la entidad no se pronunció dentro del término legal, perjudicando los intereses de la demandante respecto de los dineros de las cesantías fruto de su esfuerzo y trabajo al servicio de la docencia.

Adujo que se vulneró el artículo 2 superior, pues es deber del Estado, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos de los asociados, al expedirse el Acto impugnado se actuó de manera indebida al vulnerar los derechos de la demandante, porque se emiten actos administrativos en contra de la Ley, a sabiendas que los requisitos se cumplieron, olvidando de otra parte que los derechos laborales son irrenunciables.

Señaló como violentado el artículo 53 constitucional pues a la demandante se le dio un trato diferente y desigual de sus compañeros, a pesar de haber cumplido con los mismos requisitos, funciones, horarios, labores, tipo de posesión, exigidos; obligándola a recurrir a la Justicia, con el fin de dirimir el reconocimiento de sus derechos prestacionales (cesantías), lo que implica que tiene prioridad aquí la voluntad del Constituyente cuando dio el carácter de irrenunciable a los derechos laborales y prestacionales; además señaló que fue claro el Constituyente Primario a elevar a canon Constitucional el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, lo que implica que en el sub-judice así la administración utilice indebidamente el contenido de la norma, prevalece el cumplimiento real de los requisitos por la demandante, para acceder a lo que realmente tiene derecho.

Igualmente consideró como violado el Acuerdo 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que a su vez modifica los Acuerdos del 11 de enero de 1995 y No. 1 del 26 de junio de 1996 que rige a los docentes afiliados al fondo pues por medio de estas disposiciones se establece el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías parciales a cargo del F.N.P.S.M, para aquellos docentes que se encuentren vinculados a dicho fondo.

Consideró violentada la Ley 244 de 1995, pues se ocasiona un grave perjuicio al erario público, porque al no cancelar de forma oportuna las cesantías parciales y/o definitivas, se da aplicación a esta normatividad donde se establece que: "En caso de mora en el pago de las

lo que no puede darse aplicación extensiva a sanciones que no han sido dispuestas por la norma aplicable al sub examine.

De las excepciones propuestas

2.2.1. Falta de Legitimación en la casusa por pasiva

Afirmó que no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que esta obligación le corresponde a la secretaría de educación respectiva.

Sostuvo que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio autónomo, cuyos recursos están destinados al pago de las prestaciones que los entes territoriales reconozcan en su planta docente a través de las secretarías de educación, por lo que no puede imputársele a la Nación - Ministerio de Educación responsabilidad relacionada con el reconocimiento de prestaciones, lo anterior en virtud del proceso de descentralización de la educación contemplado en la Ley 60 de 1993 y 715 de 2001.

Agregó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, funciona a través de un Consejo Directivo presidido por el Ministerio de Educación Nacional quien fue autorizado en su momento por el Gobierno Nacional para suscribir contrato de fiducia para la administración de los recursos destinados al pago de las prestaciones.

Reiteró que la accionada en el presente proceso no intervino en gestión alguna respecto al trámite de solicitud de la prestación, que no es un ente pagador de los recursos del fondo y que estos son administrados por la entidad fiduciaria, sin que en su titularidad aparezca el Ministerio de Educación Nacional, finalmente, sostuvo que no es la entidad pagadora del fondo ni de la fiduciario (fls. 93-95)

2.2.2. Prescripción

Afirmó que en virtud del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos laborales prescriben en el término de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, razón por la cual solicitó que en el evento de prosperar las pretensiones, se declare la prescripción de las mesadas causadas en los últimos 3 años (fl. 95)

2.2.3. Genérica

Solicitó reconocer oficiosamente, las que resulten demostradas en el proceso, en aplicación del artículo 282 del C.G.P. (fl. 95)

III. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dentro del término legal se corrió traslado de las excepciones propuestas por las partes (fl. 102-103), frente a las cuales el apoderado de la parte actora guardó silencio.

IV. AUDIENCIA INICIAL

Mediante auto del 29 de noviembre de 2018 (fl. 104 y vto.) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del CPACA.

Dicha diligencia se llevó a cabo el día señalado (fls. 107-110 y vto.) y se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo, saneando el proceso, pronunciándose sobre las excepciones propuestas y fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones (minuto 03:08 a 13:09).

Una vez las partes manifestaron su acuerdo en la fijación del litigio, se prosiguió a agotar la etapa de conciliación y a decretar las pruebas de las partes y de oficio (minuto 15:07 a 18:34)

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se practicó una audiencia de pruebas en la cual se recaudó la totalidad de las mismas, las cuales habían sido decretadas en audiencia inicial, diligencia que fue realizada el 07 de mayo de 2019, igualmente, en esta se consideró innecesario llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento, motivo por el cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la realización de la misma (fls. 122-123).

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte demandante (fls. 131-132)

El apoderado de la demandante indicó que el proceso se acreditó que mediante Resolución No. 003995, expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, le fue reconocido a la señora Fabiola Salazar León el pago de una cesantía parcial, cuyo pago extemporáneo fue efectuado hasta el 27 de octubre de 2016, como consta en el recibo de pago.

Que igualmente se probó sin oposición de las entidades demandadas, que se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de una cesantía, petición ante la cual no hubo respuesta alguna.

Señaló que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, establecen los parámetros que la administración debe seguir para el pago de las cesantías definitivas o parciales para servidores públicos, contando con un plazo máximo de 65 días hábiles contados a partir de la solicitud para el reconocimiento y pago de las mismas.

Adujo que la administración incurrió en tardanza no solo en el pago de la cesantía de la docente, sino también en la expedición de la resolución que la reconoce, configurándose mora en el trámite, violentando de manera flagrante los términos establecidos en las leyes anteriormente mencionadas.

Concluyó que no existe prueba documental que desvirtúe que las demandadas le cancelaron las cesantías dentro de los términos legales y solicito tener en cuenta a la hora de emitir fallo, las pruebas aportadas al proceso y conceder favorablemente las pretensiones de la demanda.

2. Parte demandada

2.1. Nación –Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- (fls. 134-135)

La apoderada resaltó su oposición a que se ordene el pago de la sanción, ya que el acto administrativo demandado se encuentra revestido de la presunción de legalidad y que incumbe a la parte probar el supuesto de hecho que las normas consagran en el efecto jurídico que esta persigue.

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda respecto a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene establecido un procedimiento especial contenido en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005, a favor de los afiliados al mismo, régimen que contempla la participación de las entidades territoriales y a la Fiduprevisora para el reconocimiento pretendido.

Agregó que la parte demandante no tuvo en cuenta que la disponibilidad del pago está sujeto a factores de orden presupuestal y cronológico.

Adujo que en consonancia con lo anterior la entidad que representa se acoge al principio de legalidad y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción moratoria ha establecido el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional y solicitó la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al tiempo que resaltó que en

los casos en que no se cumplen los pagos en tiempo se debe demostrar que existe mala fe por parte del empleador para el no pago de lo mismo.

Finalmente solicito que se acceda a las pretensiones de la demanda y no se condene en costas a la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad el Ministerio Público no emitió concepto alguno.

VIII. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de Litis.

8.1. Problema jurídico.

En audiencia inicial realizada el 12 de febrero de 2019¹ se estableció el problema a resolver en los siguientes términos:

*“Corresponde a este Despacho determinar si en el presente caso la demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, por el pago extemporáneo de sus **cesantías parciales**, en virtud de la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.*

En caso afirmativo, se deberá establecer si a la accionada: Nación Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- le corresponde realizar el pago efectivo de esta y finalmente, si operó el fenómeno jurídico de la prescripción.” (vto. 97)

8.1.1. TESIS DEL DEMANDANTE

La entidad demandada está obligada a reconocer y pagar la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de mora, desde el día 66 hábil siguiente a la radicación de la solicitud de pago de las cesantías parciales 11 de agosto de 2016 y hasta el 25 de octubre de 2016 fecha de pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 31 de julio de 2006.

8.1.2. TESIS DEL DEMANDADO - NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-

El demandante no tiene derecho al pago de la sanción moratoria toda vez que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y su Decreto reglamentario 2831 de 2005, es el aplicable al caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no puede aplicarse la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006 y menos aún hacer extensiva una sanción establecida en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno del auxilio de cesantías.

8.1.3. Tesis del Despacho

La demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías **parciales**, a razón de un día de salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **18 de agosto de 2016 al 26 de octubre de 2016**, la cual se liquidará con base en la asignación básica **vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.**

¹ Folios 107-110 y vto.

9.2. De la normatividad aplicable.

9.2.1. Procedencia de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías de los docentes oficiales.

En primer lugar, debe decirse que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran cobijados por el régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el cual se previó un sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados (entiéndase los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976) vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y el anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, para los nacionalizados vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 y aquellos del orden nacional (vinculados a partir del 1 de enero de 1976, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975 numeral 2. art. 1. ley 91 de 1989) de la forma en que sigue:

“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 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

3. Cesantías:

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 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, 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 periodo. 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.”

Del texto en cita, se advierte que la norma no señaló el régimen aplicable a los docentes territoriales, no obstante, el artículo 4 *ibídem* creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

En ese orden de ideas; i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 -lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales-, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad sujeto al reconocimiento de intereses.

Sin embargo, nada se dijo respecto de la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social, pero la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, reglamentó el reconocimiento de las **cesantías definitivas o parciales** para los trabajadores y servidores del Estado, extendiendo el tema de la sanción moratoria por el pago tardío a las mismas, fijado un término perentorio e imponiendo la sanción por el pago extemporáneo ante su incumplimiento, así lo dispuso:

“ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. Dentro de los **quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud** de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las

cesantías, **deberá expedir la resolución correspondiente**, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informarse al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un **plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.**

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

Así las cosas, el pago de la moratoria es una sanción a cargo del empleador incumplido, en favor del trabajador, la cual fue creada con el fin de indemnizar los daños que se causan a éste, por la morosidad en el reconocimiento y pago de la liquidación, ya sea que se trate del auxilio de cesantías parciales o definitivas.

Adicionalmente, a partir de los artículos citados, se advierte que la administración cuenta con un plazo de 15 días contados a partir de la respectiva petición, o de su complementación si es del caso, para emitir el acto de reconocimiento y liquidación de las cesantías; una vez ejecutoriada dicha decisión, la entidad cuenta con 45 días para realizar el pago respectivo, so pena de incurrir en la sanción moratoria.

De otra parte, vale la pena destacar que el artículo 2 de la Ley 1071 de 2006, determinó como destinatarios de la misma, a los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, 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 los trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, sin que se dijera que la sanción moratoria era aplicable a los docentes oficiales.

Es decir, como quiera que la Ley 91 de 1989 no previó sanción por la mora en el pago de las cesantías de los docentes, así como tampoco lo hicieron las Leyes 244 de 2005 y 1071 de 2006, las cuales no señalaron expresamente que la sanción moratoria de las cesantías debía ser aplicada también a los docentes, se generó inicialmente la incertidumbre respecto de este tema, el cual no había sido pacífico.

No obstante, la Corte Constitucional en **sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017**, unificó su criterio estableciendo que los docentes sí tenían derecho al reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías y fijó las siguientes sub-reglas:

- i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva y por otro (el pago parcial de cesantías) permitir al trabajador satisfacer otras necesidades; bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador tiene derecho al pago de sus cesantías el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.
- ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.

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

En ese orden de ideas, puede afirmarse que la Corte Constitucional avala el reconocimiento de la sanción moratoria en el caso de los docentes oficiales a la luz de lo dispuesto en las normas generales, esto es, de las **Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006**.

Por su parte el Consejo de Estado emitió **sentencia de unificación** a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, **CE-SUJ-SII-012- de 18 de julio de 2018, M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra**, expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, demandante: Jorge Luis Ospina Cardona, demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Departamento del Tolima, optando también por reconocer la sanción moratoria en el caso de los docentes **sin distinción alguna**, teniendo en cuenta las normas generales, es decir, sin considerar que su régimen especial no contempló expresamente tal derecho; precisando que el docente oficial al tratarse de un servidor público, le es aplicable la ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías se refiere.

Allí se expuso:

"[...]Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional (...)" (Negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, del texto en cita, se recordará que al tratarse de un pronunciamiento de unificación, éste constituye precedente vertical obligatorio, el cual será acogido por esta instancia judicial, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 de la Ley 1437 de 2011², es decir, en cumplimiento del precedente citado, este Despacho dará aplicación a las disposiciones fijadas por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta el carácter vinculante de las decisiones de los órganos de cierre jurisdiccional.

² **ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Artículo 270.- SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que proferir o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Ahora bien, en lo relacionado con el trámite de conteo de términos para establecer la mora de la entidad, el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 en la sentencia de unificación indicó:

"En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social —cesantías parciales o definitivas— o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006¹), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011²) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de 1984, artículo 51³], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006⁴."

Igualmente, en la citada sentencia de unificación se fijaron las siguientes sub reglas:

"(...) PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: 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 profiriere la sanción moratoria por 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 de término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley (Artículo 69 CPACA), para que la entidad intentara notificarlo personalmente, en los 5 días para dar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 día para entregar el edicto, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio.*

¹ «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. (...)» Artículo 4. 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 determinadas en la ley.»

² ARTÍCULO 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. Í - • -1 ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación, según el caso. 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos. 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos. 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos. 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

³ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

(...)
Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

(...)"

⁴ Artículo 51. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir de la cual queda en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas y parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

⁵ Sentencia del CE-SJ-11-012-2018 - Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sarahi Usset Barral Vélez - Expediente No 73201-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación —Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio — Departamento de Tolima.

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.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo, y por ende, aplicable de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.

Así mismo, que al reconocer un derecho, será extensible en los términos previstos en los artículos 10, 102 y 269 del CPACA.

(...)"

Frente a la aplicación del régimen especial de cesantías docente, el H. Consejo de Estado al unificar su jurisprudencia señaló que el **Decreto 2831 de 2005 debía ser inaplicado** ya que establece un nuevo término para el pago de las cesantías que resulta regresivo y de conformidad con la doctrina constitucional, deben prevalecer las leyes expedidas por el Congreso de la República en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 150 de la Constitución Política frente a las disposiciones de inferior rango jerárquico como los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, por lo que se ha de entender que prevalece en su aplicación, la Ley 1071 de 2006.

De lo anterior se concluye, que para efectos del reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas al personal docente, deberán aplicarse los términos señalados en la Ley 1071 de 2006, dada su naturaleza de servidores públicos tal como se explicó anteriormente.

Finalmente, respecto de los efectos de la aplicación de la sentencia de unificación, el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa, en el numeral quinta que la sentencia pluricitada del 18 de julio de 2018, dispuso que los efectos de la misma serían retrospectivos, es decir, que resultan aplicables de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial, de modo que resulta plenamente aplicable al presente asunto.

Ahora bien, vale la pena destacar que en ninguna de las sentencias de unificación ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado, realizaron algún tipo de diferenciación respecto de los docentes a quienes les asistía el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, desde la perspectiva de si el docente pertenecía al régimen retroactivo a anualizado de cesantías; lo anterior, toda vez que se dejó claro que el ámbito de aplicación de la sanción de la Ley 244 de 1995 y de la Ley 1071 de 2006 se determina por la condición de servidor público, la cual le asiste a los docentes oficiales en calidad de empleados públicos de la rama ejecutiva, a quienes en consecuencia, les cobija la sanción moratoria.

Al respecto vale la pena aclarar que una cosa es la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad, contenida en la Ley 50 de 1990, la cual no le es aplicable a los docentes, por cuanto la misma implica una sanción al empleador que no realizó la consignación oportunamente, más no puede ser endilgada al trabajador.

Argumentando lo anterior el Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2017⁵ dispuso respecto de la diferencia entre la no consignación oportuna de las cesantías en el Fondo respectivo y la sanción moratoria lo siguiente:

"[...]

De lo anterior la importancia de distinguir entre (i) la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías del empleador al fondo privado, que es la que consagra la Ley 50 de 1990, la cual pretende el demandante y (ii) la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG y al docente que las ha requerido, cuyo fundamento está dado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

Ello significa que en la normatividad a la que se encuentran sometidos los docentes del Estado, en materia de cesantías, no existe la sanción moratoria por su consignación tardía al fondo pues aquel no opera bajo la misma dinámica del régimen que fija la Ley 50 de 1990. Mientras que en esta última el empleador tiene la obligación de trasladar esta prestación social al fondo privado a más tardar el 14 de febrero de cada año, bajo la Ley 91 de 1989, le compete a la Nación el suministro de las cesantías y es ella misma quien procede a su pago por medio de los recursos dispuestos en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual debe recordarse carece de personería jurídica."

En consecuencia, como la dispuso el Consejo de Estado, no se debe confundir la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, con la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, pues esta última hace referencia a la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG al docente que las ha requerido, mientras que en la primera se trata el tema de la no consignación anual oportuna de las cesantías.

Para concluir, tenemos entonces, que si el criterio determinante para la aplicabilidad de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías contemplado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 es la contratación de servidor público que le asiste a los docentes del servicio oficial, en nada influye el régimen de cesantías que estos ostenten ya sea anualizado o retroactiva, máxime cuando la Corte Constitucional afirmó que el pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y ello cubija a todos los funcionarios públicos de las tres ramas del poder, sin que de allí puedan ser excluidos los docentes oficiales, quienes también tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las mismas.

En reciente sentencia de unificación SU 332 del 25 de julio de 2019 la Corte Constitucional, dispuso respecto de la procedencia del pago de la sanción moratoria, la siguiente:

"En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías."

Así las cosas, no hay lugar a dudas que los docentes al ser servidores públicos independientemente del régimen de cesantías a que pertenezcan, son beneficiarios del reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Realizadas las anteriores precisiones, se procederá entonces a realizar el fondo del asunto a efectos de determinar si el asiste derecho al demandante al pago de la sanción moratoria.

10. Del caso concreto:

A efectos de resolver el problema jurídico propuesto este estrado judicial, en primer lugar, resolverá si en el presente se configuró **la existencia del acto ficto o presunto**, lo cual se hará de la siguiente manera:

En el presente asunto el apoderado de la parte demandante solicita declarar la nulidad del acto ficto con ocasión al silencio que frente a la solicitud de pago de la sanción moratoria se originó, toda vez que no se resolvió de fondo dicha solicitud.

En este orden de ideas se dirá que se encuentra acreditado dentro del plenario que la demandante el **03 de mayo de 2016**, a través de apoderado presentó derecho de petición dirigido a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, Secretaría de Educación- solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sin obtener respuesta.

Al respecto el Consejo de Estado, en sentencia del 8 de marzo de 2007⁹, dispuso respecto del silencio administrativo:

"Con el fin de asegurar la efectividad de los derechos constitucionales de Petición (artículo 23, C.P.), y, principalmente, de Acceso a la Administración de Justicia (artículo 229, C.P.), la normatividad nacional ha previsto, como instituto que opera como una garantía, exclusivamente en favor de los peticionarios, que una vez transcurra el término consagrado en la ley para que las autoridades respondan las peticiones que les sean formuladas, sin que el solicitante hubiere obtenido decisión que la resuelva, opere el silencio administrativo, en virtud del cual se entiende, para los efectos jurídicos a que haya lugar, que la Administración adoptó la decisión correspondiente con la cual decide de fondo la petición que le ha sido elevada, decisión que estará contenida en lo que se ha convenido en denominar como acto administrativo ficto o presunto, el cual bien puede ser negativo o positivo"

Así las cosas, como quiera que la demandante, presentó petición tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria ante la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-, se recordará que con base en el marco normativo descrito, al ente territorial le correspondía dar trámite a la solicitud dirigida al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto esta última debía haberse pronunciado al respecto.

Así las cosas, en virtud del artículo 83 del CPACA el cual contempla la ocurrencia del silencio negativo, indicando que **transcurridos tres (3) meses** contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva; se configura el fenómeno jurídico de acto ficto presunto negativo.

Al respecto debe decirse que el hecho de que la autoridad administrativa competente para resolver de fondo la petición formulada no lo haya hecho y se encuentre vencido el término de los 3 meses que consagra la norma, este estrado judicial concluye que **se configuró la existencia de un acto administrativo ficto o presunto**, que da origen al silencio administrativo negativo.

Realizada la anterior precisión del material probatorio arrojado al plenario, se advierte lo siguiente:

Que la demandante se viene desempeñando al servicio de la docencia **desde el 01 de enero de 1996 a la fecha**, tal como se acredita con el certificado de historia laboral expedido el 18 de abril de 2017, por la profesional especializada de la Secretaría de Educación de Boyacá (fls. 56-58)

A través de petición radicada bajo el No. 2016-CES-324375 del **03 de mayo de 2016**, la señora Fabiola Salazar León, solicitó el reconocimiento y pago de las **cesantías parciales** que le

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 8 de marzo de 2007, C.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ bajo Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01143-01 (14850).

correspondían por los servicios prestados como docente (fl. 19); así mismo se acredita con la Resolución No. 003995 del 24 de junio de 2016, por la cual se reconoce y ordena el pago de la referida prestación (fls. 10-12).

Mediante Resolución No. 003995 del 24 de junio de 2016, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una **cesantía parcial** a la demandante, por un valor de \$13.365.665 (fls. 10-12).

Que de acuerdo a la certificación expedida por la Subgerente del Banco BBVA sucursal Tunja, de fecha 07 de marzo de 2019, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, puso a disposición el pago de cesantía a la docente Fabiola Salazar León, el **27 de octubre de 2016**, por valor de \$13.365.665 (fl. 115)

Por medio de solicitud radicada bajo el No. 2017PQR23804 de **12 de mayo de 2017**, la accionante actuando a través de apoderado, solicitó a la Secretaría de Educación de Boyacá –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls. 14-16)

Con base en lo anterior y de acuerdo al marco normativo y jurisprudencial expuesto en la presente decisión, se dirá que a la señora **Fabiola Salazar León**, en calidad de docente oficial, le es aplicable la Ley 1071 de 2006 teniendo en cuenta que su vinculación al servicio educativo data desde el 01 de enero de 1996. Aplicando las subreglas fijadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, esta instancia debe determinar si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora a la hora de reconocer y pagar sus cesantías parciales.

Con base en lo anterior, se dirá que a la señora Fabiola Salazar León, en calidad de docente oficial, le es aplicable la Ley 1071 de 2006 y que corresponde entonces, a este estrado judicial determinar con base en la información citada y las subreglas fijadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora a la hora de reconocer y pagar sus cesantías parciales, lo cual se hará de la forma en que sigue:

Teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento de las cesantías, fue radicada el **03 de mayo de 2016**, los 15 días previstos en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 para la expedición del acto correspondiente vencieron el **25 de mayo de 2016**, sin embargo, la entidad incumplió con este término, porque sólo hasta el **24 de junio de 2016** profirió la Resolución No. 003995, esto es cuando habían transcurrido 30 días, después del vencimiento de la oportunidad fijada en la Ley.

Así las cosas, acatando la sentencia de unificación del Consejo de Estado, se aplicará la sub-regla jurisprudencial relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del termino de ley, en consecuencia, la sanción moratoria en el asunto bajo estudio empieza a correr a partir de los 70 días hábiles, siguientes a la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las **cesantías parciales**, 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.

En consecuencia, para mayor ilustración se tiene que en el presente asunto no se tomará en cuenta la fecha de notificación del acto administrativo y en su lugar se contarán los términos en aplicación de la referida regla jurisprudencial, por lo que la fecha de **ejecutoria** del correspondiente acto administrativo – 10 días (arts. 76 y 87 CPACA), sería el **10 de junio de 2016** y el vencimiento del término para pago – 45 días (Art. 5 L. 1071/2006) sería **17 de agosto de 2016**.

El siguiente cuadro ilustra los términos conforme a la regla jurisprudencial:

Actuación –Término-	Fecha	Caso concreto
Fecha de la reclamación de las cesantías parciales	03/05/2016	

Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	25/05/2016	Fecha de reconocimiento: 24/06/2016
Vencimiento del término de ejecutoria - 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	10/06/2016	
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	17/08/2016	Fecha de pago: 27/10/2016 Período de mora: 18/08/2016-26/10/2016

tal como se evidencia, se causó un periodo de mora desde el **18 de agosto de 2016 hasta el 26 de octubre de 2016**, día anterior a aquél en que la Fiduprevisora realizó el pago de las **cesantías parciales**, generándose un retardo de **70 días**, mora que conforme al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, tendrá que pagarse a razón de un día de salario por cada día de retraso en la cancelación de las cesantías, sin que en dicho cómputo se distingan días hábiles o inhábiles, por lo que deberán contabilizarse días calendario.

La mora cesó el día en que la entidad Fondo Nacional de Prestaciones Sociales pagó, es decir el día 27 de octubre de 2014, tal como lo certificó el Banco BBVA.

Ahora, valga recordar que el salario base para calcular la sanción moratoria por el pago tardío de las **cesantías parciales**, es la **asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**, es decir, que para el caso bajo estudio se tendrá en cuenta la devengada por la actora en los meses de agosto de 2016 a octubre de 2016.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto ficto derivado de la no resolución de la petición radicada con el **No. 2017PQR23804 del 12 de mayo de 2017**, negándose con este, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, por falsa motivación.

Igualmente, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada responsable del pago, que proceda al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de la demandante, en razón de un día de salario por cada día de mora acreditados, esto es causados entre el **18 de agosto de 2016 hasta el 26 de octubre de 2016**, la cual se liquidará con base en la **asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**, es decir, la devengada por la actora en los meses de agosto de 2016 a octubre de 2016.

Ahora bien, resuelto el segundo problema jurídico a resolver en el sentido de establecer que la demandante si tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se resolverá a qué entidad le corresponde asumir dicha obligación

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, por lo que para el efecto el Gobierno Nacional debía suscribir el correspondiente contrato de fiducia mercantil.

Ahora bien según el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dentro de las atribuciones conferidas al Fondo están las de atender las prestaciones sociales de los docentes oficiales, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente sin despojar al FNPSM de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Debe aclararse que el referido artículo es la norma aplicable al caso en estudio, toda vez que es el que se encontraba vigente al momento en que se adelantó la actuación administrativa, no obstante el mismo fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, que reguló el tema en su artículo 57. Dicha disposición no rige el asunto porque la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el **03 de mayo de 2016** y la sanción moratoria se causó el **18 de agosto de 2016 hasta el 26 octubre de 2016**, es decir con anterioridad a la expedición de la mencionada ley.

Así las cosas, el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** es quien debe asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales afiliados a éste, pese a la existencia de un procedimiento administrativo especial para el trámite de las solicitudes presentadas en el que concurren las Secretarías de Educación territoriales certificadas y la administradora de los recursos del Fondo, es decir, la Fiduciaria Fiduprevisora S.A., trámites que han sido dispuestos para racionalizar el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones, evitándose involucrar a los entes territoriales y a la Fiduciaria, en responsabilidades relacionadas con las prestaciones de los docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior, resulta acertado en el asunto bajo estudio, pues la petición elevada dirigida a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las **cesantías parciales**, de la cual se derivaron los actos administrativos enjuiciados, fue radicada ante la Nación-Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaría de Educación de Boyacá¹⁰, y quien por haber respondido, tendría que haber actuado en ejercicio de las facultades conferidas en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y en el Decreto 1075 de 2015, es decir, en representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En consecuencia, ante la prosperidad de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la entidad llamada a responder por las pretensiones de la demanda es la **Nación – Ministerio de Educación Nacional-**, en su **condición de titular de la cuenta conformada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, sin que pueda afirmarse que las competencias asignadas a las autoridades territoriales o a la entidad fiduciaria, la releven de tal obligación.

Con base en lo anterior, se niega la prosperidad de la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Prescripción

Así las cosas, se citará la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 15 de febrero de 2018¹¹, en la cual se dispuso respecto de la prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, lo siguiente:

“Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016¹², referida líneas atrás, la sanción moratoria se debe reclamar desde que esta se hace exigible, so pena de que opere la prescripción, al respecto:

« [...] Prescripción de los salarios moratorios

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios¹³ a la prestación “cesantías”.

¹⁰ Folios 14-16.

¹¹ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda-Subsección A-, C.P. Dr. William Hernández Gómez, expediente No. 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14), quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018)

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda. Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14). Apelación sentencia - autoridades municipales. Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo. Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016.

¹² Tal indemnización no tiene el carácter de accesorio a las cesantías, como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación: ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador¹⁴ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

"ARTÍCULO 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969¹⁵, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Subraya de la Subsección)"

En ese orden de ideas, en aplicación del criterio jurisprudencial referido, según el cual la sanción moratoria es prescriptible, se debe aplicar el término previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, el cual establece el término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho, que puede ser interrumpido, por una sola vez, con el simple reclamo del trabajador.

Así las cosas, en el caso bajo estudio se advierte que el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible **desde el primer día de mora**, esto es, desde el **18 de agosto de 2016**, por consiguiente, el término de los 3 años previsto para reclamar el pago respectivo sin que operara el fenómeno extintivo, vencía el **18 de agosto de 2019**; no obstante, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que tratan las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 por el no pago oportuno de las cesantías parciales el **12 de mayo de 2017** (fls. 14-16), la cual fue resuelta de manera negativa al configurarse el silencio administrativo, pues no se obtuvo respuesta a la misma; la solicitud de conciliación fue radicada el 15 de diciembre de 2017 (fl. 18 y vto) y la demanda fue presentada el 23 de mayo de 2018 (fl. 60), en el presente asunto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Finalmente, respecto de la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, dispuso:

"(...) que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. (...)".

Lo anterior significa, que la sanción moratoria es incompatible con la indexación, toda vez que ésta no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior; así como, la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, lo que determina la improcedencia de

¹⁴En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción "busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora..."

¹⁵Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertho Lucía Romérez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Cómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664 11).

reconocer los ajustes de valor de la sanción moratoria mientras esta opere; lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

No obstante, resulta relevante citar sentencia reciente del 16 de mayo de 2019, proferida por la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro del expediente No. 15001-3333-006-2017-00068-01, demandante: Doris Marcelle Sainea Escobar y demandado: Ministerio de Educación Nacional — FNPSM-; en el cual se rectificó postura respecto al pago de indexación de que trata el artículo 187 *ibidem*, pues aclaró que si bien en anteriores oportunidades de conformidad con el literal cuarto de la parte resolutive de la sentencia de unificación (Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018), se venía accediendo a la indexación de las sumas constitutivas de la sanción en sí misma, y no a la indexación del salario diario, el Consejo de Estado en posteriores pronunciamientos a la SU, tanto en la Subsección "A" como en la Subsección "B" de la Sección Segunda de esa corporación, expuso que no es procedente la indexación de la condena, toda vez que dicho ajuste es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria porque conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económica¹⁶.

En este orden de ideas, se niega la indexación de las sumas que resulten a favor de la parte actora producto de la sanción moratoria y de la condena.

Costas

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

"ART. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

No obstante, de conformidad con lo establecido en el numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, se tiene que, en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, la demanda prosperó en forma parcial, razón por la que en el presente asunto el **Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en la norma citada.**

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL 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 NO PROBADAS las excepciones denominadas **falta de legitimación en la causa por pasiva** y **prescripción**, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad del acto ficto producto de la ocurrencia del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición de fecha 12 de mayo de 2017, a través de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales, conforme a lo expuesto.

TERCERO. - CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer, liquidar y pagar a la señora Fabiola Saizar León, identificada con C.C. No. 40.032.294 de Tunja, la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías parciales, a razón de un día de

¹⁶ Criterio asumido por la Sala de Decisión Nro. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá MP Luis Ernesto Arciniegas Triana, Exped. 15001-3333-015-2017-00146-01 del 28 de agosto de 2019.

salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **18 de agosto de 2016 hasta el 26 de octubre de 2016**, la cual se liquidará con base en la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. - La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

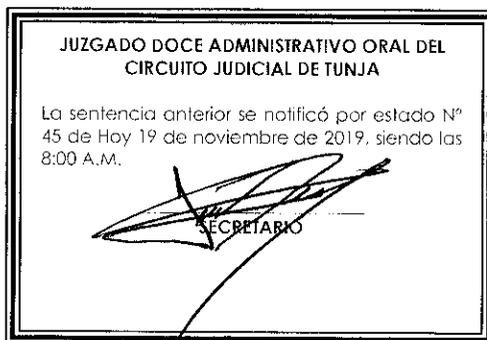
QUINTO. - **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. - **NO CONDENAR** en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. - En firme la presente decisión, archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez







REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 24 de 2019

Tunja, dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 012 – 2017 – 00156 – 00
Demandante: JUSTO LUIS GARCIA MONTAÑEZ
Demandado: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el señor **JUSTO LUIS GARCIA MONTAÑEZ**, en contra de la **NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, el señor **Justo Luis García Montañez**, solicita se declare la nulidad del oficio **No. 20170170870531 del 21 de julio de 2017**, por medio del cual la Fiduprevisora S.A. negó el reconocimiento y pago de moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de mora, a partir del día hábil 66 siguiente a la radicación, teniendo en cuenta el 20 de noviembre de 2015, hasta el día de pago final, esto es 12 de junio de 2017, en virtud de la Ley 1071 de 31 de julio de 2006; que las sumas de dinero sean indexadas mes a mes desde la fecha de su exigibilidad hasta la fecha de pago efectivo; que se reconozcan intereses moratorios; que se condene en costas y agencias en derecho y que la liquidación de las condenas y el cumplimiento de la sentencia se efectúe de conformidad con el artículo 192 del CPACA (fl. 3)

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Teniendo en cuenta la fijación del litigio realizada dentro de la audiencia inicial llevada a cabo el 21 de agosto de 2018 obrante a folios 162-164 y vto, los hechos referenciados por el apoderado son los siguientes:

Adujo que el actor mediante petición radicada bajo el No. **2015-CES-037859 del 13 de agosto de 2015**, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías parciales.

Manifestó que a través de resolución **No. 008030 del 30 de noviembre de 2015** la demandada reconoció y ordenó el pago de las cesantías solicitadas y que dicho valor fue cancelado el 12 de junio de 2017.

Indicó que mediante derecho de petición solicitó a la accionada el pago de la sanción moratoria, la cual fue resuelta a través de oficio No. 20170170870531 del 21 de julio de 2017 de manera desfavorable (fl. 4)

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, considera el apoderado de la parte demandante que se vulneraron las siguientes normas:

CONSTITUCIONALES: Preámbulo, artículos: 1º, 4º, 6º, 25º, 29º, 83º, 90º, 93º, 94º, 121º, 122º y 209º.

LEGALES: Ley 244 de 1995 y los artículos 2, 3, 4, y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Adujo que se vulneró el principio de igualdad cuando la demandada puso en situación de desventaja al demandante frente a los docentes a los que se les han cancelado las cesantías dentro del término estipulado por la ley 1071 del 31 de julio de 2006, que así mismo, el retardo injustificado en el pago atenta contra su dignidad humana, más aun cuando no existen razones de fondo para demorar dicho pago.

Indicó que se vulneró el preámbulo Constitucional, el cual dispone asegurar a los asociados el trabajo, la justicia, la igualdad y la seguridad social, hecho que no se cumplió, pues se allegó la documentación necesaria con la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales, no obstante, pasados los 65 días hábiles para el pago, la entidad no se pronunció dentro del término legal, perjudicando los intereses del actor respecto de los dineros de las cesantías fruto de su esfuerzo y trabajo al servicio de la docencia.

Agregó que también se vulneró el artículo 2 superior, pues es deber del Estado, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos de los asociados; que la entidad actuó de manera indebida, porque emitió actos administrativos contrarios a la Ley, a sabiendas que los requisitos se cumplieron, olvidando de otra parte que los derechos laborales son irrenunciables.

Sostuvo que al demandante se le dio un trato diferente y desigual frente a sus compañeros, a pesar de haber cumplido con los mismos requisitos, funciones, horarios, labores y tipo de posesión, desconociendo el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, lo que implica que en el sub-judice así la administración haya utilizado indebidamente el contenido de la norma, prevalece el cumplimiento real de los requisitos por el demandante, para acceder a lo que realmente tiene derecho.

Consideró así mismo, vulnerado el Acuerdo 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que a su vez modificó los Acuerdos del 11 de enero de 1995 y No. 1 del 26 de junio de 1996, que rige a los docentes afiliados al fondo pues por medio de estas disposiciones se establece el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías parciales a cargo del F.N.P.S.M, para aquellos docentes que se encuentren vinculados al mismo.

Igualmente, aseveró que se violentó la Ley 244 de 1995, pues se ocasionó un grave perjuicio al erario público, porque al no cancelar de forma oportuna las cesantías parciales, se da aplicación a esta normatividad donde se establece que: *"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"*.

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

Afirmó que el acto acusado además de vulnerar las normas en que debía fundarse, adolece de falsa motivación, porque el sustento legal dado a éste no es acorde con la realidad y busca el detrimento del patrimonio del actor, configurándose una violación directa a la Ley, por lo que considera que el acto enjuiciado al estar viciado debe ser declarado nulo (fls. 4-9)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (fls. 137-150)

El apoderado de la entidad presentó escrito de contestación mediante el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con el argumento que no existen fundamentos de hecho ni de derecho que sirvan de sustento.

Indicó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989, como cuenta especial de la Nación, la cual determina las políticas de administración y dirección del Fondo y establece las prioridades de atención de las prestaciones a través de acuerdos y asigna recursos para el pago de prestaciones sociales.

Sostuvo que en virtud de las competencias fijadas en el Decreto 2831 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 los entes territoriales certificadas; que este Decreto creó un procedimiento exclusivo para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual se determinan las etapas, términos y demás formalidades para este efecto.

Afirmó que la Ley 91 de 1989, constituye el régimen legal especial de los docentes el cual dispuso todos los derechos, deberes y procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones que ésta contempla, por lo que para el reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se debe acudir al trámite especial regulado tanto por esta Ley como por su decreto reglamentario.

Adicionó que el numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de los docentes afiliados a dicho fondo, determinó que el Fondo es el único habilitado para el pago del auxilio de cesantías, excluyendo a los beneficiarios de esta norma de los demás regímenes de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, así como de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Citó jurisprudencia de la Corte Constitucional para afirmar que las llamadas a responder en lo relacionado con el reconocimiento de prestaciones sociales y la sanción moratoria de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la Secretaría de Educación de la entidad territorial a cuya planta perteneció el docente.

Respecto de la indexación de los valores e intereses que resultaren de la presunta sanción en caso de accederse a las pretensiones, equivaldría a condenar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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.

Reiteró que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y su Decreto reglamentario 2831 de 2005, es el procedimiento especial aplicable al caso de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que mal podría aplicarse el régimen establecido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, pues difiere del procedimiento especial de los docentes y menos aún hacer extensiva una sanción establecida en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno del auxilio de las cesantías.

De las excepciones propuestas

2.2.1. Falta de Legitimación en la causa por pasiva

Afirmó el apoderado que la entidad no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fueron expedidos por la secretaría de educación respectiva, en uso de las facultades conferidas en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 del mismo año.

Sostuvo que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con patrimonio autónomo, cuyos recursos están destinados al pago de las prestaciones que las entes territoriales reconozcan en su planta docente a través de las secretarías de educación, por lo que no puede imputársele a la Nación-Ministerio de Educación- responsabilidad relacionada con el reconocimiento y pago de prestaciones, lo anterior en virtud del proceso de descentralización de la educación contemplado en la Ley 60 de 1993 y 715 de 2001.

Agregó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, funciona a través de un Consejo Directivo presidido por el Ministerio de Educación Nacional quien fue autorizado en su momento por el Gobierno Nacional para suscribir contrato de fiducia para la administración de los recursos destinados al pago de las prestaciones.

Resaltó respecto de la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Educación, que no intervino en gestión alguna respecto al trámite de solicitud de la prestación ni es un ente pagador de los recursos del fondo, tal como se viene mencionando, los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales, citadas se administran por la entidad fiduciaria en la cuenta o cuenta bancarias que para tal fin haya solicitado apertura en las entidades bancarias, sin que en su titularidad aparezca el Ministerio de Educación Nacional.

2.2.2. Prescripción

Afirmó que en virtud del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, los derechos laborales prescriben en el término de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, razón por la cual solicitó que en el evento de prosperar las pretensiones, se declare la prescripción de las mesadas causadas en los últimos 3 años.

2.2.3. Genérica

Solicitó reconocer oficiosamente, las que resulten demostradas en el proceso, en aplicación del artículo 282 del C.G.P.

III. TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dentro del término legal se corrió traslado de las excepciones propuestas por la Nación-Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 157), frente a las cuales el apoderado de la parte actora guardó silencio.

IV. AUDIENCIA INICIAL

Mediante auto del 24 de mayo de 2018 (fls. 159 y vto) se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del CPACA.

Dicha diligencia se llevó a cabo el día señalado (fls. 162-164 y vto) y se desarrolló dentro de los parámetros consagrados en dicho artículo, saneando el proceso, pronunciándose sobre las excepciones propuestas y fijando además el litigio en torno a los hechos y pretensiones (minuto 5:42 a 19:27).

Una vez las partes manifestaron su acuerdo en la fijación del litigio, se prosigió a agotar la etapa de conciliación y a decretar las pruebas de las partes y de oficio (minuto 19:30 a 20:12).

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se practicaron audiencias de pruebas en las cuales se recaudó la totalidad de las mismas, diligencias que fueron realizadas el 30 de octubre de 2018 y 13 de mayo de 2019, igualmente, en ésta última se consideró innecesario llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento, motivo por el cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la realización de la misma (fls. 184 y vto y 204 y vto).

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte demandante (fls. 219-221)

El apoderado afirmó que se acreditó que mediante Resolución No. 008030 del 30 de noviembre de 2015, expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, le fue reconocido al actor el pago de una cesantía parcial, cuyo pago extemporáneo fue efectuado hasta el 12 de junio de 2017, como consta en el recibo de pago.

Igualmente, se probó que mediante derecho de petición radicado el 13 de julio de 2017, se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de la cesantía, frente al cual las entidades no dieron respuesta alguna.

Señaló que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, establecen los parámetros que la administración debe seguir para el pago de las cesantías definitivas o parciales para servidores públicos, contando con un plazo máximo de 70 días hábiles contados a partir de la solicitud para el reconocimiento y pago de las mismas.

Adujo que la administración incurrió en tardanza no solo en el pago de la cesantía del docente, sino también en la expedición de reconocimiento, ya que la petición fue radicada el **13 de agosto de 2015** y los 70 días hábiles para el pago se cumplían el 27 de noviembre del mismo año, configurándose mora en el trámite.

Sostuvo que la entidad demandada afirma haber puesto a disposición los dineros reconocidos en la Resolución No. 008030 del 30 de noviembre de 2015, el 16 de marzo de 2016, dineros que su cliente no pudo cobrar oportunamente por cuanto la accionada no tiene mecanismos consultivos o informativos sobre la disposición del dinero, incumpliendo con el deber legal de informar y/o notificar las acciones y actuaciones relacionadas con la petición, en este caso del pago de las cesantías.

Añadió que no existe prueba siquiera sumaria que la demandada haya informado al demandante que podía acercarse a la entidad financiera para disponer del giro efectuado y que por el contrario existe certificación expedida por el Gerente del Banco BBVA, donde se indica que el FNPSM reprogramó el pago para ser cancelado el 12 de junio de 2017, siendo ésta la prueba irrefutable de cuándo en realidad se pagó el dinero.

Transcribió un aparte de la SUJ -12-S2 del 18 de julio de 2018, para reiterar que el periodo de la sanción moratoria se causa desde el día siguiente al vencimiento de los 70 días, con los que contaba la entidad, hasta cuando realmente se efectuó el pago; y no supuestamente desde cuando quedó a disposición el dinero, ya que concluir lo contrario, sería ir en contravía del precedente jurisprudencial en cita, por lo que solicita, se acceda favorablemente a las pretensiones de la demanda.

2. Nación –Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 223-224)

La apoderada solicitó se nieguen las pretensiones, por cuanto los actos enjuiciados están revestidos de una presunción de legalidad la cual debe ser desvirtuada por quien pretenda desconocerla y que en términos legales, de acuerdo con el régimen probatorio colombiano, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Reiteró que el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo, el cual contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales o definitivas de los docentes, lo cual implica, la participación de las entidades territoriales-Secretarías de Educación certificadas, al igual que de la Fiduprevisora S.A, como vocera y administradora del Fondo-Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Agregó que dentro de las competencias atribuidas por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del magisterio, que se realiza a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docente pertenezca el solicitante; que éstas al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender el turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin.

Afirmó que aunque los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas sean expedidos por las Secretarías de Educación, ello no implica que el pago se deba hacer de manera inmediata pues esto se encuentra condicionado a turno y disponibilidad presupuestal, atendiendo al principio constitucional de legalidad del gasto público en virtud del cual "*no se puede hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gasto*", e implica, que la disponibilidad presupuestal exista previa a la realización del gasto y además que sea suficiente al momento de hacer la erogación.

Manifestó que la Secretaría de Educación al que se encuentra adscrito el demandante, reconoció las cesantías solicitadas atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal para tal efecto, respetando el derecho de igualdad de que gozan todos los Docentes afiliados al FOMAG- en cuanto a la presentación de las solicitudes, por lo que previamente debió verificar que el peticionario no hubiera presentado solicitud anterior y que el Fondo (Fondo de atención de Prestaciones Sociales del Magisterio) contara con el rubro presupuestal para el pago de dicha prestación.

Indicó que la entidad se acoge al principio de legalidad del presupuesto y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción moratoria ha establecido el Consejo de Estado a través de las sentencias de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018, y Corte constitucional en la Sentencia SU336 del 18 de mayo de 2017, igualmente adujo que debe tenerse en cuenta la interpretación dada por la Corte Constitucional sobre el respeto de los principios del presupuesto, los trámites y procedimiento internos para efectuar el pago de una condena, plasmados en la Sentencia C-604/12 MP JORGE IGNACIO PRETELT CHAUUP.

Solicitó la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a la sanción moratoria, adicionalmente que se acredite la mala fe por parte del empleador para el no pago de la misma, caso que no aplica para las entidades del estado pues estas están antecedidas de unas ritualidades que no se pueden omitir y es lo que hace que no se cumplan en los tiempos estipulados.

Finalmente, solicitó que de existir una condena contra la Nación, al momento de disponer sobre la condena en costas se analicen los aspectos señalados para exonerar de estas a la parte demandada conforme a las reglas del artículo 365 del Código General del Proceso.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora delegada ante este Despacho, luego de hacer un recuento de las tesis de las partes, de recordar los problemas jurídicos y de citar el fundamento normativo y jurisprudencial, al descender al caso concreto indicó:

Se encuentra acreditado que el actor se desempeña como docente oficial desde el 29 de marzo del 2004; que presentó derecho de petición 2015-CES-037859 el 13 de agosto de 2015 ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solicitando el reconocimiento

de cesantías parciales y que mediante resolución 008030 del 30 de noviembre del 2015, el Fondo reconoció y ordenó el pago de las mismas.

Agregó que según certificación de la Fiduprevisora S.A de 19 de septiembre del 2018, el valor de las cesantías parciales reconocidas al actor quedó a disposición del interesado a partir del 16 de marzo del 2016, suma que no fue cobrada, por lo que se reprogramó el pago para el 11 de mayo del 2017 por valor de \$12.759,152, las cuales fueron efectivamente cobradas el 12 de junio de 2017.

Indicó que mediante derecho de petición el demandante solicitó a la Fiduprevisora S.A, Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías parciales reclamadas, la cual fue enviada por servicios postales Nacionales S.A. 4-72 según se advierte en el sello de la copia de la petición que se allegó con la demanda y en certificado de entrega también allegado con el libelo, en la que figura como fecha de envío el 11 de julio de 2017 y recibido en la Fiduprevisora el 13 de julio de ese mismo año.

Sostuvo que la Fiduprevisora S.A., como vocera del patrimonio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante oficio de fecha 21 de julio del 2017 rad No. 20170170870531 negó la sanción reclamada, aduciendo que *"los intereses por mora en el pago de prestaciones económicas deben ser liquidados y decretados por un juez de la Republica"*, así mismo argumentó que *"mal podrían generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero reconocida es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad"*.

A continuación plasmo en el siguiente cuadro los términos que tenía la administración para tramitar y pagar las cesantías parciales al aquí demandante:

Actuación	Término
1. Solicitud de reconocimiento de cesantías parciales	13 de agosto de 2015
2. Expedición del acto administrativo reconoce cesantías parciales	El término de 15 días hábiles para expedir la resolución venció el 04 de septiembre 2015
3. Ejecutoria del acto administrativo	El término de 10 días hábiles de que trata el CPACA venció el 18 de septiembre de 2015
4. Término límite de pago de cesantía	El término de 45 días hábiles venció en 25 de noviembre de 2015

Con base en la información citada concluyó que la entidad incumplió con el término establecido en la ley para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías solicitadas, pues el mismo vencía el 25 de noviembre de 2015 y fueron puestas a su disposición hasta el 16 de marzo de 2016, causándose la sanción moratoria entre el 26 de noviembre de 2015 y el 15 de marzo de 2016.

Por lo expuesto solicitó se declare la nulidad del acto acusado y a título de restablecimiento del derecho se ordene en favor del actor el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria de que tratan las Leyes 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, que se causó entre el 26 de noviembre de 2015 y el 15 de marzo de 2016, la cual debe ser calculada sobre la asignación básica devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago de las correspondientes cesantías, en virtud de lo dispuesto en la SU del Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, finalmente, solicito no acceder a la pretensión de pago de la indexación de la sanción moratoria (fls. 187-191)

VIII. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

8.1. Problema jurídico.

En audiencia inicial realizada el 21 de agosto del año 2018¹ se estableció el problema a resolver en los siguientes términos:

*“Corresponde a este Despacho determinar si en el presente caso el demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, por el pago extemporáneo de sus **cesantías parciales**, en virtud de la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.*

En caso afirmativo, se deberá establecer si a la accionada: Nación Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- le corresponde realizar el pago efectivo de esta y finalmente, si operó el fenómeno jurídico de la prescripción” (vto. fl. 163).

8.1.1. TESIS DEL DEMANDANTE

La entidad demandada está obligada a reconocer y pagar la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de mora, desde el día 66 hábil siguiente a la radicación de la solicitud de pago de las cesantías parciales y hasta el 12 de junio de 2017 fecha de pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 31 de julio de 2006.

8.1.2. TESIS DEL DEMANDADO - NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-

El demandante no tiene derecho al pago de la sanción moratoria toda vez que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y su Decreto reglamentario 2831 de 2005, es el aplicable al caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no puede aplicarse la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006 y menos aún hacer extensiva una sanción establecida en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno del auxilio de cesantías.

8.1.3. TESIS DEL DESPACHO

El demandante tiene derecho a que la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- proceda al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías **parciales**, a razón de un día de salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **26 de noviembre de 2015 al 15 de marzo de 2016**, por cuanto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción, la cual se liquidará con base en la asignación básica **vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.**

9.2. De la normatividad aplicable.

9.2.1. Procedencia de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías de los docentes oficiales.

En primer lugar, debe decirse que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran cobijados por el régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el cual se previó un sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados (entiéndase los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976) vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y el anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, para los nacionalizados vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 y aquellos del orden nacional (vinculados a partir del 1 de enero de 1976, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975 numeral 2. art. 1. ley 91 de 1989) de la forma en que sigue:

¹ Folios 162-164 y vto.

"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 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

3. Cesantías:

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 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, 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."

Del texto en cita, se advierte que la norma no señaló el régimen aplicable a los docentes territoriales, no obstante, el artículo 4 ibídem creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

En ese orden de ideas; i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 -lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales-, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad sujeto al reconocimiento de intereses.

Sin embargo, nada se dijo respecto de la sanción por la mora en la cancelación de dicha prestación social, pero la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, reglamentó el reconocimiento de las **cesantías definitivas o parciales** para los trabajadores y servidores del Estado, extendiendo el tema de la sanción moratoria por el pago tardío a las mismas, fijado un término perentorio e imponiendo la sanción por el pago extemporáneo ante su incumplimiento, así lo dispuso:

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

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO. La entidad pública pagadora tendrá un **plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales** del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de las

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 los mismos, 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.” (Negritas del despacho)

Así las cosas, el pago de la moratoria es una sanción a cargo del empleador incumplido, en favor del trabajador, la cual fue creada con el fin de indemnizar los daños que se causan a este por la morosidad en el reconocimiento y pago de la liquidación, ya sea que se trate del auxilio de cesantías parciales o definitivas.

Adicionalmente, a partir de los artículos citados, se advierte que la administración cuenta con un plazo de 15 días contados a partir de la respectiva petición, o de su complementación si es del caso, para emitir el acto de reconocimiento y liquidación de las cesantías; una vez ejecutoriada dicha decisión, la entidad cuenta con 45 días para realizar el pago respectivo, so pena de incurrir en la sanción moratoria.

De otra parte, vale la pena destacar que el artículo 2 de la Ley 1071 de 2006, determinó como destinatarios de la misma, a los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, 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 los trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, sin que se dijera que la sanción moratoria era aplicable a los docentes oficiales.

Es decir, como quiera que la Ley 91 de 1989 no previó sanción por la mora en el pago de las cesantías de los docentes, así como tampoco lo hicieron las Leyes 244 de 2005 y 1071 de 2006, las cuales no señalaron expresamente que la sanción moratoria de las cesantías debía ser aplicada también a los docentes, se generó inicialmente la incertidumbre respecto de este tema, el cual no había sido pacífico.

No obstante, la Corte Constitucional en **sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017**, unificó su criterio estableciendo que los docentes sí tenían derecho al reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías y fijó las siguientes sub-reglas:

- i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva y por otro (el pago parcial de cesantías) permitir al trabajador satisfacer otras necesidades; bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador tiene derecho al pago de sus cesantías el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.
- ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.
- iii) Desde la exposición de motivos de esta normativa la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino también territorial.
- iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.
- v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes mantener dos posturas contrarias sobre el asunto de estudio por la jurisdicción contencioso administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.
- vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que

se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que la Corte Constitucional avala el reconocimiento de la sanción moratoria en el caso de los docentes oficiales a la luz de lo dispuesto en las normas generales, esto es, de las **Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006**.

Por su parte el Consejo de Estado emitió **sentencia de unificación**: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, **Sentencia CE-SUJ-SII-012- de 18 de julio de 2018, M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra**, expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, demandante: Jorge Luis Ospina Cardona, demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Departamento del Tolima, optando también por reconocer la sanción moratoria en el caso de los docentes **sin distinción alguna**, teniendo en cuenta las normas generales, es decir, sin considerar que su régimen especial no contempló expresamente tal derecho; precisando que el docente oficial al tratarse de un servidor público, le es aplicable la ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías se refiere.

Allí se expuso:

"(...)Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda las docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a definitivas de los servidores públicos; siendo consiguiente esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional (...)" (Negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, del texto en cita, se recordará que al tratarse de un pronunciamiento de unificación, éste constituye precedente vertical obligatorio, el cual será acogido por esta instancia judicial, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 de la Ley 1437 de 2011², es decir, en cumplimiento del precedente citado, este Despacho dará aplicación a las disposiciones fijadas por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta el carácter vinculante de las decisiones de los órganos de cierre jurisdiccional.

Ahora bien, en lo relacionado con el trámite de conteo de términos para establecer la mora de la entidad, el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 en la sentencia de unificación indicó:

"En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social —cesantías parciales o definitivas— o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006³), 10 del término de ejecutoria de la

² **ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Artículo 270.- SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

³ «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. [...] Artículo 4. 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

decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo — Decreto 01 de 1984, artículo 51¹], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006:¹⁷

Igualmente, en la citada sentencia de unificación se fijaron las siguientes sub reglas:

"(...) **PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: 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 profiriera la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicación 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 los condiciones previstas en el CPAICA, una vez se verifique la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, contará considerarse el término dispuesto en la ley (Artículo 69 CPAICA), 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 emisor como computables para sanción moratoria.
- iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto (vía la resuelta. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que vare por la prolongación en el tiempo.

cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.»

ARTÍCULO 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. - -1 ARTICULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso. 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos. 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubieron renunciado expresamente a ellos. 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos. 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

«Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la designación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

(...)

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

(...)

Artículo 50. 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.

¹⁷ Sentencia CE SUJ-SI-012 20-8 — Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018. Consejera Ponente Sandra Hisset Ibarrá Vélez - Expediente No 73001-23-33 000 2014-00580-01. Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación — Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio — Departamento de Tolima.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo, y por ende, aplicable de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.

Así mismo, que al reconocer un derecho, será extensible en los términos previstos en los artículos 10, 102 y 269 del CPACA.

(...)"

Frente a la aplicación del régimen especial de cesantías docente, el H. Consejo de Estado al unificar su jurisprudencia señaló que el **Decreto 2831 de 2005 debía ser inaplicable** ya que establece un nuevo término para el pago de las cesantías que resulta regresivo y de conformidad con la doctrina constitucional, deben prevalecer las leyes expedidas por el Congreso de la República en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 150 de la Constitución Política frente a las disposiciones de inferior rango jerárquico como los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, por lo que se ha de entender que prevalece en su aplicación, la Ley 1071 de 2006.

De lo anterior se concluye, que para efectos del reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas al personal docente, deberán aplicarse los términos señalados en la Ley 1071 de 2006, dada su naturaleza de servidores públicos tal como se explicó anteriormente.

Finalmente, respecto de los efectos de la aplicación de la sentencia de unificación, el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa, en el numeral quinto que la sentencia pluricitada del 18 de julio de 2018, dispuso que los efectos de la misma serían retrospectivos, es decir, que resultan aplicables de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial, de modo que resulta plenamente aplicable al presente asunto.

Ahora bien, vale la pena destacar que en ninguna de las sentencias de unificación ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado, realizaron algún tipo de diferenciación respecto de los docentes a quienes les asistía el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, desde la perspectiva de si el docente pertenecía al régimen retroactivo a anualizado de cesantías. Lo anterior, toda vez que se dejó claro que el ámbito de aplicación de la sanción de la Ley 244 de 1995 y de la Ley 1071 de 2006 se determina por la condición de servidor público, la cual le asiste a los docentes oficiales en calidad de empleados públicos de la rama ejecutiva, a quienes en consecuencia, les cobija la sanción moratoria.

Al respecto vale la pena aclarar que una cosa es la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad, contenida en la Ley 50 de 1990, la cual no le es aplicable a los docentes, por cuanto la misma implica una sanción al empleador que no realiza la consignación oportunamente, más no puede ser endilgada al trabajador.

Argumentando lo anterior el Consejo de Estado en providencia del 7 de diciembre de 2017⁶ dispuso respecto de la diferencia entre la no consignación oportuna de las cesantías en el Fondo respectivo y la sanción moratoria lo siguiente:

"{...}

De lo anterior la importancia de distinguir entre (i) la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías del empleador al fondo privado, que es la que consagra la Ley 50 de

⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Sentencia fechada del siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00212-01(2188-15) Actor: ABIEL FERNÁNDEZ ALVARADO - Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

1990, la cual pretende el demandante y (ii) la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG y al docente que las ha requerido, cuya fundamentación está dada por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

Ello significa que en la normatividad a la que se encuentran sometidos los docentes del Estado, en materia de cesantías, no existe la sanción moratoria por su consignación tardía al fondo pues aquel no opera bajo la misma dinámica del régimen que fija la Ley 50 de 1990. Mientras que en esta última el empleador tiene la obligación de trasladar esta prestación social al fondo privado a más tardar el 14 de febrero de cada año, bajo la Ley 91 de 1989, le compete a la Nación el suministro de las cesantías y es ella misma quien procede a su pago por medio de los recursos dispuestos en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual debe recordarse carece de personería jurídica."

En consecuencia, como lo dispuso el Consejo de Estado, no se debe confundir la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, con la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, pues esta última hace referencia a la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG al docente que las ha requerido, mientras que en la primera se trata el tema de la no consignación anual oportuna de las cesantías.

Para concluir, tenemos entonces, que si el criterio determinante para la aplicabilidad de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías contemplado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 es la connotación de servidor público que le asiste a los docentes del servicio oficial, en nada influye el régimen de cesantías que estos ostenten ya sea anualizado o retroactivo, máxime cuando la Corte Constitucional afirmó que el pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y ello cobija a todos los funcionarios públicos de las tres ramas del poder, sin que de allí puedan ser excluidos los docentes oficiales, quienes también tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las mismas.

En reciente sentencia de unificación SU 332 del 25 de julio de 2019 la Corte Constitucional, dispuso respecto de la procedencia del pago de la sanción moratoria, lo siguiente:

"En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías."

Así las cosas, no hay lugar a dudas que los docentes al ser servidores públicos independientemente del régimen de cesantías a que pertenezcan, son beneficiarios del reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Realizadas las anteriores precisiones, se procederá entonces a realizar el fondo del asunto a efectos de determinar si el asiste derecho al demandante al pago de la sanción moratoria.

10. Del caso concreto:

Del material probatorio arrojado al plenario, se advierte lo siguiente:

Que el demandante se viene desempeñando al servicio de la docencia **desde el 29 de marzo del 2004**, tal como se acredita con el certificado de historia laboral No. 5772 expedido el 22 de julio de 2015, por la profesional especializada de la Secretaría de Educación de Boyacá (fls. 120-125).

Según se observa a folio 86, mediante petición radicada bajo el **No. 2015-CES-037859 del 13 de agosto de 2015**, el señor Justo Luis García Montañez, solicitó el reconocimiento y pago de

las **cesantías parciales** que le correspondían por los servicios prestados como docente (fls. 87-88).

Mediante resolución **No. 008030 de 30 de noviembre de 2015**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una **cesantía parcial** al demandante, por un valor de \$12'759.152 (fls. 87-88 y vto).

De acuerdo a la certificación expedida por el Subgerente del Banco BBVA, de fecha **1 de febrero de 2018**, las cesantías parciales reconocidas al actor en la **resolución No. 008030 de 30 de noviembre de 2015** se reconocieron para pago el **16 de marzo de 2016**, pero por motivos de no cobro este fue reintegrado por la entidad bancaria el 20 de abril de 2016 y con posterioridad fue reprogramado para el **11 de mayo de 2017** en el banco agrario debido a una solicitud de cambio realizada al ente pagador por el demandante (fl. 199)

Por medio de petición enviada a través de servicios postales nacionales S.A. del 11 de julio de 2017, el actor solicitó a la Fiduprevisora S.A., Nación-Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, establecida en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 (fls. 13-15)

A través de **oficio No. 20170170870531 de 21 de julio de 2017**, la Fiduprevisora le negó al accionante el reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de **las cesantías parciales**, con los siguientes argumentos: i) que el pago correspondiente a la cesantía parcial del actor, había sido puesta a su disposición a partir del **13 de marzo de 2016** en el Banco BBVA Colombia, sin que se evidencie en la base de datos actos administrativos aclaratorios, ni el reintegro de los recursos y ii) que se había seguido el procedimiento establecido normativamente el cual debe ser atendido en orden riguroso y que el desembolso de la prestación depende de la disponibilidad presupuestal; que no pueden generarse intereses moratorios ni indexación alguna, igualmente, dijo respecto de los primeros, que estos, deben ser liquidados y ordenados por un Juez de la República (fls. 10-12)

Con base en lo anterior, se dirá que al señor **Justo Luis García Montañez**, en calidad de docente oficial, le es aplicable la Ley 1071 de 2006 y que corresponde entonces, a este estrado judicial determinar con base en la información citada y las subreglas fijadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora a la hora de reconocer y pagar sus **cesantías parciales**, lo cual se hará de la forma en que sigue:

Teniendo en cuenta que la solicitud de reconocimiento de pago de las cesantías, fue radicada el **13 de agosto de 2015**, los 15 días previstos en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 para la expedición del acto correspondiente vencieron el **4 de septiembre de 2015**, sin embargo, la entidad incumplió con este término, porque sólo hasta el **30 de noviembre de 2015** profirió la resolución No. 008030, esto es cuando habían transcurrido más de 2 meses, después del vencimiento de la oportunidad fijada en la Ley.

Así las cosas, acatando la sentencia de unificación del Consejo de Estado, se aplicará la sub-regla jurisprudencial relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, en consecuencia, la sanción moratoria en el asunto bajo estudio empieza a correr a partir de los 70 días hábiles, siguientes a la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las **cesantías parciales**, 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.

En consecuencia, para mayor ilustración se tiene que en el presente asunto no se tomará en cuenta la fecha de notificación del acto administrativo y en su lugar se contarán los términos en aplicación de la referida regla jurisprudencial, por lo que la fecha de **ejecutoria** del correspondiente acto administrativo -10 días - (arts. 76 y 87 CPACA), sería el **18 de septiembre de 2015** y el vencimiento del término para pago -45 días- (Art. 5 L. 1071/2006) sería **25 de noviembre de 2015**.

El siguiente cuadro ilustra los términos conforme a la regla jurisprudencial

Actuación –Término-	Fecha	Caso concreto
Fecha de la reclamación de las cesantías parciales	13/08/2015	
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	04/09/2015	Fecha de reconocimiento: 30/11/2015
Vencimiento del término de ejecutoria - 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	18/09/2015	
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	25/11/2015	Fecha de pago: 16/03/2016 Período de mora: 26/11/2015–15/03/2016

Por lo que tal como se evidencia, se causó un período de mora desde el **26 de noviembre de 2015 hasta el 15 de marzo de 2016**, día anterior a aquél en que la Fiduprevisora lanzó pago para cobro de las **cesantías parciales**, generándose un retardo de **110 días**, mora que conforme al parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, tendrá que pagarse a razón de un día de salario por cada día de retraso en la cancelación de las cesantías, sin que en dicho cómputo se distingan días hábiles o inhábiles, por lo que deberán contabilizarse días calendario.

Vale la pena aclarar que en el presente asunto la mora cesó el día en que la entidad Fondo Nacional de Prestaciones Sociales lanzó pago para cobro, tal como lo certificó la respectiva entidad bancaria, es decir el día **16 de marzo de 2016**⁹. Lo anterior, toda vez que, el hecho de que el demandante no hubiere cobrado dicho valor por concepto de pago de cesantías parciales en esa fecha y consecuentemente a ello se hubiere producido la reprogramación para pago, no puede ser atribuible a la entidad en tanto la mora ya había cesado, se reitera, desde el momento en que por primera vez los dineros fueron puestos a disposición del señor Justo Luis García Montañez.

Ahora bien, respecto del salario base para calcular la sanción moratoria por el pago tardío de las **cesantías parciales**, según las reglas jurisprudenciales de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, es la **asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**, es decir, que para el caso bajo estudio se tendrá en cuenta la devengada por el actor en el mes en que la incurrió en mora la entidad.

En consecuencia, se declarará la nulidad del Oficio No. **20170170870531 de 21 de julio de 2017**¹⁰, por medio del cual la Fiduciaria la Previsora S.A., negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, por falsa motivación.

Igualmente, a título de restablecimiento del derecho, se accederá a las pretensiones de la demanda pero de manera parcial, en tanto, se ordenará a la entidad demandada competente que proceda al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor del demandante, en razón de un día de salario por cada día de mora acreditados, pero no por el periodo solicitado por el apoderado del actor, sino por el comprendido entre el **26 de noviembre de 2015 hasta el 15 de marzo de 2016**, a cual se liquidará con base en la **asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**, es decir teniendo en cuenta la devengada por el actor el 26 de noviembre de 2015.

Ahora bien, resuelto el primer problema jurídico a resolver en el sentido de establecer que al demandante le asiste parcialmente el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se resolverá a qué entidad le corresponde asumir dicha obligación y de paso

⁹ Folio 199

¹⁰ "El oficio demandado en este proceso, si bien fue expedido por la FIDUCIARIA PREVISORA S.A, el mismo contiene la manifestación de la voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la negativa a la concesión de la sanción moratoria y ello lo hace un acto administrativo demandable." Así se consideró en sentencia del 28 de agosto de 2019, dentro del radicado No. 15001-33-33-015-2017-00146-01, Magistrado Ponente Doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana.

resolver sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el apoderado de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, lo cual se hará de la siguiente manera:

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, por lo que para el efecto el Gobierno Nacional debía suscribir el correspondiente contrato de fiducia mercantil.

Ahora bien según el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dentro de las atribuciones conferidas al Fondo están las de atender las prestaciones sociales de los docentes oficiales, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente sin despojar al FNPSM de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Debe aclararse que el referido artículo es la norma aplicable al caso en estudio, toda vez que es el que se encontraba vigente al momento en que se adelantó la actuación administrativa, no obstante, el mismo **fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, que reguló el tema en su artículo 57**. Dicha disposición no rige el asunto porque la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el **13 de agosto de 2015** y la sanción moratoria se causó el **26 de noviembre de 2015 hasta el 15 de marzo de 2016**, es decir, con anterioridad a la expedición de la mencionada ley.

Así las cosas, el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** es quien debe asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales afiliados a éste, pese a la existencia de un procedimiento administrativo especial para el trámite de las solicitudes presentadas en el que concurren las Secretarías de Educación territoriales certificadas y la administradora de los recursos del Fondo, es decir, la Fiduciaria Fiduprevisora S.A., trámites que han sido dispuestos para racionalizar el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones, evitándose involucrar a los entes territoriales y a la Fiduciaria, en responsabilidades relacionadas con las prestaciones de los docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior, resulta acertado en el asunto bajo estudio, pues la petición elevada dirigida a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las **cesantías parciales**, de la cual se derivó el acto administrativo enjuiciados, fue enviada a través de servicios postales nacionales S.A., a la Fiduprevisora S.A., -Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-¹¹, y quien por haber respondido, tendría que haber actuado en ejercicio de las facultades conferidas en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y en el Decreto 1075 de 2015, es decir, en representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En consecuencia, ante la prosperidad parcial de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la entidad llamada a responder por éstas es la **Nación – Ministerio de Educación Nacional-, en su condición de titular de la cuenta conformada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, sin que pueda afirmarse que las competencias asignadas a las autoridades territoriales o a la entidad fiduciaria, la releven de tal obligación.

Con base en lo anterior, se niega la prosperidad de la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación -Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, como quiera que es a ésta a quien le corresponde reconocer y ordenar el pago de la sanción moratoria a la que tiene derecho el accionante.

Así mismo, el despacho tampoco declarará la prosperidad de la excepción denominada: "Genérica", formulada por la Nación -Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio-.

Prescripción

Revisada la contestación de la demanda presentada por la Nación -Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, se advierte que el apoderado solicitó se declare probada ésta, por lo que pasará a resolverse la misma.

Así las cosas, se citará la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 15 de febrero de 2018¹², en la cual se dispuso respecto de la prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, lo siguiente:

"Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016¹³, referida líneas atrás, la sanción moratoria se debe reclamar desde que esta se hace exigible, so pena de que opere la prescripción, al respecto:

«[...] Prescripción de los salarios moratorias

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador¹⁴ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

"ARTÍCULO 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969¹⁵, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la

¹² Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda-Subsección A-. C.P. Dr. William Hernández Gómez, expediente No. 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14), quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018).

¹³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14). Apelación-sentencia - autoridades municipales. Actor: Yesenia Esther Herrera Castillo. Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016.

¹⁴ Tal indemnización no tiene el carácter de accesorio a las cesantías como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

¹⁵ En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción "busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora..."

¹⁶ Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).

época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. [...]» (Subraya de la Subsección)»

En ese orden de ideas, en aplicación del criterio jurisprudencial referido, según el cual la sanción moratoria es prescriptible, se debe aplicar el término previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, el cual establece el término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho, que puede ser interrumpido, por una sola vez, con el simple reclamo del trabajador.

Así las cosas, en el caso bajo estudio se advierte que el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible **desde el primer día de mora**, esto es, desde el **26 de noviembre de 2015**, por consiguiente, el término de los 3 años previsto para reclamar el pago respectivo sin que operara el fenómeno extintivo, vencía el **26 de noviembre de 2018**; sin embargo, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que tratan las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 por el no pago oportuno de las cesantías parciales el 11 de julio de 2017 (fls. 13-15), la cual fue resuelta de manera negativa a través del oficio No. 20170170870531 de 21 de julio de 2017 (fls. 10-12); la solicitud de conciliación fue radicada el 28 de agosto de 2017 (fls. 21 y vto) y la demanda fue presentada el 06 de octubre de 2017 (fl. 72), en consecuencia, en el presente asunto no operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Finalmente, respecto de la **indexación de la sanción moratoria** por pago tardío de las cesantías, el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, dispuso:

“(...) que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. (...)”.

Lo anterior significa, que la sanción moratoria es incompatible con la indexación, toda vez que ésta no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior; así como, la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, lo que determina la improcedencia de reconocer los ajustes de valor de la sanción moratoria mientras esta opere; lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

No obstante, resulta relevante citar sentencia del 16 de mayo de 2019, proferida por la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, Magistrada Ponente: Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, dentro del expediente No. 15001 3333 006 2017-00068-01, demandante: Doris Marcelle Sainea Escobar y demandado: Ministerio de Educación Nacional — FNPSM-; en el cual se **rectificó postura** respecto al pago de indexación de que trata el artículo 187 ibídem, pues aclaró que si bien en anteriores oportunidades de conformidad con el literal cuarto de la parte resolutive de la sentencia de unificación (Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018), se venía accediendo a la indexación de las sumas constitutivas de la sanción en sí misma, y no a la indexación del salario diario, el Consejo de Estado en posteriores pronunciamientos a la SU, tanto en la Subsección "A" como en la Subsección "B" de la Sección Segunda de esa corporación, expuso que no es procedente la indexación de la condena, toda vez que dicho ajuste es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria porque conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económica”.

En este orden de ideas, se niega la indexación de las sumas que resulten a favor de la parte actora.

Costas

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

Criterio asumido por la Sala de Decisión Nro. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá MP Luis Ernesto Arciniegas Triana, Exped. 15001- 3333 – 015 – 2017 -- 00146 – 01 del 28 de agosto de 2019.

"ART. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

No obstante, de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso, se tiene que, en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, la demanda prosperó en forma parcial, razón por la que en el presente asunto el **Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en la norma citada.**

De otra parte, a folio 227 del plenario se observa que la apoderada de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, doctora INGRID ANDREA GONZALEZ TORRES, a través de memorial enviado vía mensaje de datos el 20/08/2019, **solicitó sea aceptada su renuncia al poder conferido por la entidad**, con base en la finalización de la vinculación laboral que sostenía con ésta, a partir del 5 de agosto del año que avanza, adjuntando radicación de oficio No. 20190322830529 del 16 de agosto del año que avanza, dirigido al Fomag y a la Fiduprevisora S.A., mediante el cual comunica su renuncia a los poderes otorgados, dentro de los cuales se relacionó el presente proceso (fls. 228-230)

Así las cosas, al cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 76 del C.G.P, se acepta la renuncia presentada por la abogada INGRID ANDREA GONZALEZ TORRES, identificada con C.C. No. 52.733.455 de Bogotá y T.P. No. 152.068 del C.S. de la J. como apoderada de la entidad a que se hizo mención.

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL 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 NO PROBADAS las excepciones denominadas: **falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y genérica**, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del oficio No. **20170170870531 de 21 de julio de 2017**, por medio del cual la Fiduciaria la Previsora S.A. negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006 al demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. – CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer, liquidar y pagar al señor Justo Luis García Montañez, identificado con C.C. No. 4.237.758 de San Mateo, la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías parciales, a razón de un día de salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **26 de noviembre de 2015 al 15 de marzo de 2016**, para un total de 110 días, la cual deberá liquidarse con base en la **asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

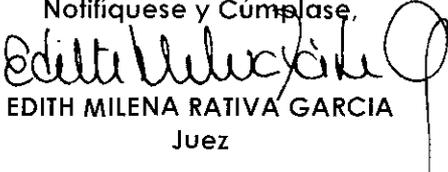
CUARTO.- La **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- NO CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO.- ACEPTAR la renuncia presentada por la abogada INGRID ANDREA GONZALEZ TORRES, identificada con C.C. No. 52.733.455 de Bogotá y T.P. No. 152.068 del C.S. de la J, como apoderada del Fomag.

OCTAVO.- En firme la presente decisión archívese el expediente dejándose las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,

EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez







REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. 22 de 2019

Tunja, dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación No: 15001 3333 015 2017 00164 00
Demandante: LIDA ASTRID BARÓN HERNÁNDEZ
Demandando: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por la señora **LIDA ASTRID BARÓN HERNÁNDEZ**, en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la acción.

Mediante apoderado judicial, la señora **Lida Astrid Barón Hernández**, solicita se declare la nulidad del oficio **No. 20170170856801 del 18 de julio de 2017**, por medio del cual la Fiduprevisora S.A., negó el reconocimiento y pago de la mora por el no pago oportuno de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho solicita se condene a la demandada al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de mora, a partir del día hábil 66 siguiente a la radicación, es decir desde el 24 de septiembre de 2015, hasta el día de pago final, esto es 08 de marzo de 2016, en virtud de la Ley 1071 de 31 de julio de 2006; que las sumas de dinero sean indexadas mes a mes desde la fecha de su exigibilidad hasta la fecha de pago efectivo; que se reconozcan intereses moratorios; que se condene en costas y agencias en derecho y que la liquidación de las condenas y el cumplimiento de la sentencia se efectúe de conformidad con el artículo 192 del CPACA (fl. 2).

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Teniendo en cuenta la fijación del litigio realizada dentro de la audiencia inicial llevada a cabo el 25 de septiembre de 2018 obrante a folios 105-108, los hechos referenciados por el apoderado son los siguientes:

Adujo que la demandante ha laborado al servicio de la educación pública y que mediante petición radicada bajo el No. 2015-CES-021068 del 17 de junio de 2015, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías parciales.

Indicó que a través de la Resolución No. 006313 del 05 de octubre de 2015, las entidades demandadas, reconocieron y ordenaron el pago de las cesantías parciales y que el valor reconocido en la Resolución anterior, le fue cancelado como consta en el recibo de pago hasta el 08 de marzo de 2016 (fl. 21).

Finalmente indicó que por medio de derecho de petición, se solicitó a las entidades demandadas el pago por concepto de sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías, correspondiente a un día de salario por cada día de mora, desde los (65) días hábiles siguientes a la fecha de radicación de la petición de las cesantías y que a través de oficio no. 20170170856801 del 18 de julio de 2017, niegan el derecho pretendido,

argumentando ser improcedente su reconocimiento por vía administrativa, por lo que deben ser liquidados por vía judicial. (fl. 3)

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

De conformidad con los hechos narrados, considera el apoderado de la parte demandante que se vulneraron las siguientes normas:

CONSTITUCIONALES: Preámbulo, 1º, 4º, 6º, 25º, 29º, 83º, 90º, 93º, 94º, 121º, 122º, 209º.

LEGALES: Ley 244 de 1995 y los artículos 2, 3, 4, y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que el principio de la igualdad se conculca, cuando las demandadas, ponen en situación de desventaja a la demandante frente a los docentes a los que se les han cancelado las cesantías parciales y/o definitivas dentro del término estipulado por la ley 1071 del 31 de julio de 2006; es por lo mismo que se discute el acto administrativo demandado, con el fin de corregir la desigualdad que existente entre iguales, más aún cuando la ley prevé una sanción por la mora injustificada en el reconocimiento y pago de las cesantías a partir día hábil sesenta y seis (66), contados a partir de la fecha de la radicación de la solicitud.

Igualmente indicó que al someter a la demandante al retardo injustificado se atenta contra su dignidad humana, más aun cuando no existen razones de fondo para demorar el pago de las cesantías parciales y/o definitivas, sin embargo la Ley 1071 de 2006, de contempla la sanción en contraprestación a la tardanza de la entidad en reconocer y pagar dicho emolumento.

Señaló que las demandadas violan preámbulo de la Constitución, el cual dispone asegurar a los asociados el trabajo, la justicia, la igualdad y la seguridad social, hecho que no se cumplió, pues se allegó la documentación necesaria con la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales, no obstante pasados los 65 días hábiles para el pago, la entidad no se pronunció dentro del término legal, perjudicando los intereses de la demandante respecto de los dineros de las cesantías fruto de su esfuerzo y trabajo al servicio de la docencia.

Adujo que se vulneró el artículo 2 superior, pues es deber del Estado, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios y derechos de los asociados, al expedirse el Acto impugnado se actuó de manera indebida al vulnerar los derechos de la demandante, porque se emiten actos administrativos en contra de la Ley, a sabiendas que los requisitos se cumplieron, olvidando de otra parte que los derechos laborales son irrenunciables.

Señaló como violentado el artículo 53 constitucional pues a la demandante se le dio un trato diferente y desigual de sus compañeros, a pesar de haber cumplido con los mismos requisitos, funciones, horarios, labores, tipo de posesión, exigidos; obligándola a recurrir a la Justicia, con el fin de dirimir el reconocimiento de sus derechos prestacionales (cesantías), lo que implica que tiene prioridad aquí la voluntad del Constituyente cuando dio el carácter de irrenunciable a los derechos laborales y prestacionales; además señaló que fue claro el Constituyente Primario al elevar a canon Constitucional el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, lo que implica que en el sub-judice así la administración utilice indebidamente el contenido de la norma, prevalece el cumplimiento real de los requisitos por la demandante, para acceder a lo que realmente tiene derecho.

Igualmente consideró como violado el Acuerdo 34 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que a su vez modifica los Acuerdos del 11 de enero de 1995 y No. 1 del 26 de junio de 1996 que rige a los docentes afiliados al fondo pues por medio de estas disposiciones se establece el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías parciales a cargo del F.N.P.S.M, para aquellos docentes que se encuentren vinculados a dicho fondo.

Consideró violentada la Ley 244 de 1995, pues se ocasiona un grave perjuicio al erario público, porque al no cancelar de forma oportuna las cesantías parciales y/o definitivas, se da aplicación a esta normatividad donde se establece que: *"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"*.

Indicó que se violó la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

Señaló la configuración de una falsa motivación en el acto administrativo demandado pues considera que el mismo adolece de vicios los cuales conllevan a su nulidad, citando al tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamba definió la Falsa Motivación de los Actos Administrativos, como: *"...se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración. Esta discordancia obedece, como lo indica BOQUERA OLIVER, a que mientras la causa"...conecta el acto con la realidad (...) el vicio de falsedad desconecta el acto producido de esa realidad anterior y que debió ser su verdadero fundamento"* (fls. 3-8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (fls. 82-91)

Indicó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la ley 91 de 1989, como cuenta especial de la Nación, la cual determina las políticas de administración y dirección del Fondo y establece las prioridades de atención de las prestaciones a través de acuerdos y asigna recursos para el pago de prestaciones sociales.

Sostuvo que en virtud del las competencias fijadas en el Decreto 2831 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 los entes territoriales certificadas; que este Decreto creó un procedimiento exclusivo para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual se determinan las etapas, términos y demás formalidades para este efecto.

Afirmó que la Ley 91 de 1989, constituye el régimen legal especial de los docentes el cual dispuso todos los derechos, deberes y procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones que ésta contempla, por lo que para el reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se debe acudir al trámite especial regulado tanto por esta Ley como por su decreto reglamentario.

Adicionó que el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por medio del cual se estableció el régimen de liquidación del auxilio de cesantías de los docentes afiliados a dicho fondo, se determinó que el Fondo es el único habilitado para el pago del auxilio de cesantías, excluyendo a los beneficiarios de esta norma de los demás regímenes de liquidación de cesantías previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, así como de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Reiteró que en virtud del decreto 2831 de 2005, en principio todas las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes afiliados no pueden sujetarse a otro procedimiento diferente, no obstante, el artículo 15 de la Ley 91 de 1981 definió tal situación, imponiendo al Fondo la obligación especial de pagar las cesantías.

Destacó que el Decreto 2831 de 2005 no consagró sanción por mora en el pago de las cesantías, por lo que la sanción dispuesta en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por lo que, no puede aplicarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

V. AUDIENCIA DE PRUEBAS

De conformidad con lo previsto en el artículo 181 del CPACA, se practicó una audiencia de pruebas en la cual se recaudó la totalidad de las mismas, las cuales habían sido decretadas en audiencia inicial, diligencia que fue realizada el 13 de mayo de 2019, igualmente, en esta se consideró innecesario llevar a cabo audiencia de alegaciones y juzgamiento, motivo por el cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez días siguientes a la realización de la misma (fls. 192-193).

VI. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1. Parte demandante (fls. 207-209)

El apoderado de la demandante indicó que el proceso se acreditó que mediante Resolución No. 006313 del 05 de octubre de 2015, expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, le fue reconocido a la señora Lida Astrid Barón Hernández el pago de una cesantía parcial, cuyo pago extemporáneo fue efectuado hasta el 08 de marzo de 2016, como consta en el recibo de pago.

Que igualmente se probó sin oposición de las entidades demandadas, que se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de una cesantía, petición ante la cual la entidades no dieron respuesta alguna.

Señaló que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, establecen los parámetros que la administración debe seguir para el pago de las cesantías definitivas o parciales para servidores públicos, contando con un plazo máximo de 70 días hábiles contados a partir de la solicitud para el reconocimiento y pago de las mismas.

Adujo que la administración incurrió en tardanza no solo en el pago de la cesantía de la docente, sino también en la expedición de la resolución que la reconoce, configurándose mora en el trámite, violentando de manera flagrante los términos establecidos en las leyes anteriormente mencionadas.

Agregó que la entidad demandada afirma haber puesto a disposición los dineros reconocidos en la Resolución No. 006313 el 05 de octubre de 2016, el 30 de diciembre de 2015, dineros que la demandante no pudo cobrar oportunamente por cuanto la entidad demandada no tiene ningún mecanismo informativo sobre la disposición del dinero incumpliendo el deber legal que tiene de informar sus acciones actuales relacionadas con la petición e indicó que no existe prueba siquiera sumaria de que la entidad accionada haya informado a la demandante que ya podía acercarse para disponer del dinero.

Resaltó que por el contrario existe la certificación expedida por el Gerente del Banco BBVA, donde se certifica que el FNPSM reprogramó el pago y donde estas fueron pagadas el 22 de marzo de 2016, siendo la prueba irrefutable de que se pagó el dinero.

Transcribió un aparte de la SUJ-12-S2 del 18 de julio de 2018, para insistir que la mora se debe reconocer hasta el día en que se haya realizado el pago, porque de lo contrario se estaría en contra del precedente transcrito.

Concluyó solicitando tener en cuenta a la hora de emitir fallo, las pruebas aportadas al proceso y conceder favorablemente las pretensiones de la demanda.

2. Parte demandada

2.1. Nación –Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- (fls. 211-212 y 214-215)

La apoderada resaltó su oposición a que se ordene el pago de la sanción, ya que el acto administrativo demandado se encuentra revestido de la presunción de legalidad y consideró que incumbe a la parte probar el supuesto de hecho que las normas consagran en el efecto jurídico que esta persigue.

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda respecto a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tiene establecido un procedimiento especial contenido en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005, a favor de los afiliados al mismo, régimen que contempla la participación de las entidades territoriales y a la Fiduprevisora para el reconocimiento pretendido.

Agregó que la parte demandante no tuvo en cuenta que la disponibilidad del pago está sujeto a factores de orden presupuestal y cronológico.

Adujo que en consonancia con lo anterior la entidad que representa se acoge al principio de legalidad y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción moratoria ha establecido el Honorable Consejo de Estado y la Corte Constitucional y solicitó la aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al tiempo que resaltó que en los casos en que no se cumplen los pagos en tiempo se debe demostrar que existe mala fe por parte del empleador para el no pago de lo mismo.

Finalmente solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda y no se condene en costas a la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad el Ministerio Público no emitió concepto alguno.

VIII. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho que están reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de Litis.

8.1. Problema jurídico.

En audiencia inicial realizada el 25 de septiembre de 2018¹ se estableció el problema a resolver en los siguientes términos:

*"Corresponde a este Despacho determinar si en el presente caso el demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, por el pago extemporáneo de sus **cesantías parciales**, en virtud de la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.*

En caso afirmativo, se deberá establecer si a la accionada: Nación Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- le corresponde realizar el pago efectivo de esta y finalmente, si operó el fenómeno jurídico de la prescripción." (vto. 107)

8.1.1. TESIS DEL DEMANDANTE

La entidad demandada está obligada a reconocer y pagar la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de mora, desde el día 66 hábil siguiente a la radicación de la solicitud de pago de las cesantías parciales y hasta el 17 de septiembre de 2014 fecha de pago efectivo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 31 de julio de 2006.

8.1.2. TESIS DEL DEMANDADO - NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-

El demandante no tiene derecho al pago de la sanción moratoria toda vez que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y su Decreto reglamentario 2831 de 2005, es el aplicable al caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no puede aplicarse la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006 y menos aún hacer extensiva una sanción establecida en una norma especial que no la

¹ Folios 105-108.

contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno del auxilio de cesantías.

8.1.3. Tesis del Despacho

La demandante tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías **parciales**, a razón de un día de salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **30 de septiembre de 2015 al 29 de diciembre de 2015**, la cual se liquidará con base en la asignación básica **vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**.

9.2. De la normatividad aplicable.

9.2.1. Procedencia de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías de los docentes oficiales.

En primer lugar, debe decirse que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran cobijados por el régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el cual se previó un sistema de retroactividad para los docentes nacionalizados (entiéndase los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976) vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y el anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, para los nacionalizados vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990 y aquellos del orden nacional (vinculados a partir del 1 de enero de 1976, de conformidad con lo dispuesto por la ley 43 de 1975 numeral 2. art. 1. ley 91 de 1989) de la forma en que sigue:

"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 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

3. Cesantías:

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 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, 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."

Del texto en cita, se advierte que la norma no señaló el régimen aplicable a los docentes territoriales, no obstante, el artículo 4 ibídem creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley, con observancia del régimen ya señalado y de los que se vincularan con posterioridad a ella.

En ese orden de ideas; i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 -lo que según la definición contenida en los artículos 1.º y 2.º, corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales-, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad sujeto al reconocimiento de intereses.

- i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva y por otro (el pago parcial de cesantías) permitir al trabajador satisfacer otras necesidades; bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador tiene derecho al pago de sus cesantías el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.
- ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.
- iii) Desde la exposición de motivos de esta normativa la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino también territorial.
- iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.
- v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes mantener dos posturas contrarias sobre el asunto de estudio por la jurisdicción contencioso administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.
- vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

En ese orden de ideas, puede afirmarse que la Corte Constitucional avala el reconocimiento de la sanción moratoria en el caso de los docentes oficiales a la luz de lo dispuesto en las normas generales, esto es, de las **Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006**.

Por su parte el Consejo de Estado emitió **sentencia de unificación** a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, **CE-SUJ-SII-012- de 18 de julio de 2018, M.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra**, expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, demandante: Jorge Luis Ospina Cardona, demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Departamento del Tolima, optando también por reconocer la sanción moratoria en el caso de los docentes **sin distinción alguna**, teniendo en cuenta las normas generales, es decir, sin considerar que su régimen especial no contempló expresamente tal derecho; precisando que el docente oficial al tratarse de un servidor público, le es aplicable la ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías se refiere.

Allí se expuso:

"(...)Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de lo carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional (...)" (Negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, del texto en cita, se recordará que al tratarse de un pronunciamiento de unificación, éste constituye precedente verical obligatorio, el cual será acogido por esta

instancia judicial, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10 y 270 de la Ley 1437 de 2011², es decir, en cumplimiento del precedente citado, este Despacho dará aplicación a las disposiciones fijadas por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta el carácter vinculante de las decisiones de los órganos de cierre jurisdiccional.

Ahora bien, en lo relacionado con el trámite de conteo de términos para establecer la mora de la entidad, el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 en la sentencia de unificación indicó:

"En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social —cesantías parciales o definitivas— o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011²) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo —Decreto 01 de 1984, artículo 51³], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006."

Igualmente, en la citada sentencia de unificación se fijaron las siguientes sub reglas:

"(...) PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Artículo 270.- SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

"(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. L...1 Artículo 4. 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 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. **ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.** Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso; 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos; 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos o se hubiere renunciado expresamente a ellos; 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos; 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo."

"(Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la destijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

*(...)
Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.
(...)"*

Artículo 50. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quedó 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.

Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 - Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez - Expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación ---Ministerio de Educación Nacional --- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Departamento de Tolima.

SEGUNDO: 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) Asimismo, 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, inicia el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley (Artículo 69 CPACA), 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.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo, y por ende, aplicable de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.

Así mismo, que al reconocer un derecho, será extensible en los términos previstos en los artículos 10, 102 y 269 del CPACA.

(...)"

Frente a la aplicación del régimen especial de cesantías docente, el H. Consejo de Estado al unificar su jurisprudencia señaló que el **Decreto 2831 de 2005 debía ser inaplicable** ya que establece un nuevo término para el pago de las cesantías que resulta regresivo y de conformidad con la doctrina constitucional, deben prevalecer las leyes expedidas por el Congreso de la República en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 150 de la Constitución Política frente a las disposiciones de inferior rango jerárquico como los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, por lo que se ha de entender que prevalece en su aplicación, la Ley 1071 de 2006.

De lo anterior se concluye, que para efectos del reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas al personal docente, deberán aplicarse los términos señalados en la Ley 1071 de 2006, dada su naturaleza de servidores públicos tal como se explicó anteriormente.

Finalmente, respecto de los efectos de la aplicación de la sentencia de unificación, el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa, en el numeral quinto que la sentencia pluricitada del 18 de julio de 2018, dispuso que los efectos de la misma serían retrospectivos, es decir, que resultan aplicables de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial, de modo que resulta plenamente aplicable al presente asunto.

Ahora bien, vale la pena destacar que en ninguna de las sentencias de unificación ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado, realizaron algún tipo de diferenciación respecto de los docentes a quienes les asistía el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria,

régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria: (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías."

Así las cosas, no hay lugar a dudas que los docentes al ser servidores públicos independientemente del régimen de cesantías a que pertenezcan, son beneficiarios del reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Realizadas las anteriores precisiones, se procederá entonces a realizar el fondo del asunto a efectos de determinar si el asiste derecho al demandante al pago de la sanción moratoria.

10. Del caso concreto:

Del material probatorio arrojado al plenario, se advierte lo siguiente:

Que la demandante se viene desempeñando al servicio de la docencia **desde el 10 de enero de 2006 a la fecha**, tal como se acredita con el certificado de historia laboral expedido el 02 de junio de 2017, por la profesional especializada de la Secretaría de Educación de Boyacá y la Resolución No. 006313 del 05 de octubre de 2015 (fls. 17 y 49-56)

A través de petición radicada bajo el No. 2015-CES-021068 del **17 de junio de 2015**, la señora Lida Astrid Barón Hernández, solicitó el reconocimiento y pago de las **cesantías parciales** que le correspondían por los servicios prestados como docente (fl. 24); así mismo se acredita con la Resolución No. 006313 del 05 de octubre de 2015, por la cual se reconoce y ordena el pago de la referida prestación (fls. 17-20).

Mediante Resolución No. 006313 del 05 de octubre de 2015, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de una **cesantía parcial** a la demandante, por un valor de \$15.070.000 (fls. 17-20).

Que de acuerdo a la certificación expedida por la Subgerente de Gestión Operativa Institucional del Banco BBVA, de fecha 28 de febrero de 2019, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, puso a disposición el pago de cesantía a la docente Lida Astrid Barón Hernández, el **30 de diciembre de 2015**, por valor de \$15.070.000 (fl. 186)

Por medio de solicitud enviada a través de servicios postales de **15 de junio de 2017**, la accionante actuando a través de apoderado, solicitó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Fiduprevisora SA, el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 (fls. 12-14)

Con base en lo anterior y de acuerdo al marco normativo y jurisprudencial expuesto en la presente decisión, se dirá que a la señora **Lida Astrid Barón Hernández**, en calidad de docente oficial, le es aplicable la Ley 1071 de 2006 teniendo en cuenta que su vinculación al servicio educativo data desde el 10 de enero de 2006. Aplicando las subreglas fijadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, esta instancia debe determinar si el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora a la hora de reconocer y pagar sus cesantías parciales.

A través de oficio No. 20170170856801 de **18 de julio de 2017**, la Fiduprevisora le negó a la accionante el reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de **las cesantías parciales**, con los siguientes argumentos: i) que se pudo establecer que la Resolución 6313 por medio de la cual se reconoció la cesantía, fue notificada el 23 de octubre de 2015, por lo que se entendería vencido el término para el pago a partir del 13 de enero de 2016, por lo que no hubo mora; ii) que el pago correspondiente a las cesantías de la actora, habían sido puestas a su disposición a partir del **13 de enero de 2016** en el Banco BBVA y iii), que se había seguido el procedimiento establecido normativamente el cual debe ser atendido en orden riguroso; que no pueden generarse intereses moratorios ni indexación alguna, igualmente, dijo respecto de los primeros, que estos, deben ser liquidados y ordenados por un Juez de la República (fls. 10-11).

En consecuencia, se declarará la nulidad del Oficio No. **20170170856801 del 18 de julio de 2017**, por medio del cual la Fiduciaria la Previsora S.A., negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, por falsa motivación.

Igualmente, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada competente, que proceda al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de la demandante, en razón de un día de salario por cada día de mora acreditados, esto es causados entre el **30 de septiembre de 2015 hasta el 29 de diciembre de 2015**, la cual se liquidará con base en la asignación básica **vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo**, es decir, la devengada por la actora en los meses de septiembre de 2015 a diciembre de 2015.

Ahora bien, resuelto el primer problema jurídico a resolver en el sentido de establecer que la demandante si tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se resolverá a qué entidad le corresponde asumir dicha obligación

La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, por lo que para el efecto el Gobierno Nacional debía suscribir el correspondiente contrato de fiducia mercantil.

Ahora bien según el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dentro de las atribuciones conferidas al Fondo están las de atender las prestaciones sociales de los docentes oficiales, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente sin despojar al FNPSM de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Debe aclararse que el referido artículo es la norma aplicable al caso en estudio, toda vez que es el que se encontraba vigente al momento en que se adelantó la actuación administrativa, no obstante el mismo fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019, que reguló el tema en su artículo 57. Dicha disposición no rige el asunto porque la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el **17 de junio de 2015** y la sanción moratoria se causó el **30 de septiembre de 2015 hasta el 29 de diciembre de 2015**, es decir con anterioridad a la expedición de la mencionada ley.

Así las cosas, el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** es quien debe asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes oficiales afiliados a éste, pese a la existencia de un procedimiento administrativo especial para el trámite de las solicitudes presentadas en el que concurren las Secretarías de Educación territoriales certificadas y la administradora de los recursos del Fondo, es decir, la Fiduciaria Fiduprevisora S.A., trámites que han sido dispuestos para racionalizar el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones, evitándose involucrar a los entes territoriales y a la Fiduciaria, en responsabilidades relacionadas con las prestaciones de los docentes a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo anterior, resulta acertado en el asunto bajo estudio, pues la petición elevada dirigida a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las **cesantías parciales**, de la cual se derivaron los actos administrativos enjuiciados, fue radicada ante la Nación-Ministerio de Educación Nacional –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio– Secretaría de Educación de Boyacá¹⁰, y quien por haber respondido, tendría que haber actuado en ejercicio de las facultades conferidas en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y en

¹⁰ “El oficio demandado en este proceso, si bien fue expedido por la FIDUPREVISORA S.A. el mismo contiene la manifestación de la voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la negativa a la concesión de la sanción moratoria, y ello lo hace un acto administrativo demandable.” Así se consideró en sentencia del 28 de agosto de 2019, dentro del radicado No. 15001-33-33-015-2017-00146-01, Magistrado Ponente Luis Ernesto Arciniegas Triana.

¹¹ Folios 12-14.

el Decreto 1075 de 2015, es decir, en representación de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En consecuencia, ante la prosperidad de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la entidad llamada a responder por las pretensiones de la demanda es la **Nación – Ministerio de Educación Nacional-**, en su **condición de titular de la cuenta conformada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, sin que pueda afirmarse que las competencias asignadas a las autoridades territoriales o a la entidad fiduciaria, la releven de tal obligación.

Con base en lo anterior, se niega la prosperidad de la excepción denominada falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Prescripción

Así las cosas, se citará la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 15 de febrero de 2018¹¹, en la cual se dispuso respecto de la prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, lo siguiente:

“Con fundamento en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016¹²-, referida líneas atrás, la sanción moratoria se debe reclamar desde que esta se hace exigible, so pena de que opere la prescripción, al respecto:

... Prescripción de los salarios moratorios

Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador¹³ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

***“ARTÍCULO 151. -Prescripción.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación definitivamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un caso igual.”*

¹¹ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda-Subsección A-, C.P. Dr. William Hernández Gómez, expediente No. 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14), quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018)

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá, D.C. veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528 14). Apelación sentencia autoridades municipales. Actor: Yesenia Esther Hereira Castillo. Sentencia de unificación jurisprudencial CE SUJ004 de 2016.

¹³ Tal indemnización no tiene el carácter de accesorio a las cesantías, como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

¹⁴ En la sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción “busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora...”

Costas

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece lo siguiente:

"ART. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

No obstante, de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso, se tiene que, en caso de que prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Así las cosas, al valorar en el presente caso la condena en costas, encuentra el Despacho que si bien se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, la demanda prosperó en forma parcial, razón por la que en el presente asunto el **Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, con fundamento en la norma citada.**

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL 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 NO PROBADAS las excepciones denominadas **falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción**, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad del Oficio No. 20170170856801 del 18 de julio de 2017, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales, conforme a lo expuesto.

TERCERO. - CONDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer, liquidar y pagar a la señora Lida Astrid Barón Hernández, identificada con C.C. No. 40.043.102 de Tunja, la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías parciales, a razón de un día de salario por cada día de mora, por el periodo comprendido entre el **30 de septiembre de 2015 hasta el 29 de diciembre de 2015**, la cual se liquidará con base en la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

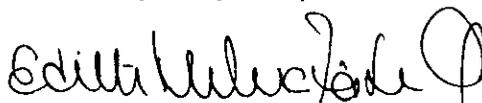
CUARTO. - La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 194 y 195 del CPACA y reconocerá intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

QUINTO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda

SEXTO. - NO CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO.- En firme la presente decisión, archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase.


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
Juez

