

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 126

Santiago de Cali, agosto catorce (14) de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
Radicación 76-001-33 33-005-2015-00226-00
Demandante Dora Ismenia Rojas Tamayo
Demandado Nación –Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Juez CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por la señora DORA ISMENIA ROJAS TAMAYO en contra de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar la nulidad del acto ficto surgido con ocasión de la petición elevada en junio 25 de 2014, en cuanto negó a la demandante el derecho a pagar la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
- 1.2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo.
- 1.3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada al

reconocimiento y pago de la sanción moratoria en mención, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad demandada y hasta cuando se hizo efectivo su pago.

- 1.4. Que los valores a cancelar como consecuencia de la condena impuesta sean debidamente actualizados.
- 1.5. Que se condene a la entidad demandada al pago de intereses moratorios y de las costas procesales.

2. HECHOS

- 2.1. En noviembre 21 de 2007 la demandante solicitó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho por laborar como docente en el servicio educativo estatal, derecho que fue reconocido mediante Resolución No. 4143.3.21.2264 de mayo 12 de 2008, cuyo pago se hizo efectivo en enero 5 de 2008 por intermedio de entidad bancaria.
- 2.2. El plazo de 65 días hábiles que tenía la entidad demandada para cancelar las cesantías se venció en febrero 25 de 2008, por lo que hasta enero 5 de 2009 en que fueron pagadas, transcurrieron 309 días de mora.
- 2.3. En junio 25 de 2014 se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pero la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora cita como violadas las siguientes disposiciones:

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

Indica el apoderado de la parte demandante que de acuerdo con lo señalado en el artículo 5 de la Ley 91 de 1989 la sanción moratoria deprecada está a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Menciona que los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 habían determinado el derecho de la demandante a la sanción moratoria, norma que fue sustituida por la Ley 1071 de 2006, donde el derecho se reconoció tanto para las cesantías parciales como para las cesantías definitivas.

Resalta que el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días contados a partir de radicada la solicitud.

Transcribe apartes pertinentes de dos sentencias proferidas por el Consejo de Estado respecto a la sanción moratoria causada por el pago tardío de las cesantías.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

No contestó la demanda.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1. Parte demandante

Destaca que El Decreto 2831 de 2005, estableció el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero nada dijo sobre el tiempo en que se debía reconocer y pagar las cesantías, ni que acarrearía sanciones en caso de incumplimiento por parte de la entidad; por lo tanto existe un vacío al respecto.

Hace referencia a sentencia de segunda instancia de noviembre 23 de 2016, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, M.P. Franklin Pérez Camargo, dentro del proceso distinguido con el radicado 760013333008-2015-00233-01, donde se resolvió un caso similar al que no ocupa.

Con base en ello, reitera las pretensiones formuladas en la demanda.

5.2. Parte demandada

No asistió a la audiencia.

5.3. Ministerio Público

Expone que de los artículos 1 de la Ley 244 de 1995 y 5 de la Ley 1071 de 2006, se tiene que las entidades públicas tienen un término de 15 días hábiles contados a partir de la solicitud para producir el acto que ordena la liquidación de las cesantías y de 45 días hábiles a partir de que quede en firme dicho acto para proceder al pago de las mismas.

Refiere que de acuerdo con los elementos probatorios, se verifica que la parte demandada incumplió con los términos legales establecidos para efectos del reconocimiento de las cesantías.

Resalta que el hecho de que la ley especial que regula el régimen docente no estipule la sanción moratoria, ello sea óbice para que la entidad demandada demore a término indefinido el pago del auxilio de cesantías de los docentes sin responsabilidad alguna.

Aclara que la sanción moratoria no es un derecho en si mismo considerado, sino una sanción de carácter preventivo que busca que las entidades públicas reconozcan en los términos de ley las cesantías.

Trae a colación tres sentencias del Consejo de Estado en las que se ordena el reconocimiento de la sanción moratoria, especialmente la de fecha noviembre de 17 de 2016.

Pide que se denieguen las pretensiones de la demanda, por encontrarse prescrita la sanción moratoria que se generó en favor de la demandante.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar si la demandante en su calidad de docente oficial afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías, establecida en la Ley 1071 de 2006.

De ser afirmativa la respuesta al problema jurídico anteriormente planteado, deberá determinarse además a qué entidad le compete efectuar el pago de la sanción moratoria tantas veces mencionada.

6.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Realizar consideraciones generales sobre las cesantías;
- (ii) Estudiar el régimen de cesantías de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO;
- (iii) Efectuar un análisis sobre la sanción moratoria dispuesta por el no pago oportuno de las cesantías a los servidores públicos;
- (iv) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto, y;
- (v) Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el derecho reclamado.

6.2.1. DE LAS CESANTÍAS

Sobre la naturaleza del auxilio de cesantías, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos¹:

"(...) La cesantía es una prestación social creada a cargo del empleador y a favor del trabajador, es una figura jurídica con clara orientación social en el desarrollo de las relaciones obrero patronales, pues busca retribuir la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de actividades definitivo.

Bajo el entendido que dicha carga prestacional corresponde a la entidad a la cual el trabajador prestó sus servicios, es deber de la entidad empleadora, en este caso la Universidad del Magdalena, asumir el total de la prestación liquidada, pues es clara la importancia del principio que postula el pago de lo debido para asegurar el adecuado funcionamiento de la vida social".

Así, el artículo 17 de la Ley 6 de 1945² definió el concepto de cesantías como

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de marzo 6 de 2008, C.P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. **Radicación número: 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06).**

² "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y **jurisdicción especial de trabajo**"

una prestación de la que gozarían los trabajadores, la cual sería cancelada a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio; las cuales inicialmente se reconocían de manera retroactiva al momento del retiro y eran canceladas con el monto del último salario devengado.

Siguiendo el recuento normativo, debe decirse que la Ley 65 de 1946³ reglamentó el tema de las cesantías en favor de los servidores públicos, bajo los siguientes términos:

***“Artículo 1°.-** Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continúa o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.*

***Parágrafo.-** Extiéndase este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley”.*

A su turno, el Decreto 1160 de 1947 en su artículo 6 dispuso que el pago de las cesantías para los servidores públicos, se haría tomando el último salario o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor a doce (12) meses; así mismo indicó que en la liquidación debería tenerse en cuenta todos los rubros que el trabajador reciba de forma habitual y permanente como contribución al servicio prestado.

Luego, se expidieron normas que han dispuesto el desmonte de las cesantías retroactivas, es el caso del Decreto 3118 de 1968⁴ a través del cual se estableció la obligatoriedad para algunos sectores de la administración (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional), de consignar en el Fondo Nacional del Ahorro de manera anual las cesantías de su personal.

En ese sentido, el artículo 5 de la Ley 432 de 1998⁵ estableció la obligación de afiliarse al Fondo Nacional de Ahorro, a los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, excepto los miembros de la Fuerza Pública y el personal docente, éstos últimos al estar regidos en este

³ "Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras"

⁴ "Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998"

⁵ "Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones"

aspecto por la Ley 91 de 1989. Asimismo, señaló que podían vincularse al aludido Fondo de manera voluntaria los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Más adelante fue expedida la Ley 50 de 1990⁶, que en sus inicios solo regulaba al sector privado y trabajadores oficiales, disposición que creó los fondos de cesantías y en su artículo 98 estipuló las cesantías anuales para aquellas personas vinculadas con posterioridad a su entrada en vigencia.

Posteriormente, la Ley 344 de 1996⁷ en su artículo 13, dispuso la liquidación anual de cesantías para las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado a partir de su entrada en vigencia, estableciendo que en diciembre 31 de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral.

Por su parte el Decreto 1582 de 1998⁸ en su artículo 1 consagró la posibilidad para los empleados públicos del nivel territorial de afiliarse a un fondo privado de cesantías, o afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro, distinguiendo en cada caso cual sería el régimen aplicable; así:

“Artículo. 1 El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998”

El aludido Decreto 1582 de 1998 en su artículo 3 otorgó la posibilidad de que los empleados públicos que estuvieran bajo el régimen de cesantías retroactivas, esto es, aquellos vinculados con anterioridad a diciembre 31 de 1996, fecha en que fue publicada y entró en vigencia la Ley 344 de 1996, se trasladaran al régimen anual de cesantías, ya por que decidieran vincularse a los fondos privados, o al Fondo Nacional del Ahorro.

De otra parte, el régimen de liquidación de cesantías de los docentes está consagrado en la Ley 91 de 1989, según pasa a explicarse en el siguiente acápite.

⁶ **“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”**

⁷ "Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones"

⁸ **“Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”**

6.2.2. REGIMEN DE CESANTIAS DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO fue creado a través de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería y autonomía administrativa, encargada de atender los asuntos prestacionales de los docentes. Sobre el particular, el artículo 3º de la citada norma dispone:

“Artículo 3º.- Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

Así mismo, el artículo 4 de dicha disposición estableció que las prestaciones sociales de los docentes serían atendidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el artículo 5 dispuso que dicho fondo tendría como uno de sus objetivos efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. Veamos:

“Artículo 4º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación. (...)

Artículo 5º.- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1.- Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.”

Ahora bien, en relación a las cesantías el numeral 3º del artículo 15 de la referida Ley dispone:

“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 1 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 1 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 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, acumulados 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.

Posteriormente, el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 16 de la Ley 91 de 1989, profirió el Decreto 2831 de 2005, mediante el cual se reglamentó el inciso 2° del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la citada ley, así como el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableciendo en su capítulo II el trámite para el reconocimiento de prestaciones sociales económicas a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO así:

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

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°. *Gestión a cargo de las secretarías de educación.* De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.
4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto

administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

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

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4°. *Trámite de solicitudes.* El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

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

En resumen, el Decreto 2831 de 2005 estableció el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en cuanto a la radicación de la solicitud (artículo 2); de acuerdo al numeral 3° del artículo 3, corresponde a las Secretarías de Educación elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo para su aprobación; una vez recibido el proyecto de resolución, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, la sociedad fiduciaria debe impartir su aprobación o indicar de manera precisa, las razones por las que no lo hace e informar de ello a la secretaría de educación (Inciso 2° del artículo 4) y una vez aprobado el proyecto de resolución, el acto deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley (el artículo 5).

En consecuencia, la Ley 91 de 1989 señala el régimen legal de las cesantías de los docentes y el Decreto 2831 de 2005 el trámite para el reconocimiento de

prestaciones económicas a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. No obstante, las normas en cita nada dijeron en cuanto a la fecha del pago de las cesantías y si existía alguna sanción por la extemporaneidad en el reconocimiento y pago de las mismas.

6.2.3. DE LA SANCION MORATORIA POR EL NO PAGO OPORTUNO DE CESANTIAS – SERVIDORES PÚBLICOS

A través de la Ley 1071 de 2006, se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995 respecto a la regulación del pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, estableciendo sanciones y términos para su cancelación.

El artículo 2º de la referida Ley 1071 de 2006 fijó su ámbito de aplicación, refiriendo que serían destinatarios de la misma los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; 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 de Ahorro.

A su turno, en sus artículos 4 y 5 se consagró el procedimiento y los tiempos que debían de transcurrir para lograr el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas y una sanción en caso de que éstos no fueran atendidos, así:

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

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 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.”

De lo expuesto en la norma en cita se puede concluir que la entidad encargada de pagar las cesantías, parciales o definitivas, una vez radicada la solicitud de reconocimiento y pago adjuntando la documentación pertinente, cuenta con quince (15) días para expedir el acto administrativo y una vez en firme éste, cuenta con cuarenta y cinco (45) días para realizar el pago respectivo, so pena de hacerse acreedora a una sanción que consiste en un día de salario por cada día en la mora en el pago de la prestación.

6.2.4. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

- 6.2.4.1. Que mediante petición radicada en noviembre 21 de 2007, la demandante, señora DORA ISMENIA ROJAS TAMAYO, en su calidad de docente oficial afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, solicitó a esta última entidad el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales por haber laborado desde 29/10/1976 hasta 15/01/2008 en el sector de la educación⁹.
- 6.2.4.2. Que a través de la Resolución No. 4143.3.21.2264 de mayo 12 de 2008, se reconoció a la demandante el pago de las cesantías parciales solicitadas en noviembre 21 de 2007¹⁰.
- 6.2.4.3. Que el pago de las cesantías parciales reconocidas en favor de la demandante a través del acto administrativo premencionado se realizó solo hasta enero 5 de 2009 a través de la entidad bancaria BBVA¹¹.
- 6.2.4.4. Que a raíz de la demora en el pago de sus cesantías, la señora DORA ISMENIA ROJAS TAMAYO a través de su apoderado en junio 25 de 2014 solicitó ante la entidad demandada el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, petición que no fue contestada, generándose con ello el acto administrativo ficto o presunto que actualmente se demanda¹².

7. EL CASO CONCRETO

⁹ Hecho probado que se extrae de las consideraciones de la Resolución 4143.3.21.3364 de mayo 12 de 2008, obrante de folios 5 a 9 del expediente.

¹⁰ Folios 5 a 9. del expediente.

¹¹ De acuerdo con certificación, referenciada con el radicado 2013ER201453, expedida por el Director de Afiliaciones y recaudos de la Fiduprevisora, vista a folio 10 del expediente.

¹² Folios 13 y 14.

Se encuentra establecido que la señora DORA ISMENIA ROJAS TAMAYO, en su calidad de docente oficial afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través del presente medio de control pretende obtener la nulidad del acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo y generado por la no contestación de la petición radicada ante la entidad demandada en noviembre 21 de 2007, a través del cual se entiende negada la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de cesantías parciales, en virtud de lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006.

Teniendo en cuenta la anterior circunstancia, en primer lugar, es necesario determinar si las disposiciones de la Ley 1071 de 2006, son aplicables al personal docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, específicamente, si la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías allí establecida, también aplica a dichos servidores públicos.

Sobre dicho aspecto, en un pronunciamiento reciente, el Consejo de Estado indicó¹³:

"ésta ley [Ley 1071 de 2006] cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, incluyendo a los docentes oficiales, quienes tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, pues una posición contraria implicaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem, además, porque dicha sanción no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5o de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"

Así las cosas, considera el Despacho que si bien el Decreto 2831 de 2005 estableció el trámite para el reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo del FONDO NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dicha norma no estableció sanción alguna por el reconocimiento y pago tardío de las mismas, quedando un vacío en la norma que afecta notablemente los derechos laborales del empleado docente, como quiera que con base en él las entidades encargadas de reconocer y pagar las cesantías burlan el derecho de que gozan los docentes y realizan los trámites sin tener en cuenta los principios de celeridad, pasando un tiempo considerable entre el momento en que solicitan las cesantías y el pago efectivo de las mismas.

Por lo anterior, teniendo en cuenta el principio de favorabilidad laboral, en virtud del cual el operador jurídico está facultado para aplicar la disposición jurídica más

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de diciembre 14 de 2015, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Rad. 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14).

beneficiosa al trabajador cuando existan dos o más textos legislativos vigentes y que resulten aplicables al caso, el Despacho estudiará si en el caso bajo estudio la entidad demandada canceló tardíamente las cesantías parciales reconocidas a la parte actora conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, norma que regula el pago de las cesantías para todos los empleados del Estado y consagra el derecho al pago de la sanción por extemporaneidad y la cual a juicio del Despacho resulta más benéfica para la demandante, siendo además la analizada y aceptada por el Consejo de Estado en casos similares¹⁴.

Efectuada la anterior precisión, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006, la entidad empleadora, o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación, cuenta con un plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir el acto de reconocimiento, una vez en firme dicho acto administrativo¹⁵ la entidad pagadora, dispone de cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar la prestación social.

Sobre la contabilización de la mora por el pago tardío de la cesantía, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁶, se tiene que en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, en tales casos, la contabilización debe efectuarse a partir de la fecha de la solicitud, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción.

Ahora bien, de la Resolución No. 4143.3.21.2264 de mayo 12 de 2008, se logra determinar que la solicitud para el reconocimiento de las cesantías parciales de la demandante se radicó en noviembre 21 de 2007¹⁷ y como quiera que para ese momento se encontraba en vigencia el Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo-, conforme lo indica su artículo 51, el término para interponer recursos contra un acto administrativo de carácter particular era de cinco (05) días siguientes a su notificación, quedando en firme una vez transcurrido el mismo sin

¹⁴ Consejo de Estado –Sección Segunda: **i)** Sentencia del 14 de diciembre de 2015, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, rad. 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14); **ii)** Sentencia de febrero 17 de 2015, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, rad. 17001-23-33-000-2012-00012-01(2114-13); **iii)** Sentencia del 22 de enero de 2014, Consejero ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, rad. 730012333000201300192 01.

¹⁵ Debe tenerse en cuenta que si la solicitud se realizó en vigencia del Decreto 01 de 1984 serán 5 días de ejecutoria y si fue en vigencia de la Ley 1437 de 2011 serán 10 días.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 14 de diciembre de 2015. C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE. Rad. 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14).

¹⁷ Hecho probado 6.2.4.1.

interponerse recursos o cuando fueran resueltos los incoados (Artículo 62 numerales 2 y 3 ibídem).

Por lo anterior, el término máximo de sesenta y cinco (65) días hábiles con los que contaba la entidad demandada para efectuar el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas por la demandante¹⁸, empezó a contabilizarse a partir del día hábil siguiente a la radicación de la petición de reconocimiento y pago de las cesantías, valga decir, noviembre 22 de 2007 y vencieron en febrero 25 de 2008.

Sin embargo, está acreditado que el valor reconocido por concepto de cesantías parciales a la demandante sólo quedó a disposición de ésta en enero 5 de 2009 a través del BANCO BBVA¹⁹, por lo cual, la mora en el pago de dicha prestación social corrió desde **febrero 26 de 2008** hasta **enero 4 de 2009**. Esta circunstancia haría acreedora a la demandante al reconocimiento de la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo durante dicho plazo.

Así las cosas, no existe duda para el Despacho de que la demandante tenía derecho al reconocimiento de la sanción moratoria en comento; no obstante, previo a establecer si debe declararse tal derecho en su favor, se considera necesario estudiar la operancia o no del fenómeno jurídico de la prescripción extintiva en el caso concreto.

8. PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado en sentencia de Unificación determinó que el derecho a la sanción moratoria se encuentra sujeto a término prescriptivo²⁰ y en relación a dicho fenómeno jurídico, se tiene que el artículo 41 del Decreto Ley 3135 de 1968, prevé que las acciones derivadas de los derechos consagrados en el mismo prescriben en tres años, contados desde que la obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por lapso igual con el simple reclamo escrito que haga el empleado o trabajador del derecho respectivo. Esta disposición fue reiterada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

¹⁸ Quince (15) días para expedir el acto administrativo, cinco (5) días de ejecutoria y cuarenta y cinco días para realizar el respectivo pago.

¹⁹ Hecho probado 6.2.4.3.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación de agosto 25 de 2016, C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16.

El consejo de Estado se refirió frente a las normas en comento en los siguientes términos:²¹

“(...) Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968²² y 102 del Decreto 1848 de 1969²³ que disponen: “Las acciones estipuladas en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible (...)”.

“Contempla el mismo artículo que el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

“Retomando las normas citadas en el párrafo anterior en relación con la prescripción de los derechos laborales, se debe partir del presupuesto de que el derecho sobre el cual se solicita el reconocimiento administrativo y/o judicial debe encontrarse en su momento de exigibilidad, para que a partir de allí, se empiece a contabilizar el término de su prescripción. Es decir, el prerequisite de la aplicación de la prescripción del derecho, es que éste se encuentre en el estado jurídico de la exigibilidad (...)”

Surge de lo anterior que las prestaciones laborales de los empleados públicos y trabajadores oficiales prescriben en el término de tres años, y que cuando el trabajador o empleado formula petición reclamando el derecho respectivo ese término se interrumpe por un lapso igual. Claro está que para que haya interrupción de la prescripción, la reclamación del derecho debe hacerse antes del vencimiento del término de tres años, pues si ésta se formula por fuera de este lapso, la prestación ya se encuentra prescrita y, por ende, no opera la interrupción.

Asimismo, transcurrido un lapso de tres (3) años posteriores a la reclamación del derecho que suspendió el término de prescripción, sin que el servidor público ejercite la acción correspondiente, la prestación igualmente prescribe.

Adicionalmente, precisa el Consejo de Estado en la jurisprudencia referenciada que la prescripción debe contabilizarse a partir del momento en que el derecho reclamado verdaderamente se haga exigible.

Bajo las anteriores consideraciones, se observa que en el caso concreto el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible **desde febrero 26 de 2008²⁴ hasta**

²¹ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda –Sala de Conjueces, Sentencia de Unificación de 18 de mayo de 2016, Exp. Rad. 25000-23-25-000-2010-00246-02 (0845-15), C.P: JORGE IVÁN ACUÑA ARRIETA (Conjuez).

²² Artículo 41, Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual”.

²³ Artículo 102, Decreto 1848 de 1969: “1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

²⁴ Día siguiente al vencimiento de los 65 días con que contaba la entidad demandada para reconocer y efectuar el pago de las cesantías.

enero 4 de 2009²⁵, lo que indica que el plazo máximo que tenía la demandante para reclamar este derecho en sede judicial era **hasta enero 4 de 2012**, sin embargo lo hizo varios años después, dado que presentó la demanda correspondiente en julio 15 de 2015²⁶, es decir, tres (3) años seis (6) meses y once (11) días después de haber operado el fenómeno prescriptivo respecto del último día de sanción moratoria, que fue enero 4 de 2009.

Al respecto vale señalar que en el *sub lite* no hubo interrupción del término prescriptivo debido a que la reclamación del derecho en sede administrativa se radicó en junio 25 de 2014²⁷, esto es, de manera extemporánea en tanto el derecho a la sanción moratoria se encontraba prescrito desde enero 5 de 2012.

Debe recordarse que de acuerdo con las disposiciones legales y jurisprudencia citadas precedentemente, la prescripción se interrumpe por un lapso de tres (3) años siempre y cuando el empleado o trabajador haga la reclamación del derecho ante la autoridad competente dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del mismo, ya que si no lo hace dentro de ese periodo el derecho prescribe, como ocurrió en el caso *sub examine*.

En suma, el Despacho encuentra que si bien la señora DORA ISMENIA ROJAS TAMAYO era acreedora al reconocimiento y pago de la sanción moratoria reclamada, a cargo de la entidad demandada, resulta indudable que tal derecho se encuentra prescrito de conformidad con lo expuesto en esta providencia y por ello, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 187 del CPACA deberá declararse de oficio la prosperidad de la excepción de prescripción extintiva del derecho reclamado, circunstancia que conlleva a denegar las pretensiones de la demanda.

Por último, es importante tener en cuenta que la figura de la prescripción trienal es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad y, en segundo lugar, una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento, cuestión que aconteció en el caso objeto de estudio.

9. COSTAS

²⁵ Día anterior al que se efectuó el pago de las cesantías.

²⁶ Según acta de reparto glosada a folio 36 del expediente.

²⁷ Folios 13 y 14 cuaderno único.

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.²⁸, entre otras cosas, establece que:

“(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación²⁹:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)**” (Se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

²⁸ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto (5º) Administrativo del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción extintiva del derecho reclamado.

SEGUNDO: Consecuente con lo anterior, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, por lo argumentado precedentemente.

CUARTO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez

JIVB