

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 122

Santiago de Cali, agosto 10 de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de Control</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Laboral
<b>Radicación</b>	76-001-33 33-005-2016-00311-00
<b>Demandante</b>	María del Pilar García Ramírez
<b>Demandado</b>	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
<b>Juez</b>	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 María del Pilar García Ramírez, 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 mayo 24 de 2016, en cuanto negó a la demandante el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles desde el momento en que se radicó la solicitud y hasta cuando se hizo efectivo el pago.

**1.2.** Que se disponga, que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un 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 establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en

que se radicó la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías ante la entidad demandada y hasta cuando se hizo efectivo su pago.

**1.4.** Condenar a la Nación Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a efectuar el pago en forma actualizada, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

**1.5.** Condenar a la Nación Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

## **2. HECHOS**

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

**2.1.** La Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, al cual en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 15 ibidem se le asignó la competencia del pago de las cesantías de los docentes oficiales.

**2.2.** Teniendo en cuenta lo anterior, la demandante, señora María del Pilar García Ramírez, en su calidad de docente oficial en julio 06 de 2015 elevó petición ante la entidad demandada solicitando el reconocimiento y pago de sus cesantías, las cuales a su vez le fueron reconocidas mediante Resolución No. 4143.0.21.8602 de diciembre 07 de 2015 y pagadas en mayo 12 de 2016 por intermedio de la respectiva entidad bancaria.

**2.3.** Refiere que a partir de la fecha de la solicitud de cesantías, esto es, julio 06 de 2015, la entidad demandada contaba con 70 días hábiles para efectuar el pago, término que venció en octubre 16 de 2015, pese a lo cual la cancelación de las cesantías se efectuó en mayo 12 de 2016, transcurriendo 205 días de mora.

**2.4.** Mediante derecho de petición, la demandante solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria tantas veces mencionada, solicitud que fue despachada desfavorablemente a través del acto ficto o presunto de carácter negativo que aquí se demanda; aclarando que

además se adelantó el trámite de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación.

### **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La parte actora cita como violadas las siguientes disposiciones:

- Ley 91 de 1989, artículos 5, 9 y 15
- Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2
- Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5
- Decreto 2831 de 2005

Indica el apoderado de la parte actora, que el pago de la sanción moratoria, por el no pago oportuno de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es un emolumento susceptible de ser reconocido en sede judicial por cuanto las entidades obligadas a responder por dicha prestación han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la misma.

Manifiesta que en virtud de la mora en el pago de las cesantías, fueron expedidas de manera progresiva la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, conformado por 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder al pago en favor del servidor, una vez se encontrara en firme el acto administrativo de reconocimiento.

Aduce, que haciendo caso omiso a lo anterior, la entidad demandada ha venido cancelando la prestación reclamada por fuera del término legal situación que genera una sanción a cargo de la demandada equivalente a un día de salario del docente por cada día de retraso que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías y hasta que se hizo efectivo el pago.

### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio manifiesta, que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la

demanda, como quiera que el pago de las cesantías se encuentra supeditada a la disponibilidad presupuestal y al turno del mismo, además que la solicitud se elevó ante la entidad territorial y no su representada.

Para el caso que nos ocupa, básicamente centra su defensa afirmando que no hay razón para el reconocimiento de la sanción moratoria pretendida en este asunto, toda vez que los docentes gozan de un régimen especial establecido en la Ley 91 de 1989. Además, no puede condenarse al Ministerio de Educación Nacional al pago de tal sanción, porque el pago de las prestaciones reclamadas lo realiza la Previsora, previo los trámites realizados ante la Secretaría de Educación de la entidad territorial a la cual se encuentra vinculado el docente.

Concluye que en materia de sanción moratoria, a los servidores del Estado en general debe aplicárseles la Ley 1071 de 2006, pero no a los docentes del sector público porque éstos tienen su propio régimen de cesantías, mismo que no contempla la sanción en mención.

Solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda y se absuelva al demandado de todo cargo.

Propuso las excepciones: inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, pago de la obligación contenida en el acto administrativo y la de prescripción, las cuales se resolverán en el desarrollo de este proveído.

## **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **5.1. Parte demandante**

Se ratifica en los hechos y pretensiones expuestos de la demanda.

### **5.2. Parte demandada**

Se ratifica en los hechos plasmados en la contestación de la demanda y solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

### **5.3. Ministerio Público**

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto sobre el particular.

## 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) Efectuar un análisis sobre la sanción moratoria dispuesta por el no pago oportuno de las cesantías a los servidores públicos;
- (iii) Estudiar el régimen de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;
- (iv) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto, y;
- (v) Determinar si en el caso concreto, le asiste o no al 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 términos<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> 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).

*"(...) 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 las cosas, el artículo 17 de la Ley 6 de 1945<sup>2</sup> definió el concepto de cesantías como 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 1946<sup>3</sup> reglamentó el tema de las cesantías en favor de los servidores públicos, bajo los siguientes términos:

*"Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado 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 1968<sup>4</sup> a través del cual se estableció la obligatoriedad para algunos sectores de la administración (Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y

---

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

<sup>3</sup> "Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras"

<sup>4</sup> "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"

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 1998<sup>5</sup> 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 aspecto por la Ley 91 de 1989; así mismo 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 1990<sup>6</sup>, 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 1996<sup>7</sup> 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 1998<sup>8</sup> 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 cuál 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

---

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

<sup>6</sup> "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones"

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

<sup>8</sup> "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"

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, disponiendo el procedimiento que se debería efectuar para ello, en los siguientes términos:

"Artículo 3°.- En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, se procederá de la siguiente forma:

- a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición".

Así pues, podemos concluir que en cuanto a cesantías para los empleados públicos del orden territorial existen dos regímenes:

1. Régimen de cesantías retroactivas: aplicables para los vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1996 y que no hayan optado por cambiarse de régimen. Sus cesantías se regulan por lo dispuesto en la leyes 6a de 1945, 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947.

2. Régimen anual de cesantías: aplicables a aquellos empleados vinculados con posterioridad al 31 de diciembre de 1996 o que hayan decidido trasladarse. En este puede darse dos eventos:

- Afiliados a fondos privados: sus cesantías serán reguladas por las disposiciones contenidas en la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996 y demás normas concordantes.
- Afiliados al Fondo Nacional del Ahorro: sus cesantías se regirán por las disposiciones contenidas en la Ley 432 de 1998, el Decreto 3118 de 1968 y demás normas concordantes.

Ahora bien, para efectos de esclarecer la forma de pago de las cesantías de los servidores públicos y que éstas se pagaran oportunamente el legislador promulgó la Ley 244 de 1995, norma que con posterioridad fue adicionada y modificada por

la Ley 1071 de 2006, reglamentando el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.

### **6.2.2. DE LA SANCION MORATORIA POR EL NO PAGO OPORTUNO DE CESANTIAS – SERVIDORES PÚBLICOS.**

A través de la mencionada 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.

### **6.2.3. 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 2º del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, 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 2º. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

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

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

*"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 secretaria 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 secretaria 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, si bien 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, tales normas no dijeron nada 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, resultando aplicable el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, y que se dirige a los servidores públicos en general, sin distinguir si son docentes o no.

#### **6.2.4. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS:**

6.2.4.1. Que mediante petición radicada en julio 06 de 2015, la demandante, señora María del Pilar García Ramírez, 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 por un espacio de 23 años 0 mes y 1 días en el sector de la educación<sup>9</sup>.

6.2.4.2. Que a través de la Resolución No. 4143.0.21.8602 de diciembre 07 de 2015, se reconoció a la demandante el pago de las cesantías parciales solicitadas desde julio 06 12 de 2015<sup>10</sup>.

6.2.4.3. Que el pago de las cesantías parciales reconocidas en favor de la demandante a través del acto administrativo prementado se realizó solo hasta mayo 23 de 2016 a través del Banco BBVA<sup>11</sup>.

6.2.4.4. Que a raíz de la demora en el pago de sus cesantías, la señora María del Pilar García Ramírez a través de su apoderado judicial en mayo 24 de 2016 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 demanda<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Hecho probado que se extrae de las consideraciones de la Resolución No. 4143.0.21.8602 de diciembre 07 de 2015, obrante a folios 6 a 9 del expediente.

<sup>10</sup> Folios 6-9 del expediente.

<sup>11</sup> Certificado visible a Folio 11 cuaderno único.

<sup>12</sup> Folios 3-5 c. único.

## 7. EL CASO CONCRETO

Tenemos entonces, que la señora María del Pilar García Ramírez, 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 mayo 24 de 2016, 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 empleados públicos de régimen especial.

Sobre dicho aspecto, en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado ha indicado que las disposiciones de la Ley 1071 de 2006 también cobijan a los docentes oficiales. Así, en sentencia de diciembre 14 de 2015 la alta Corporación precisó:<sup>13</sup>

*"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".*

A igual conclusión llegó la Corte Constitucional al unificar su criterio en sala plena a través de sentencia SU-366 de mayo 18 de 2017:<sup>14</sup>

*"9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:*

---

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> La Corte Constitucional, Sala Plena; sentencia SU-366 de mayo 18 de 2017; M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

(...)

*(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, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución”.*

Así las cosas, considera el Despacho que si bien el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 consagra un régimen especial para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales, también lo es que dicha norma no estableció sanción alguna por el reconocimiento y pago tardío de las mismas, quedando un vacío normativo que afecta notablemente los derechos laborales de tales servidores públicos, 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, con fundamento en los principios constitucionales de favorabilidad laboral e igualdad de oportunidades, así como en el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional referidos en procedencia, el Despacho colige que las disposiciones previstas en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, son aplicables a los docentes al servicio del Estado, y por consiguiente, éstos tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías.

Igualmente concluye el Despacho, de acuerdo con el análisis plasmado en el numeral 6.2.2 de este fallo y con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado existente sobre la materia<sup>15</sup>, que en el caso de los docentes oficiales, la sanción

---

<sup>15</sup> En sentencia de noviembre 17 de 2016, proferida dentro del expediente radicado con el número 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014), la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero William Hernández, al respecto manifestó, plateó la siguiente tesis:

*“La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:*

- *Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.*

- *Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los*

moratoria debe ser asumida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que por disposición del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en armonía con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, es quien tiene a cargo el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al mismo, entre ellas, las cesantías. Por consiguiente, no es posible trasladar esa pena económica al Municipio de Santiago de Cali –Secretaría de Educación Municipal, tal como lo pretende el Ministerio de Educación Nacional, por cuanto la labor que desarrolla dicho Ente Territorial en el trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de los docentes, es meramente de intermediación, según lo preceptuado en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y su Decreto reglamentario 2831 de la misma anualidad, sin que deba entenderse que tal actuación, releva al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de su competencia de reconocer y pagar las prestaciones económicas de los docentes.

Efectuadas las anteriores precisiones, 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 las cesantías, 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 administrativo<sup>16</sup> 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, el Consejo de Estado en sentencia de noviembre 17 de 2016, hizo la siguiente precisión:<sup>17</sup>

*"De la normatividad transcrita se observa que el legislador no sólo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para*

---

*cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.*

- *A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales. En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías".*

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de noviembre 17 de 2016, C.P. William Hernández Gómez, Rad. 66001-23-33-000-2013-00190-01(1520-2014).

*emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.*

(...)

"Corolario, se deben contar los 45 días aludidos, después de los 15 días hábiles desde la presentación de la solicitud, más 5 días de ejecutoria del acto administrativo, por haberse presentado la solicitud en vigencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), es decir a partir del 19 de agosto de 2010 empieza a correr el término de 45 días para el pago".

Por manera que sólo cuando el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, los cuarenta y cinco (45) días hábiles otorgados para el pago oportuno de las cesantías comienzan a contarse desde la firmeza del mismo; pues, cuando el acto administrativo se emite por fuera del mencionado término, por culpa de la entidad y no del solicitante, o no se expide, los cuarenta y cinco (45) días aludidos se deben contar, después de los quince (15) días hábiles de presentación de la solicitud, más el término de ejecutoria, que puede ser de cinco (5) días si la solicitud se presentó en vigencia del Decreto 01 de 1984 (CCA) o de diez (10) días si la misma se hizo en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA). En consecuencia, 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, la sanción moratoria se causa sesenta y cinco (65) o setenta (70) días hábiles después de la solicitud, dependiendo si ésta se formuló en vigencia del Decreto 01 de 1984 o de la Ley 1437 de 2011, respectivamente.

En el caso que nos ocupa, se encuentra probado que la solicitud para el reconocimiento de las cesantías parciales de la demandante se radicó en julio 06 de 2015<sup>18</sup>, y que la entidad demandada reconoció esta prestación mediante Resolución No. 4143.0.21.8602 de diciembre 07 de 2015<sup>19</sup>. Esto permite inferir que dicha solicitud se formuló en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) y que la entidad demandada la resolvió por fuera del término de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, lo cual, a su vez, conlleva a afirmar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contaba con setenta (70) días hábiles para efectuar el pago oportuno de la cesantía en mención<sup>20</sup>, lapso que empezó a contabilizarse a partir del día hábil siguiente a la radicación de la petición de reconocimiento y pago de las cesantías, valga decir, julio 07 de 2015, venciéndose en octubre 16 de 2015.

<sup>18</sup> Hecho probado 6.2.4.1.

<sup>19</sup> Folios 6 a 9 del expediente.

<sup>20</sup> Quince (15) días para expedir el acto administrativo, diez (10) días de ejecutoria y cuarenta y cinco días para realizar el respectivo pago.

Sin embargo, está acreditado que el monto reconocido por concepto de cesantías parciales a la demandante sólo fue cancelado a ésta en mayo 23 de 2016 a través del Banco BBVA<sup>21</sup>, por lo que resulta evidente que se causó mora en el pago de dicha prestación social desde octubre 17 de 2015 hasta mayo 22 de 2016, debiéndose entonces reconocer 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 el precitado periodo.

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto administrativo negativo ficto o presunto demandado que surgió ante la no contestación de la petición radicada en mayo 24 de 2016, y en tal virtud se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, la cual se causó desde octubre 17 de 2015 (día siguiente al vencimiento del término de setenta (70) días para efectuar oportunamente la cancelación de la cesantía parcial) hasta mayo 22 de 2016 (día anterior a la fecha en la que quedó a disposición de la parte demandante en el Banco BBVA el valor reconocido por concepto de cesantía parcial).

Cabe aclarar que para calcular la sanción aquí ordenada y como quiera que las cesantías pagadas extemporáneamente eran parciales, se tendrá en cuenta el salario devengado por la demandante al momento de generarse la mora, el cual a su vez se indica, no podrá ser indexado pues así lo ha entendido la Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996 al determinar que:

*"(...) La sanción moratoria impuesta por la ley busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella (...)"*

## 8. PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado en sentencia de Unificación determinó que el derecho a la sanción moratoria se encuentra sujeto a término prescriptivo<sup>22</sup> 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

<sup>21</sup> Según se explicó en el hecho probado 6.2.4.3.

<sup>22</sup> 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 empleado o trabajador del derecho respectivo. Esta disposición fue reiterada en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

El consejo de Estado se refirió frente a las normas en comento en los siguientes términos:<sup>23</sup>

*"(...) Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968<sup>24</sup> y 102 del Decreto 1848 de 1969<sup>25</sup> 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 prerrequisito 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. Precisa el Consejo de Estado que la prescripción debe contabilizarse a partir del momento en que el derecho reclamado verdaderamente se haga exigible.

De lo anterior se infiere que transcurrido un lapso de tres (3) años contados a partir de la reclamación del derecho que suspendió el término de prescripción, sin que el servidor público ejercite la acción correspondiente, la prestación prescribe.

Bajo las anteriores consideraciones, se observa que en el caso concreto el derecho a la sanción moratoria aquí declarado se hizo exigible desde octubre 17 de 2015<sup>26</sup> hasta mayo 22 de 2016<sup>27</sup>, la solicitud de pago de la mencionada sanción se radicó en mayo 24 de 2016<sup>28</sup>, por lo que no hay lugar a aplicar

<sup>23</sup>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).

<sup>24</sup>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".

<sup>25</sup>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".

<sup>26</sup> Día siguiente al vencimiento de los 70 días con que contaba la entidad demandada para reconocer y efectuar el pago de las cesantías parciales.

<sup>27</sup> Día anterior al que las cesantías quedaron a disposición del demandante en la entidad bancaria.

<sup>28</sup> Folio 3 a 5 cuaderno único.

prescripción alguna, si en cuenta se tiene que entre el momento en que se hizo exigible el derecho reclamado y la fecha de radicación de la petición no transcurrieron tres (3) años, igualmente entre este último evento – radicación de la petición- y la presentación de la demanda – octubre 25 de 2016<sup>29</sup>- no pasaron tres (3) años.

Por lo tanto, no se causó prescripción de la sanción en comento.

## 9. COSTAS

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.<sup>30</sup>, 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 interpretación<sup>31</sup>:

*“(...) 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.

<sup>29</sup> Folio 34 cuaderno único.

<sup>30</sup> Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

<sup>31</sup> 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 punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º 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.

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 NO PROBADAS** las excepciones propuestas por la entidad demandada.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del **acto administrativo ficto o presunto**, producto del silencio administrativo negativo **configurado en agosto 24 de 2016** al no haberse dado respuesta a la petición formulada por el apoderado del demandante en mayo 24 de 2016, acto a través del cual se presume que la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** - actuando en nombre del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**- negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, a favor de la demandante.

**TERCERO:** En consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reconocer y pagar en favor de la señora **MARÍA DEL PILAR GARCÍA RAMÍREZ**, identificada con C.C. No. 66.677.629, la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde octubre 17 de 2015 hasta mayo 22 de 2016.

**CUARTO: NO CONDENAR** en costas en esta instancia, tal como se expuso en la

parte considerativa de esta sentencia.

**QUINTO: ORDENAR** a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

**SEXTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**SÉPTIMO:** En firme la presente sentencia, comunicar a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del C.P.A.C.A.

**OCTAVO: LIQUIDAR** los gastos del proceso; **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ**  
Juez