

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, septiembre veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018)

**ACTA No. 252**  
**AUDIENCIA INICIAL**  
**Artículo 180 Ley 1437 de 2011**

**Hora inicio:** 09:30 A.M.  
**Hora finalización:** 10:30

**Juez:** CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

**Expediente:** 76001-33-33-005-2016-00318-00  
**Demandante:** ANA CRISTINA FRANCO TAMAYO  
**Demandado:** NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO  
**Medio de Control:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LABORAL

**1. ASISTENTES**

**1.1. PARTE DEMANDANTE: (NO CMPARECE)**

**APODERADO:**

**NOMBRE:**

**C.C. N°:**

**T. P. N°:**

**1.2. PARTE DEMANDADA:**

**APODERADA MINEDUCACIÓN.:**

**NOMBRE:** YENIFFER ANDREA VERDUGO BENAVIDES

**C.C. N°:** 1.130.598.183

**T. P. N°:** 214.536 del C.S.J.

**1.3.- MINISTERIO PÚBLICO:**

**NOMBRE:** HÉCTOR ALFREDO ALMEIDA TENA (NO ASISTIÓ)  
**C.C. N°:** 14.466.037 de Cali  
**T. P. N°:** 157084 del C.S.J.

Se deja constancia que no comparece el Agente del Ministerio Público; ni el ponderado judicial de la parte actora sin embargo, teniendo en cuenta que su ausencia no interrumpe la celebración de la audiencia, se continuará con el desarrollo de la misma.

Como quiera que la asistencia a la presente audiencia del apoderado judicial de la parte actora es obligatoria al tenor de lo consagrado en el art. 180 CPACA, el Despacho, en cuaderno separado iniciará el respectivo trámite incidental, si dentro de los tres días siguientes no presente la excusa respectiva-.

**La presente providencia queda notificada en estrados.**

## 2. SANEAMIENTO

Respecto al saneamiento del proceso, no detecta este juzgador ninguna irregularidad procesal o causal de nulidad que invalide lo actuado:

- En efecto, con el auto admisorio de la demanda, se verificaron presupuestos tales como: i) competencia; ii) caducidad; y iii) conclusión del procedimiento administrativo.
- La notificación de la demanda, se surtió correctamente, en los términos del Art. 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según constancia de notificación y acuses de recibido que se observa de folio 49-56 del expediente.
- Se verificó que los términos para contestar y para reformar la demanda corrieron debidamente, según se informa en constancia secretarial obrante a folio 94 del expediente.
- La entidad demandada contestó la demanda en forma oportuna (f. 83-91) y la parte actora no reformó la misma (folio 80).
- Se corrió traslado de las excepciones propuestas por la demandada, y la parte demandante no se pronunció sobre éstas (folios 80).
- Finalmente se observa que a folios 80-82 del expediente obra libelo mediante el cual la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a través de apoderada, contestó la demanda; sin embargo, advierte este Despacho que tal entidad no ha sido vinculada a este proceso bajo ninguna modalidad, es decir, que no hace parte del mismo.

Así las cosas, el Despacho se abstiene de dar trámite a la contestación de la demanda en comento, en la medida que la FIDUPREVISORA S.A. no es sujeto procesal dentro de este proceso.

Hechas las anteriores consideraciones, es menester interrogar a los apoderados de las partes para que manifiesten si se encuentra de acuerdo con el trámite impartido dentro del sub-lite, o si a bien lo tiene, indique si detectan alguna irregularidad o causal de nulidad que invalide lo actuado.

<b>INTERVINIENTE</b>	<b>ADVIERTE IRREGULARIDAD</b>	<b>ADVIERTE CAUSAL DE NULIDAD</b>
<b>APODERADA PARTE DEMANDANTE</b>	<b>NO ADVIERTE</b>	<b>NO ADVIERTE</b>
<b>APODERADA PARTE DEMANDADA</b>	<b>NO ADVIERTE</b>	<b>NO ADVIERTE</b>
<b>MINISTERIO PÚBLICO</b>	<b>NO COMPARECE</b>	<b>NO COMPARECE</b>

En este orden de ideas, al no advertir por las partes ninguna irregularidad o nulidad, se continuará con el desarrollo de la audiencia.

**Lo decidido en este acápite de saneamiento queda notificada por Estrados a las partes.**

### **3. DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS**

La apoderada del Ministerio de Educación Nacional propuso las excepciones de:

- i. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY;
- ii. PAGO DE LA OBLIACIÓN CONTENIDA EN EL ACTO ADMINISTRATIVO; y
- iii. PRESCRIPCIÓN.

En cuanto a la excepción de “*Prescripción*”, el Despacho considera que si bien el numeral 6° del artículo 180 del CPACA, establece que debe resolverse en la presente etapa, lo cierto del caso es que se refiere al tipo de prescripción que afecte la continuidad del proceso, valga decir, la que pueda finalizar el mismo; por tal razón y toda vez que misma refiere sólo a algunos periodos de la sanción moratoria, en el dado caso que prosperen las pretensiones de la demanda, esta será resuelta en la sentencia.

Igualmente las demás excepciones propuestas, por ser fondo, también se resolverán en la sentencia.

**La presente decisión queda notificada en estrados.**

### **4. FIJACIÓN DEL LITIGIO**

De la confrontación del escrito de demanda y de su contestación, se puede establecer que sólo existe consenso respecto del hecho 4 de aquella; por tal razón, no hay lugar a indagar a las partes sobre cualquier otro aspecto, y el Despacho fija el litigio en los siguientes términos:

**¿Tiene derecho la demandante a que se le reconozca y pague la sanción moratoria, establecida en la ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados a partir de los 65 días hábiles después de la radicación de la solicitud de la cesantía, hasta que se hizo efectivo el pago?**

**En consecuencia ¿Procede el restablecimiento del derecho correspondiente?**

Se procede a indagar a las apoderadas de las partes para que manifiesten su acuerdo o desacuerdo con la fijación del litigio planteado.

Manifiestan estar de acuerdo con la fijación del litigio efectuada por el Despacho, por lo tanto queda fijado en los términos antes expuestos.

**La presente decisión queda notificada en estrados.**

## 5. CONCILIACIÓN

Destaca el despacho, que la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que trae beneficios tales como: **i)** Un ahorro patrimonial a favor de las entidades y organismos estatales; **ii)** la contribución a la descongestión de la administración de justicia; y, **iii)** la efectiva protección y garantía de los derechos de los ciudadanos.

Por lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el numeral octavo (8°) del Art. 180 de la ley 1437 de 2011, se insta a las partes para que manifiesten su ánimo conciliatorio, y propongan sus respectivas fórmulas, que para el caso de la entidad demandada, debe estar soportada por el acta expedida por el comité de conciliación, no sin antes advertirles que es válida la convocatoria a la presente audiencia de conciliación así se trate de derechos laborales irrenunciables, sólo que el posible *“acuerdo conciliatorio debe estar limitado a que no se menoscaben derechos ciertos e indiscutibles y no se renuncie a los mínimos establecidos en las normas laborales y al derecho a la seguridad social”*<sup>1</sup>, presupuestos que se verificarán al momento de aprobar el acuerdo conciliatorio al que puedan llegar las partes.

**Parte demandada:** Manifiesta que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la entidad demandada no tiene ánimo conciliatorio.

**De acuerdo con lo anterior, el Despacho declara fallida la conciliación.**

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B – C.P. Gerardo Arenas Monsalve – Auto del 14 de junio de 2012 – Radicación: 25000-23-25-000-2008-01016-01(1037-11).

## **6. MEDIDAS CAUTELARES**

Como no fueron solicitadas se continua con el trámite de la audiencia.

## **7. DECRETO DE PRUEBAS**

Teniendo en cuenta la fijación del litigio, y el análisis de las pruebas aportadas y pedidas, conforme lo dispone el artículo 180 numeral 10 de la Ley 1437 de 2011, se procede a dictar el

### **AUTO INTERLOCUTORIO No.649**

#### **1. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDANTE:**

**1.1. DOCUMENTALES APORTADAS:** Téngase como pruebas los documentos acompañados con la demanda y que se encuentran glosados a folios 3 al 20 del expediente, los cuales serán valorados al momento de dictarse sentencia.

#### **2. PRUEBAS DE LA PARTE DEMANDADA:**

Se niega la práctica de la prueba documental solicitada en el acápite de pruebas de la contestación de la demanda, por cuanto se considera que las pruebas allegadas al proceso son suficientes para resolver de fondo el presente asunto.

**La presente decisión queda notificada en estrados.**

## **8. AUDIENCIA PRUEBAS - TRASLADO DE ALEGATOS**

### **AUTO DE SUSTANCIACIÓN No. 593**

Teniendo en cuenta que en el presente asunto no hay pruebas que practicar, en tanto que las obrantes en el expediente son suficientes para dictar sentencia. De conformidad con el Artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en armonía con los numerales 1° y 2° del Art. 182 ib. el Despacho **RESUELVE:**

**1.- PRESCINDIR** de la audiencia de pruebas y en consecuencia se constituye en audiencia de juzgamiento.

**2.- CÓRRASE** traslado a las partes, para que presenten sus alegatos de conclusión.

**3.-** Escuchados los alegatos respectivos, se indicará el sentido del fallo.

**La presente decisión queda notificada en estrados.**

## **9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

- **PARTE DEMANDANTE:** Expone alegatos de conclusión. Se ratifica en los hechos y pretensiones planteados en la demanda.
- **PARTE DEMANDADA:** Expone sus alegatos. Se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.
- **MINISTERIO PÚBLICO: NO ASISTIO A LA AUDIENCIA.**

## **10. SENTENCIA No.**

### **Septiembre veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018)**

Decide el Despacho el proceso radicado bajo el No. 76001333300520160031800, instaurado por la señora ANA CRISTINA FRANCO TAMAYO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.263.550, en contra del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a través de la cual se plantean las siguientes

#### **1. PRETENSIONES**

1. Declarar del acto ficto originado en la petición presentada en junio 25 de 2014 del acto de agosto 25 de 2014, por medio de la cual, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se negó a pagar la sanción moratoria, establecida en la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes a la radicación de solicitud de cesantías y hasta cuando se hizo el pago definitiva de la misma.

1.2. Declarar la demandante tiene derecho a que la NACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconozca y pague la sanción moratoria, establecida en la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes a la radicación de solicitud de cesantías y hasta cuando se hizo el pago definitiva de la misma

1.3 Que a título de Restablecimiento del Derecho se condene que la NACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconozca y pague la sanción moratoria, establecida en la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalente a

un día de salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de la cesantía hasta la entidad y hasta cuando se haga efectiva el pago de la misma.

1.4 se condene que la NACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago de los ajustes a que haya lugar por la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria y los intereses a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia.

## 2. HECHOS

2.1. Que la señora ANA MARIA FRANCO TAMAYO, como docente estatal solicitó el pago de la cesantías a NACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en julio 13 de 2010.

2.2. Que Por medio de Resolución No. 4143..021.10421 de 05 de noviembre de 2010, le fue reconocida la cesantía solicitada .

2.4. Que dicha cesantía fue cancelada en agosto 16 de 2011, por intermedio de la entidad bancaria.

2.5 Que desde la fecha que se solicitó la cesantía hasta el pago de la misma, transcurrieron 300 días de mora, contaron a partir de día siguiente de los 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelar, hasta el momento en que se efectuó el pago.

2.6 Que con fecha junio 25 de 2014, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y NACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO respondió negativamente en acto ficto.

2.7 Que se solicitó audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, la cual resultó fallida.

## 3. ANTECEDENTES

Mediante auto No. 149 de febrero 13 de 2017, la demanda fue objeto de admisión y traslado surtido en legal forma (folios 30-33 y 49-56).

### 3. 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.

### 4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

#### **4.1 REGIMEN DE CESANTIAS DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONALDE 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 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 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 petionario 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.

#### **4.2 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 2° 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 4°. Términos.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

**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 5°. 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.

## **HECHOS PROBADOS**

Se encuentra probado en el proceso, primero, que mediante petición de fecha julio 13 de 2010 la señora ANA CRISTINA FRANCO solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y, segundo, que esta petición fue resuelta por medio de la Resolución No. 4143.0.21. 10421 de 05 de noviembre de 2010, proferida por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali, a través de la cual le reconoció la suma de \$117.237811 por concepto de liquidación parcial de cesantías, en su calidad de docente nacional, y ordenó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le pagará dicha cantidad como anticipo de cesantía con destino a la reparación, remodelación o ampliación de vivienda (folios 3-5).

En agosto 16 de 2011 de esa le fue pagada la cesantía reconocida, a través del Banco BBVA Colombia, según certificación expedida por el Director de Afiliaciones y Recaudos de la Fiduprevisora (f. 7).

En junio 20 de 2014 la demandante solicitó al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el reconocimiento y pago de la sanción moratoria

establecida en la Ley 1071 de 2006, por pago tardío de las cesantías que le fueron reconocidas (folios 10-11).

Teniendo en cuenta lo anterior, se produce el pago el 16 de agosto de 2011, transcurrió mas de los 65 días siguientes a las solicitud del pago de las cesantías , es decir el término para el pago feneció el día 14 de octubre 2010.

## 5. PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado en sentencia de Unificación determinó que el derecho a la sanción moratoria se encuentra sujeto a término prescriptivo<sup>2</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 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>3</sup>

*“(...) Respecto al análisis de la prescripción trienal, es menester hacer alusión al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968<sup>4</sup> y 102 del Decreto 1848 de 1969<sup>5</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 (...)”*

---

<sup>2</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.

<sup>3</sup> Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda –Sala de Conjuces, 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>4</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>5</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”.

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.

En este caso en particular el pago de las cesantías debió efectuarse en octubre 14 de 2016, se hizo efectivo en agosto 16 de 2011, con 300 días de mora que va desde 15 de octubre de 2011 hasta agosto 15 de 2011, Es decir debe aplicarse la sanción moratoria desde junio 20 de 2011, hasta agosto 15 de 2011, teniendo en cuenta que se encuentra prescrito desde el 20 junio de 2011 hacia atrás.

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** probada PARCIALMENTE la excepción de prescripción extintiva del derecho reclamado, a partir de junio 19 de 2011, hacia atrás.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del **acto administrativo ficto o presunto**, producto del silencio administrativo negativo **configurado en septiembre 20 de 2011** al no haberse dado respuesta a la petición formulada por el apoderado del demandante en junio 20 de 2011, acto a través del cual se presume que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL 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, en favor del 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 ANA CRISTINA FRANCO TAMAYO, identificada con C.C. No. 31.263.550, la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde junio 20 de 2011 hasta agosto 15 de 2011.

**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**

**CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ**

Juez

**.La presente decisión queda notificada en estrados**

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se da por terminada, siendo las 10: 18 de la mañana y se firma por quienes intervenimos, después de ser leída y aprobada en su contenido.

---

**CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ**

Juez

---

**YENIFFER ANDREA VERDUGO BENAVIDES**

Apoderada Ministerio de Educación

---

**GLORIA INÉS GRISALES LEDESMA**

Oficial Mayor.