



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

D.E.I.P de Barranquilla, quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicado	08-001-3333-006-2019-00176-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Ledys Judith Mercado Coronado
Demandado	Nación - Ministerio de Educación – FOMAG - Departamento del Atlántico.
Jueza	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

I. ASUNTO A DECIDIR

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por la señora Ledys Judith Mercado Coronado contra Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y Departamento del Atlántico, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, en los siguientes términos:

II. ANTECEDENTES

2. DEMANDA

2.1. Pretensiones

Como pretensiones de demanda, la actora presentó las que a continuación se mencionan las cuales fueron divididas por el accionante en declaraciones y condenas¹:

2.1.1 Declaraciones

Primera: Declarar la existencia de un acto ficto configurado, producto de la reclamación administrativa de la sanción moratoria presentada el día 14 de diciembre de 2018, por el pago tardío de las cesantías a mi representada.

Segunda: Declarar la nulidad del acto ficto configurado frente a la petición presentada el día 14 de diciembre de 2018, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

2.1.2 Condenas

Primera: Condenar a los demandados a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a la demandante.

Segunda: Condenar a los demandados al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria.

Tercero: Condenar a los demandados al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

¹ Archivo N° 01 Expediente Digital (Demanda Páginas 02, 03)

Cuarto: Condenar en costas a los demandados.

2.2. Hechos

Al realizar el estudio del cuerpo de la demanda y sus anexos, como fundamentos fácticos de las pretensiones de demanda, se resumen los siguientes²:

Primero: La señora Ledys Judith Mercado Coronado, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, solicitó el día 30 de octubre de 2015 el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

Segundo: Por medio de la Resolución N° 0118 del 31 de marzo de 2016 le fue reconocida la cesantía solicitada.

Tercero: Esta cesantía fue cancelada el día 05 de septiembre de 2016, por intermedio de entidad bancaria.

Cuarto: la demandante solicitó las cesantías el día 30 de octubre de 2015, siendo el plazo para cancelarlas el día 15 de febrero de 2016, pero se realizó el día 05 de septiembre de 2016, por lo que transcurrieron 203 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.

Quinto: Con fecha 14 de diciembre de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad convocada y ésta resolvió negativamente de manera ficta las pretensiones invocadas.

2.3. Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.

Como fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de su violación, presentó la parte actora los argumentos que a continuación se resumen:

Disposiciones Violadas

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

El pago de la cesantía de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, es una situación jurídica susceptible de ser reconocida 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, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que al momento de solicitarlas, están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado, para cuando éste, quede CESANTE en su actividad.

En virtud de estas circunstancias, 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

² Archivo N° 01 Expediente Digital (Demanda página 06)

Radicado No. 08001-3333-006-2019-00176-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ledys Judith Mercado Coronado
Demandado: Nación, Min Educación, Fomag, Departamento del Atlántico

término perentorio para el reconocimiento de las mismas, conformado por los 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder al pago al servidor, una vez expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Sin embargo, y muy a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa debe ser interpretada en el sentido que entre el reconocimiento y pago de la prestación en comento, no debe superarse los setenta (70) días hábiles después de haber sido radicada la solicitud, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha venido cancelando por fuera de los términos establecidos en la Ley la prestación reclamada, circunstancia que genera una SANCIÓN a cargo de esta entidad equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma. (...)

En estas circunstancias, obsérvese que el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de mi representado, está siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los setenta (70) días después de haber realizado la petición de las mismas, obviando la protección de los Derechos del trabajador, haciéndose LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO asumir o ser el acreedor a la SANCION correspondiente por la mora en el pago de la CESANTIA por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma y con ésta circunstancia pueda resarcirse los daños que causó a mi mandante, situación que debe ser oportunamente protegida por este despacho.

Es así como la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006 al establecer un término perentorio para la liquidación de la cesantía buscó fijar un imperativo para que la administración expidiera la resolución en forma oportuna, evitando que la autoridad demorara su respuesta, pretendiendo evadir la acción de la justicia.

Conforme a lo anterior se puede vislumbrar que fue el mismo Estado, quien habiendo visto la burla que las entidades públicas encargadas del reconocimiento de la cesantía daban a sus empleados, pretendió remediar dicha situación con la expedición de la multicitada norma; pese a ello las entidades han evadido el mandato legal, incurriendo en mora injustificada y creando incertidumbre en el servidor frente al reconocimiento de la prestación, expidiendo el acto administrativo sólo cuando pudiera eventualmente, disponer de los recursos para la cancelación de la misma, pretendiendo evitar la imposición de la sanción por mora; sin embargo al encontrar el H. Consejo de Estado en esto, una situación tan irregular, procedió a explicar en multiplicidad de pronunciamientos, la formula como deben computarse los términos señalados para el pago de la prestación reclamada v empezar a causarse la sanción por mora que se solicita en esta oportunidad, lo que le significa señor juez, que debe accederse a las suplicas de la demanda.

2.4 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.4.1. Departamento del Atlántico, Secretaria De Educación.³

“Con respecto al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho propuesto por la señora LEDYS JUDITH MERCADO CORONADO, me permito manifestar al

³ Archivo N° 09 Expediente digital (Contestación de la Demanda Departamento del Atlántico)

Radicado No. 08001-3333-006-2019-00176-00
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Demandante: Ledys Judith Mercado Coronado
 Demandado: Nación, Min Educación, Fomag, Departamento del Atlántico

despacho, que me opongo enfáticamente a las pretensiones y condenas que pretende el demandante en contra del Departamento del Atlántico, en virtud a que por parte del ente territorial que represento no se ha amenazado ni vulnerado derechos particulares, legales ni constitucionales, por lo tanto, no compartimos los argumentos planteados en la demanda por las siguientes razones:

Las prestaciones de los docentes oficiales, así como el trámite para su reconocimiento a cargo de las Secretarías de Educación de las Entidades Territoriales certificadas, está regulado por las leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005, donde se establecen las competencias de cada una de las entidades que intervienen en el citado trámite, como se expondrá a continuación: Al efecto, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, establece: **“ARTICULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”. (Subraya fuera del texto)

Por su parte, el Decreto 2831 de 2005 establece: “para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...) Artículo 3°. Gestión a cargo de las Secretarías de Educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. (...)”

(...) Así las cosas, es competencia de FIDUPREVISORA S.A., realizar los pagos de las prestaciones sociales y económicas de los docentes afiliados, mientras exista la partida presupuestal que así lo permita, previa recepción de los actos proferidos por el funcionario competente de la respectiva entidad territorial, en donde se reconozca el derecho y la cuantía a pagar, acto administrativo que debe estar debidamente notificado y ejecutoriado, en estricto orden de aprobación y recepción de los actos administrativos, razón por la cual, todo lo relacionado con las fechas de programación y el pago de la prestación reconocida, corresponde exclusivamente a la FIDUPREVISORA S.A., entidad responsable de elaborar las nóminas correspondientes, dentro de los turnos de disponibilidad presupuestal y el cronograma establecido con los bancos en virtud de lo dispuesto en el acuerdo 034 de 1998 emanado del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 344 de 1996 el cual establece: “Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, solo podrán pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio de que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de las solicitudes y los reconocimientos y pagos cuando existan. En este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse”. (Sentencia C-248-97 de la Corte Constitucional). (...).

Radicado No. 08001-3333-006-2019-00176-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ledys Judith Mercado Coronado
Demandado: Nación, Min Educación, Fomag, Departamento del Atlántico

Como excepciones frente a la demanda se presentó la siguiente:

✓ **Excepción de inexistencia de la obligación reclamada**

“Respecto a la indemnización moratoria solicitada es necesario señalar que el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, no es aplicable al régimen prestacional especial de los docentes, pues así lo ha determinado la jurisprudencia, en el sentido de que la Ley 91 de 1989, norma que se aplica de manera prevalente respecto de la Ley 1071 de 2006, así esta última norma sea posterior, por cuanto la ley especial regula una materia concreta respecto al pago de las cesantías para los docentes, y en cuanto a la sanción por mora en el pago oportuno de las cesantías, y que por ello la disposición legal de carácter general regulada por la Ley 1071 de 2006, no se hace extensiva para los docentes del sector público, al encontrar evidente que la Ley 91 de 1989 regula de manera especial el pago de las cesantías para los docentes y que dentro de su normatividad no se contempla esta sanción.”

2.4.2. Ministerio de educación Nacional, y Fondo de Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se deja Constancia que no fueron recibidas contestaciones de la demanda, respecto de los demandados Ministerio de Educación Nacional, y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.5. Alegatos

2.5.1. Parte actora señora Ledys Judith Mercado Coronado⁴

La parte demandante, mediante su apoderada judicial, presentó alegatos de conclusión dentro del plazo estipulado, ratificando los hechos y pretensiones propuestas, en los siguientes términos:

“De la lectura desprevenida de las disposiciones que se reprodujeron, debe concluirse inevitablemente que la entidad territorial respectiva, en este caso, DEPARTAMENTO DEL ATLANTICO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL sólo produce una actividad administrativa bajo la tutela de la entidad administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que es el encargado del pago de las prestaciones sociales y obligaciones accesorias a las mismas.

Significa lo anterior que su labor, tiene un carácter meramente operativo, pudiéndose expresar que se desarrolla en virtud del principio de coordinación a que se refiere el artículo 6° de la Ley 489 de 1998, pues, las obligaciones prestacionales de los docentes, siempre, y mientras estén vigentes las normas reguladoras actuales de las mismas, estarán a cargo de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo a esta entidad el pago de las mismas, sólo que el trámite administrativo es efectuado por la entidad territorial certificada, a través de la Secretaría de Educación o la autoridad que se delegue para el efecto. Es cierto que el acto demandado está suscrito por el Secretario de Educación de la entidad territorial, pero, nótese que, en el encabezado del referido acto, dicha autoridad administrativa actúa “...en nombre y representación de la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confiere la ley 91 de 1989, el Art. 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005”.

⁴ Archivo N° 15 Expediente Digital (Alegatos de Conclusión Demandante)

Radicado No. 08001-3333-006-2019-00176-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ledys Judith Mercado Coronado
Demandado: Nación, Min Educación, Fomag, Departamento del Atlántico

2.5.2. Parte demandada Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La parte de demandada, intervino solamente hasta esta etapa procesal, mediante alegatos de conclusión radicados dentro del término legal, con las siguientes consideraciones:

“En el caso concreto, encuentra esta parte que, de la revisión de la situación fáctica, el ejercicio de imputación jurídica y el material probatorio allegado por la parte demandante, se infiere con certeza que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO en su calidad de ente territorial responsable del pago de la sanción por mora, ello si se considera que:

- Por medio de la Ley 1955 de 2019 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018- 2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, se dispuso a través del parágrafo de su artículo 57 que:

“La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías”.
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)”

✓ CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO APLICACIÓN LEY 1955 DE 2019:

“Señor juez, en caso de declarar nulo el acto administrativo demandado, solicito respetuosamente tenga en cuenta que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaría de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas.”

✓ IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE SANCIÓN MORATORIA POR SER BENEFICIARIO DEL RÉGIMEN RETROACTIVO DE CESANTÍAS

Tal y como ha dispuesto el H. Tribunal Administrativo de Boyacá a través de sus pronunciamientos judiciales, a saber, Sentencia del 29 de abril de 2019, proferida dentro del radicado No. 15001233300020170016400, con ponencia del Magistrado OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.

Todo lo anterior permite arribar a la conclusión que para el caso concreto, resulta improcedente la el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria que se pretende, ello si se considera que la normas que contemplan tal sanción, resultan ser inaplicables al actor, si se considera que pertenece al Régimen Retroactivo de Cesantías, que de suyo le excluye del marco de aplicación de la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006.

✓ EL TÉRMINO SEÑALADO COMO SANCIÓN MORATORIA A CARGO DEL FOMAG ES MENOR AL QUE SEÑALA LA PARTE DEMANDANTE

Todo lo anterior supone que las pretensiones tendientes al reconocimiento, liquidación y pago de la sanción mora por valor de \$26.562.009 no cuenta con vocación de prosperidad

Radicado No. 08001-3333-006-2019-00176-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ledys Judith Mercado Coronado
Demandado: Nación, Min Educación, Fomag, Departamento del Atlántico

en tanto, se demuestra que número de día en los cuales se incurrió presuntamente en mora fueron 192 días y no 203 días, como erróneamente lo manifiesta el demandante.

2.5.3 Parte demandada Departamento del Atlántico

El departamento del Atlántico, no presentó alegatos de conclusión dentro de la etapa procesal dispuesta para ello.

III. TRAMITE PROCESAL

- La demanda fue presentada el 18 de julio de 2019⁵ y admitida en auto dictado el 05 de agosto de 2019.⁶
- Surtidos los trámites de notificación, la demanda fue contestada únicamente por el Departamento del atlántico en fecha 20 de agosto de 2020.⁷
- De las excepciones propuestas, se corrió traslado mediante fijación en lista del 16 de octubre de 2020.⁸
- Con base a lo señalado en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, el Despacho dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, teniendo en cuenta que no habían pruebas que practicar y que el asunto a tratar es de puro derecho, por medio de auto del 12 de noviembre de 2020.⁹
- Finalmente, y vencido el referido traslado para alegar, ingresa el proceso a Despacho en estado de dictar sentencia.

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. Validez de la actuación.

Revisadas las actuaciones procesales, no observa este Juzgado irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado.

4.2. Problema jurídico: El problema jurídico en el presente asunto se concreta en determinar si conforme a los cargos de nulidad propuestos por la actora, se desvirtúa la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos acusados.

Lo anterior pasa por determinar lo siguiente:

Corresponde al despacho determinar ¿si la docente Ledys Judith Mercado Coronado, perteneciente al régimen retroactivo de cesantías, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006?

⁵ Archivo N° 05 Expediente Digital (Acta de Reparto)

⁶ Archivo N° 06 Expediente Digital (Auto Admisorio)

⁷ Archivo N° 08, 09 Expediente Digital (Contestación Demanda y correo de radicación)

⁸ Archivo N° 13 Expediente Digital (Traslado de Excepciones Fijación en lista)

⁹ Archivo N° 14 Expediente Digital (Auto Corre traslado para alegar)

4.3. Tesis del Juzgado:

En el presente asunto el Despacho sostendrá la tesis, conforme a la sentencia de unificación CESUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, la cual determinó que si bien el personal docente puede tener derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías en aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, dicha sanción moratoria fue consagrada únicamente para el régimen de liquidación anualizado y no para el régimen de cesantía retroactiva, de conformidad con la misma Ley 244 de 1995.

Por tanto, y como quiera que la señora LEDYS JUDITH MERCADO CORONADO es beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, es claro que no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

4.4. Marco jurídico y jurisprudencial

4.4.1. Régimen de Cesantías de los docentes

A fin de establecer el régimen de cesantías de los educadores de acuerdo a su tipo de vinculación es necesario remitirnos nuevamente a la Ley 91 de 1989, estatuto que en su artículo 15 reguló el tema de las cesantías y de las demás prestaciones sociales de los docentes de la siguiente manera:

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

- 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*
- 2. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley. (...)*

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 de aplicar la tasa de interés, que, de acuerdo con certificación de la Superintendencia

Radicado No. 08001-3333-006-2019-00176-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ledys Judith Mercado Coronado
Demandado: Nación, Min Educación, Fomag, Departamento del Atlántico

Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."

Se observa que la norma transcrita contempla una transición en cuanto al régimen a aplicar en las prestaciones sociales de los docentes; así, conforme al numeral primero, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Específicamente sobre la prestación social de las cesantías, el numeral tercero de la norma en cita contempla las mismas fechas como punto de partida de la transición, pues allí se estipula que los vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 conservan el régimen retroactivo de cesantías, mientras que los que se vinculen al servicio educativo a partir de enero de 1990 se les aplica el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.

Respecto a los regímenes de cesantía docente el Consejo de Estado se manifestó de la siguiente manera:

"De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 30 de este mismo artículo señala, que, a partir de su vigencia, para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, dicho Fondo 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. Y 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 solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 10 de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que, habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 10 de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a

Radicado No. 08001-3333-006-2019-00176-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ledys Judith Mercado Coronado
Demandado: Nación, Min Educación, Fomag, Departamento del Atlántico

los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 10 de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses".¹⁰(Negrillas y subrayas fuera del texto original)

De lo hasta ahora expuesto tenemos que, únicamente los docentes nacionalizados que comenzaron a laborar antes de 31 de diciembre de 1989, conservaron el régimen retroactivo de cesantías, toda vez que los nacionales y los incorporados al servicio educativo a partir de enero de 1990 independientemente de su tipo de vinculación, se les aplica el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.

4.4.2. Sanción moratoria en el pago extemporáneo de las cesantías a los docentes

El procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías, así como la sanción por la mora en el pago extemporáneo, se contempló para los empleados públicos en la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006.¹¹

Ante la disparidad de criterios en relación con la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 al caso de los educadores oficiales. La Corte Constitucional en sede de revisión de tutela profirió la sentencia de unificación SU-336 de 2017¹², en la que concluyó que a los docentes sí le son aplicables las normas de sanción por mora en el pago de cesantías.

Por su parte el Consejo de Estado profirió sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018¹³, en la que estableció que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, contemplada en la Ley 244 de 1995, cobijaba a los docentes.

Respecto al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, el Consejo de Estado señaló que este era aplicable únicamente a los empleados que se encontraran regidos por el régimen anualizados de cesantías, así lo sostuvo en un caso de empleados territoriales.¹⁴

"Para la Sala resulta claro entonces que la demandante es beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías, en los términos de la Ley 6° de 1945 y demás normas complementarias. En consecuencia, cualquier análisis en torno a la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 así como la prescripción de la misma es impertinente, por cuanto no se puede derivar el incumplimiento de la entidad sin la manifestación expresa de la accionante de acogerse al nuevo régimen. (...) "

Así las cosas, es claro que la sanción moratoria dispuesta en la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006¹⁵, no se consagró por el legislador para aquellos empelados beneficiarios del régimen de cesantías retroactivo, pues la norma especial que

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).

¹¹ "Artículo 2°. 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 cuál 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."

¹² C. Const., Sent. SU-336, may.18/2017 M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.

¹³ C.E. Sec. Segunda, Sent. 2014-580 jul. 18/2018 M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁴ C.E., Secc. Segunda, sent. 08001233100020110124101- 4269-20 I 3. May. 26/2016 M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁵ "Artículo 2°. 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."

Radicado No. 08001-3333-006-2019-00176-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ledys Judith Mercado Coronado
Demandado: Nación, Min Educación, Fomag, Departamento del Atlántico

atañe a los docentes, esto es, la Ley 91 de 1989 no lo estableció, ni tampoco las norma generales de los empleados públicos en las cuales se consagró este régimen retroactivo, como son las Leyes 6.1v de 1945 y 65 de 1946 y, el Decreto 1160 de 1947.

Además, es evidente que el régimen retroactivo de cesantías presupone un reconocimiento más favorable que el anualizado, prerrogativa que hace improcedente la pretensión del benefició de la norma posterior en aplicación del principio de inescindibilidad normativa, ampliamente expuesto por el Consejo de Estado.

Así lo señaló, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al realizar el estudio puntual de la aplicación de la sanción moratoria a un docente beneficiario del régimen retroactivo de cesantías¹⁶ :

"Por tratarse de un docente nacionalizado, vinculado antes del 31 de diciembre de 1989 (el actor presta sus servicios docentes desde el 10 de mayo de 1983), el señor (...) goza de un régimen de liquidación retroactiva de sus cesantías, acorde con lo previsto en el numeral 3 literal a) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Como quedó visto en el marco jurídico expuesto, la normatividad especial que rige tal prestación para este tipo de docentes (nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989) no previó el reconocimiento de sanción moratoria alguna por el retardo en el pago de las cesantías; como tampoco lo hicieron las normas generales que regulan el régimen de liquidación retroactiva (Ley 6a de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947).

Y ello encuentra su razón de ser en que el régimen de liquidación retroactiva de las cesantías, indudablemente, es mucho más favorable para el servidor público que el anualizado, desde el punto de vista de la cuantía de la prestación; razón por la que de alguna manera se justifica que el Legislador no haya previsto el reconocimiento de sanción moratoria alguna."

4.5. Caso Concreto.

4.5.1 Hechos probados

- 1) La señora Ledys Judith Mercado Coronado, presentó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales bajo número radicado 2015-CES-061929 de fecha 30 de octubre de 2015, con destinación a la compra de vivienda, tal como consta en la parte considerativa de la resolución N° 0118 del 31 de marzo de 2016¹⁷.
- 2) Mediante resolución N° 0118 del 31 de marzo de 2016¹⁸, expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Atlántico, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resolvió el reconocimiento y pago de la suma de \$90.602.493, menos los descuentos correspondientes por valores ya reconocidos y pagados por concepto de liquidación parcial de cesantías, notificada personalmente en fecha 03 de mayo de 2016.

¹⁶

¹⁷ Archivo N° 03 Expediente Digital (página 01, Reclamación administrativa)

¹⁸ Por la cual se reconoce con destino al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio, el pago de una prestación económica (cesantía parcial para compra de vivienda) a un (a) docente nacionalizado-situado fiscal.

Radicado No. 08001-3333-006-2019-00176-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ledys Judith Mercado Coronado
Demandado: Nación, Min Educación, Fomag, Departamento del Atlántico

- 3) El pago correspondiente de las cesantías parciales fue cancelado por intermedio de la entidad financiera BBVA, en fecha 05 de septiembre de 2016¹⁹.
- 4) En fecha 14 de diciembre de 2018, fue solicitado el pago de la sanción moratoria ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante requerimiento N° 2018PQR24259²⁰ del sistema de atención al ciudadano, el cual no fue resuelto por la entidad solicitada configurando de esta manera el acto ficto con silencio administrativo negativo.
- 5) Se encuentra reconocida la relación laboral existente entre las partes, mediante certificación expedida por la división de recursos humanos de la Gobernación del Atlántico, nombramiento realizado mediante Decreto 000222 de abril 10 de 1989, y posesionada en fecha 11 de mayo de 1989 como docente del Departamento del Atlántico.²¹
- 6) El salario devengado por la docente fue acreditado mediante comprobante de pago expedido por la Secretaria de educación Departamental del Atlántico²².

4.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico planteado

Está demostrado dentro del proceso que la demandante se vinculó como docente a partir del 11 de mayo de 1989, por lo que fue clasificada como nacionalizada, teniendo en cuenta que su vinculación es anterior al 31 de diciembre de 1989, por lo tanto, el régimen de cesantías que la rige es el sistema de retroactividad, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

Ahora bien, la liquidación de las cesantías definitivas efectuada por la entidad demandada mediante la resolución N° 0118 del 31 de marzo de 2016, atendió al régimen retroactivo del actor, pues tomó como salario base la liquidación del monto de \$3.423.268, correspondiente a su último salario y, sobre este liquidó los 9.528 días de prestación de servicios.

Corolario de todo lo expuesto, se concluye que no le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, por ser beneficiaria del régimen retroactivo de cesantías, dado que la norma especial que regula a los docentes, esto es, la Ley 91 de 1989 no lo estableció, como tampoco lo hicieron las normas generales de los empleados públicos que consagraron el régimen retroactivo de cesantías, como son las Leyes 6 de 1945 y 65 de 1946 y, el Decreto 1160 de 1947.

Una de las características de los actos administrativos acusados es la presunción de legalidad, lo que concordado con el art. 167 del C.G.P., impone a quien pretende la nulidad de dichos actos administrativos, la carga de demostrar la ocurrencia de los cargos de nulidad que proponga en contra de esos actos.

Pues bien, en el presente caso se evidenció que ninguno de los cargos propuestos por la parte demandante tuvo vocación de prosperar y se declararon no probados, por lo que la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos acusados se encuentra incólume, esto es, no fue desvirtuada.

¹⁹ Archivo N° 03 Expediente Digital (página 04, Volante de pago Banco BBVA)

²⁰ Archivo N° 03 Expediente Digital (páginas 5, 6 Reclamación administrativa)

²¹ Archivo N° 12 Expediente Digital (página 187)

²² Archivo N° 03 Expediente Digital (página 10)

Radicado No. 08001-3333-006-2019-00176-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ledys Judith Mercado Coronado
Demandado: Nación, Min Educación, Fomag, Departamento del Atlántico

En este panorama menester es negar todas las pretensiones de la demanda de la referencia, lo cual se hará en la parte resolutive de esta sentencia.

5. Condena en Costas

Finalmente, el Juzgado no condenará en costas, en razón de que la parte vencida no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a ello, tal como el haber incurrido en temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, en dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Sexto (06) Administrativo Oral de Barranquilla**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

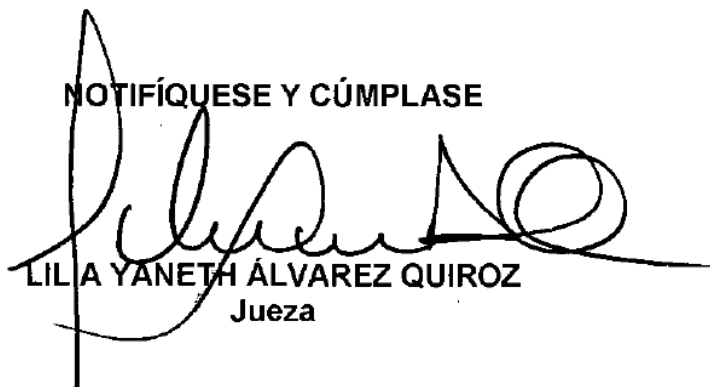
PRIMERO: NEGAR, conforme a la parte motiva de esta sentencia, todas las pretensiones de la demanda de la referencia.

SEGUNDO: Sin en costas en esta instancia.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente esta providencia a la Señora Agente del Ministerio Público.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVASE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

L.P.V

Se deja constancia que por fallas en el aplicativo de firma electrónica se le imprime firma digitalizada.