

COPIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, seis (6) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDILBERTO MORENO GUERRA Y OTROS
DEMANDADO: LA NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DEL CESAR.
RADICADO: 20-001-33-33-001-2014-00329-01
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I.- ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, de fecha 23 de Marzo de 2018, por medio de la cual se negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Manifestó el apoderado de los señores EDILBERTO MORENO GUERRA, MARÍA EDUARDA OSORIO MANOSALVA, ANA DEL CARMEN GARCÍA TORRES y DEMILDES RANGEL CRESPO, que éstos prestaron sus servicios como docentes en el sector oficial del Magisterio en el Departamento del Cesar.

En cuanto al señor EDILBERTO MORENO GUERRA señaló, que éste el día 31 de octubre de 2012, mediante formato de solicitud de cesantías con radicado No. 2012-ces-034274, presentó derecho de petición ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitando el reconocimiento y pago de su cesantía, razón por la cual la entidad el día 7 de marzo de 2013, mediante Resolución No. 000893 reconoció y ordenó el pago de la misma en una cuantía neta de \$9.618.505, no obstante manifiesta que el ente demandado tenía hasta el día 6 de febrero de 2013 para cancelarlas, y el pago sólo se efectuó el día 5 de junio de 2013, considerando así una mora en el pago de las mismas.

De igual forma, en cuanto a la señora MARÍA EDUARDA OSORIO MANOSALVA, precisó, que ésta el día 7 de marzo de 2012 mediante formato de solicitud de cesantías, con radicación No. 2012-ces-005701, solicitó a la Secretaría de Educación Departamental del Cesar - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de su cesantía y mediante Resolución No. 002749 el día 10 de julio de 2012 dicha entidad reconoció y ordenó el pago de la misma en una cuantía neta de \$12.396.871, no obstante indicó, que tanto el acto administrativo como el pago se efectuó de manera extemporánea pues el plazo para el pago vencía el 14 de junio de 2012, por lo que indicó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio generó una mora en el pago de las mismas.

Así mismo, en relación a la señora ANA DEL CARMEN GARCÍA TORRES precisó, que ésta el día 7 de marzo de 2012, mediante formato de solicitud de cesantías con radicado No. 2012-ces-005721, requirió ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de su cesantía, a lo cual se accedió mediante Resolución No. 002602 del 9 de julio de 2012 en una cuantía neta de \$11.000.000, sin embargo, afirmó que el pago fue efectuado por fuera del tiempo legal, pues vencía el día 14 de junio de 2012 y éste fue realizado el 14 de enero de 2013, creando así una mora en el pago de las mismas.

Con respecto al señor DELMIDES RANGEL CRESPO sostuvo, que éste mediante formato de solicitud de cesantías de fecha 13 de diciembre de 2012, con radicación No. 2012-CES- 040836, solicitó a la Secretaria de Educación Departamental del Cesar - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de su cesantía y que mediante Resolución No. 001336 el día 21 de marzo de 2013 la entidad accedió a ello, no obstante consideró que el pago de la prestación fue realizado de manera extemporánea, por lo que se generó una mora en el pago de la misma.

Indicó la parte accionante que la entidad a partir de la fecha de la petición contaba con un término de 15 días hábiles, 5 días hábiles de ejecutoria y 45 días hábiles para cancelar la prestación, plazo que venció el 19 de marzo de 2013 por lo que indicaron que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio generó una mora en el pago de las mismas.

Finalmente expresó, que los actores en virtud de lo anterior, solicitaron a la entidad demandada el día 13 de febrero de 2014, el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, pero la entidad mediante Oficio CSEDex No. 0788 del 17 de marzo de 2014, negó la petición incoada.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio CSEDex No. 0788 del 17 de marzo del 2014, expedido por el Secretario de Educación Departamental del Cesar, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías de los actores.

Que como consecuencia de lo anterior y a título restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a que reconozcan y paguen a cada uno de los actores, la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, con los correspondientes ajustes de ley, así como los intereses moratorios y/o

corrientes, desde el momento en que se hizo exigible la obligación y hasta cuando se efectuó el pago de las mismas.

Que se condene a la NACION - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que sobre los valores adeudados se incorporen los ajustes de valor, conforme al Índice de Precios al Consumidor o al por mayor.

Que se ordene la entidad accionada, a que dé cumplimiento del fallo, de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 151 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.

Finalmente, solicita que se condene en costas al organismo demandado, acorde con el artículo 188 de la Ley 1437 del 2011.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

3.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La entidad demandada contestó la demanda de manera extemporánea.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar negó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso, y del material probatorio recaudado, consideró el a quo que a los actores no les asistía el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria reclamada, como quiera que no se avizoraba que éstos hubiesen manifestado su voluntad ante el empleador, de cambiarse del régimen retroactivo de cesantías al anualizado, por lo tanto, al no cumplirse con ese requisito contemplado en la ley y adoptado por el Consejo de Estado, no procedía la indemnización reclamada, como quiera que a todas luces el régimen prestacional que aplica para los demandantes es el retroactivo, en el cual no aplica el reconocimiento de sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de las cesantías reconocidas.

Finalmente se deja claro, que el juez de primera instancia previamente aceptó el desistimiento presentado por el apoderado de la parte actora, sobre las pretensiones del señor DELMIDESRANGEL CRESPO.

V.- RECURSO INTERPUESTO.-

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación persiguiendo que sea revocada la sentencia de primera instancia, para ello, trae diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, así como del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Sostiene, que lo pretendido en el proceso es el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria a los demandantes establecida en la Ley 1071 de 2006, según la cual, la entidad demandada tiene un plazo de 45 días hábiles a partir de la notificación de la resolución, situación que no se compadece con la ley en cita, pues premia a la entidad en que únicamente se reconozca esta indemnización por

la demora en el pago, pero se pregunta qué pasa si la demora sucede en la expedición del acto administrativo que las reconoce.

Indica, que la obligación de la parte demandada era reconocer, liquidar y pagar las cesantías a los actores dentro de los 65 días hábiles siguientes, sin embargo en el asunto de autos la entidad efectuó el pago con posterioridad a la fecha legalmente establecida, por lo que indistintamente de las responsabilidades y competencias establecidas en el Decreto 2831 de 2005, las prestaciones sufrieron un retraso, por lo que señala, que la Ley 1071 de 2006 no estableció que la indemnización moratoria se generaría bajo la responsabilidad de la elaboración y notificación del acto administrativo y luego bajo la responsabilidad del pago de la prestación.

Sostiene, que el no reconocer la indemnización moratoria de esa manera contraviene lo establecido por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional y la línea jurisprudencial de los Tribunales Administrativos a nivel nacional, las cuales transcribe.

De igual forma, argumenta sobre la condena en costas y agencias en derecho, no obstante en el expediente el a quo no impuso ésta en contra de ninguna de las partes.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

VII.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El agente del ministerio público no emitió concepto de fondo.

VIII.- CONSIDERACIONES.-

8.1.- COMPETENCIA.-

Procederá la Sala a dictar la sentencia que en derecho corresponda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA.

8.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

Se contrae en determinar, si es nulo o no el acto administrativo contenido en el Oficio CSEdEx No. 0788 del 17 de marzo de 2014, por medio del cual la Secretaría de Educación Departamental del Cesar, niega el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de la cesantías reconocidas a cada uno de los demandantes.

No obstante, antes de analizar lo anterior, la Sala debe estudiar lo concerniente al régimen de cesantías de los docentes, para luego determinar si los docentes bajo el régimen de retroactividad tienen derecho o no al pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006, tal como argumentó el a quo.

8.3.- CUESTIÓN PREVIA.-

Antes de resolver el problema jurídico planteado, se debe señalar, que si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la

prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces emitir los fallos en el orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin, también lo es que en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos, por solicitud del Ministerio Público dada su importancia jurídica y trascendencia social, o cuando el asunto a debatir sea de aquellos que ya han tenido pronunciamiento similares, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión del 25 de abril de 2013¹, tal como es el caso que nos ocupa.

8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES.-

Sobre el auxilio de cesantía se tiene, que es una retribución diferida establecida como previsión y asistencia social en beneficio del trabajador.

Tratándose de los empleados públicos, el auxilio en comento es la prestación social que se reconoce y paga cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando este se retira del servicio, denominada definitiva; y parcial, la que se paga en vigencia del vínculo laboral, previo cumplimiento de ciertos requisitos exigidos por la ley.

Con esas precisiones es claro, que para que un empleado público, cuyo ingreso al servicio se dio a través de una relación legal y reglamentaria, tenga derecho al auxilio de cesantía, basta que exista un vínculo laboral, el cual puede darse bajo un nombramiento en propiedad, en provisionalidad, en período de prueba o, en periodicidad.

Así las cosas, analizará esta Corporación las consecuencias, para efectos del reconocimiento y pago de dicho auxilio, del proceso de nacionalización de la educación, así:

La Ley 91 de 1989, "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*", establece que éste atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de dicha Ley, y de los que se vinculen con posterioridad a ella.

En efecto, el artículo 15 estableció:

"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.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto 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. (Subrayas fuera del texto).

La misma norma, en cuanto al régimen de las cesantías estableció:

"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

¹ Acta No. 010.

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 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período". (Subrayas fuera del texto).

De las normas transcritas se deduce que existen dos regímenes de cesantías, uno con retroactividad y otro sin retroactividad; en el primero, las cesantías se liquidan con el último salario devengado, salvo que haya tenido modificaciones en los últimos tres meses, beneficiando a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989; mientras que en el segundo, las cesantías se liquidarán tomando como base el salario promedio mensual devengado por el empleado o trabajador en los tres últimos meses de cada año, el cual cubre a los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, y los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir de la misma.

Ahora bien, en lo concerniente al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, es importante establecer claramente las normas aplicables al presente caso, para efectos de determinar si resulta o no procedente.

Estipula la norma en cita:

"Artículo 1º. 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 2º. 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". (Subrayas fuera del texto).

El plazo de 45 días que la norma le da a la administración para proceder al pago del derecho, empieza a contabilizarse una vez han transcurrido los 15 días siguientes a la radicación de la petición, y con los cuales cuenta la administración para emitir un pronunciamiento de fondo, adicionados por los cinco (5) o diez (10) días de ejecutoria del acto de reconocimiento y liquidación. Éste y no otro puede ser el sentido de la disposición, puesto que si se aceptara que el término empieza a contabilizarse una vez expedido el acto administrativo, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción.

Sobre este preciso punto el Consejo de Estado² en decisión de Sala Plena, concluyó:

"(...) conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarrearán perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante....". (Subrayas fuera del texto).

Y, recientemente, el Consejo de Estado unificó jurisprudencia³, no sólo en relación con la aplicabilidad de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes, sino además, en cuanto al término a partir del cual se debe contabilizar la indemnización moratoria por retardo o no pago de las cesantías definitivas o parciales, sobre el salario básico a tener en cuenta para el

² Sentencia del 27 de marzo de 2007. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo C. P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Actor José Bolívar Caicedo Ruiz. Exp. No. 200002513 01.

³ SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018.

reconocimiento de la sanción moratoria y sobre la no procedencia de la indexación en la cancelación de la misma, concluyendo lo siguiente:

"(...)

193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley⁴ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA." (Sic para lo transcrito)

8.5.- CASO CONCRETO:-

Así las cosas, teniendo en cuenta la normatividad anterior, así como el precedente jurisprudencial citado, en el presente asunto no existe duda que a los señores EDILBERTO MORENO GUERRA, MARÍA EDUARDA OSORIO MANOSALVA y ANA DEL CARMEN GARCÍA TORRES les corresponde el pago de sus cesantías liquidadas anualmente y sin retroactividad, pues contrario a lo señalado por el a quo, la fecha que debe tenerse en cuenta para determinar el régimen de cesantías

⁴ Artículos 68 y 69 CPACA.

aplicable, es el 1° de enero de 1990 tal como lo señala la Ley 91 de 1989, encontrando la Sala que todos ellos fueron vinculados a la docencia oficial después de esa data, 5 de mayo de 1994, 3 de julio de 1990 y 1° de febrero de 1994, tal como se desprende de cada uno de los actos administrativos por medio de los cuales se les reconoció la cesantías solicitadas (Folios 299, 314 y 306).

En consecuencia, no resulta de recibo para esta Colegiatura los argumentos expuestos por el juez de primera instancia, en el sentido de que a los actores se les debe aplicar el régimen de liquidación retroactiva de cesantías, sustentando su afirmación en que la vinculación a la docencia fue con anterioridad a la vigencia de la Ley 344 de 1996 que consagró el sistema anualizado de liquidación de cesantías, toda vez que dicha norma no puede emplearse a este caso por ser los demandantes unos docentes vinculados después del 1° de enero de 1990, y tal situación es reglamentada por una normatividad especial, como es la Ley 91 de 1989.

Así lo ha sostenido de tiempo atrás el Consejo de Estado⁵:

“En consecuencia, a partir de la expedición de la Ley 91 de 1989, se diferenciaron claramente los regímenes aplicables tanto a los docentes nacionalizados como a los nacionales. Así, para los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 que es el caso de la demandante, se mantuvo el régimen prestacional de que venían gozando en cada entidad territorial. Dicho régimen no es otro que aquél al que se hizo alusión en las normas citadas, es decir, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 del mismo año, la Ley 65 de 1946, el Decreto 2567 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, normas que en su conjunto, establecen el derecho de los trabajadores oficiales a percibir el auxilio de cesantía correspondiente a un mes de salario por cada año de trabajo continuo o discontinuo y señalan los casos en que a pesar de existir suspensión de la relación laboral, por presentarse ciertas situaciones administrativas, no debe entenderse como solución de continuidad para efecto del pago referido”. (Sic para lo transcrito).

Además de ello se advierte, que la anterior postura fue ratificada recientemente por el Consejo de Estado, en providencia de fecha 18 de enero de 2018, radicado: 19001333100020110030501 (1733-2016), M.P Gabriel Valbuena Hernández.

En ese orden de ideas, no puede señalarse que en el asunto de marras los actores estén cobijados por el régimen retroactivo de cesantías, pues sin dubitación alguna a los demandantes se les aplica el régimen anualizado de cesantías, se itera, por cuanto su vinculación a la docencia fue con posterioridad a al 1° de enero de 1990.

Ahora bien, para este Tribunal también es necesario señalar, que independientemente del régimen de cesantías que a los docentes se les aplique, en el asunto de marras el litigio se contrae en determinar si los actores tienen derecho o no al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, situación que no tiene nada que ver con el régimen señalado, pues al analizar la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, se acota que en ella se estudió el caso de un docente cuya vinculación al servicio fue desde el día 26 de diciembre de 1989, es decir, que según esa fecha de vinculación, el régimen de cesantías que le era aplicado era el de retroactividad y aun así el Consejo de Estado luego

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN. Bogotá, D.C., febrero nueve (09) del año dos mil doce (2012). Radicación número: 52001-23-31-000-2006-01833-01(0698-10).

de revisar los términos contemplados en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, decidió acceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que reclamaba.

Aclarado lo anterior, le corresponde al Tribunal analizar lo que se encuentra probado en el proceso en aras de establecer si les asiste derecho a los demandantes en el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria pretendida.

EDILBERTO MORENO GUERRA:

- Está acreditado, que el día 31 de octubre de 2012, solicitó a la Secretaría de Educación Departamental del Cesar – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales⁶, razón por la cual la Secretaría de Educación Departamental expidió la Resolución No. 000893 del 7 de marzo de 2013, ordenando el pago de la misma por valor de \$9.618.505. El acto administrativo anterior quedó ejecutoriado el día 17 de abril de 2013 (Folios 214 a 215 y 46)

- Así mismo se corrobora, que el pago anterior, fue realizado el día 5 de julio de 2013, tal como se observa de la transacción en cheques y depósitos especiales del Banco Agrario visible a folio 216 del expediente.

MARÍA EDUARDA OSORIO MANOSALVA:

- Está acreditado, que el día 7 de marzo de 2012⁷, solicitó a la Secretaría de Educación Departamental del Cesar – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, razón por la cual la Secretaría de Educación Departamental expidió la Resolución No. 002749 del 10 de julio de 2012, ordenando el pago de la misma por valor de \$12.396.871. (Folios 218 y 219)

- Así mismo se corrobora, que el pago anterior, fue realizado el día 6 de noviembre de 2012, tal como se observa del comprobante de transacción visible a folio 27 del expediente.

ANA DEL CARMEN GARCÍA TORRES:

- Está acreditado, que el día 7 de marzo de 2012⁸, solicitó a la Secretaría de Educación Departamental del Cesar – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, razón por la cual la Secretaría de Educación Departamental expidió la Resolución No. 002602 del 9 de julio de 2012, ordenando el pago de la misma por valor de \$11.000.000. (Folios 206 y 207)

- Así mismo se corrobora, que el pago anterior, fue realizado el día 14 de enero de 2013, tal como se observa del pantallazo de la página del Fondo Nacional del Magisterio visible a folio 208 del expediente.

➤ Mediante oficio de fecha 13 de febrero de 2014, el apoderado de los demandantes solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,

⁶ Ello se desprende del acto administrativo que reconoció la cesantía parcial que solicitaba, folio 214.

⁷ Ello se desprende del acto administrativo que reconoció la cesantía parcial que solicitaba, folio 218.

⁸ Ello se desprende del acto administrativo que reconoció la cesantía parcial que solicitaba, folio 206.

el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria generada por el pago inoportuno de las cesantías parciales reconocidas. (Folios 8 a 14)

➤ A través de Oficio CSEdEx No. 0788 del 17 de marzo de 2014, la Secretaría de Educación Departamental le informa al apoderado que la norma por medio del cual se reconoce la sanción moratoria a favor de un servidor público, no cobija a los docentes, por ser un régimen especial. (Folios 35 a 38)

Así las cosas, de conformidad con el material probatorio relacionado, encuentra probado este Tribunal, que la entidad demandada incurrió en retraso tanto para la expedición de las resoluciones de reconocimiento de las cesantías parciales como para el pago de las mismas, así:

EDILBERTO MORENO GUERRA:

De conformidad con el material probatorio relacionado, encuentra probado este Tribunal, que la entidad demandada incurrió en retraso tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial, como para el pago de la misma, como quiera que la petición fue radicada ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar el 31 de octubre de 2012, y los 15 días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 23 de noviembre de 2012, y fue sólo hasta el 7 de marzo de 2013 que la profirió.

Teniendo como premisa lo anterior, es evidente que el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles que tenía el Fondo para realizar el pago, no comienzan a contabilizarse desde la fecha de la expedición de la resolución que lo reconoció, sino desde la fecha en que de conformidad con la norma, debió expedir el acto de reconocimiento, más diez (10) días hábiles que corresponden a la ejecutoria⁹, lo cual nos remonta al 12 de febrero de 2013, y el pago fue efectuado el 5 de julio de 2013.

De esta manera tenemos, que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías por parte de la entidad demandada al señor EDILBERTO MORA GUERRA, es menester realizarse desde el 13 de febrero de 2013 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días hábiles que contempla la norma) y hasta el 4 de julio de 2013 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), para un total de 142 días calendario.

MARÍA EDUARDA OSORIO MANOSALVA:

De conformidad con el material probatorio relacionado, encuentra probado este Tribunal, que la entidad demandada incurrió en retraso tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial, como para el pago de la misma, como quiera que la petición fue radicada ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar el 7 de marzo de 2012, y los 15 días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 29 de marzo de 2012, y fue sólo hasta el 10 de julio de 2012 que la profirió.

Teniendo como premisa lo anterior, es evidente que el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles que tenía el Fondo para realizar el pago, no comienzan a contabilizarse desde la fecha de la expedición de la resolución que lo reconoció, sino desde la fecha en que de conformidad con la norma, debió expedir el acto de reconocimiento, más diez (10) días hábiles que corresponden a la ejecutoria¹⁰, lo

⁹ Teniendo en cuenta que el acto que reconoció la cesantía parcial fue proferido en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

¹⁰ Teniendo en cuenta que el acto que reconoció la cesantía parcial fue proferido en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

cual nos remonta al 21 de junio de 2012, y el pago fue efectuado el 6 de noviembre de 2012.

De esta manera tenemos, que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías por parte de la entidad demandada a la señora MARÍA EDUARDA OSORIO MANOSALVA, es menester realizarse desde el 22 de junio de 2012 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días hábiles que contempla la norma) y hasta el 5 de noviembre de 2012 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), para un total de 137 días calendario.

ANA DEL CARMEN GARCÍA TORRES:

De conformidad con el material probatorio relacionado, encuentra probado este Tribunal, que la entidad demandada incurrió en retraso tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial, como para el pago de la misma, como quiera que la petición fue radicada ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar el 7 de marzo de 2012, y los 15 días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 29 de marzo de 2012, y fue sólo hasta el 9 de julio de 2012 que la profirió.

Teniendo como premisa lo anterior, es evidente que el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles que tenía el Fondo para realizar el pago, no comienzan a contabilizarse desde la fecha de la expedición de la resolución que lo reconoció, sino desde la fecha en que de conformidad con la norma, debió expedir el acto de reconocimiento, más diez (10) días hábiles que corresponden a la ejecutoria¹¹, lo cual nos remonta al 21 de junio de 2012, y el pago fue efectuado el 14 de enero de 2013.

De esta manera tenemos, que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías por parte de la entidad demandada a la señora ANA DEL CARMEN GARCÍA TORRES, es menester realizarse desde el 22 de junio de 2012 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días hábiles que contempla la norma) y hasta el 13 de enero de 2013 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), para un total de 206 días calendario.

Se recalca, que el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995, subrogada en algunos artículos por la Ley 1071 de 2006, establece que la entidad que incurra en mora en el pago de las cesantías deberá reconocer y cancelar de sus propios recursos al beneficiario, a título de indemnización moratoria, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de la misma, sin que haga referencia a que se trata de días hábiles, como sí lo hace cuando alude a los términos que tiene la entidad para la expedición de la resolución y para el pago, de manera que se deben contabilizar en días calendario.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, al señalar¹²:

“Como se observa, la entidad que incurra en mora en el pago efectivo de las cesantías deberá cancelar al interesado, a título de indemnización moratoria, una suma equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago, hasta cuando se produzca el pago efectivo, sin que en dicho cómputo se distingan días hábiles o inhábiles, por lo que deberán utilizarse días calendario.”

¹¹ Teniendo en cuenta que el acto que reconoció la cesantía parcial fue proferido en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

¹² Consejo de Estado- Sección Tercera-C. P. Danilo Rojas Betancourth, 22 de noviembre de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-26-000-2000-01407-01(24872) Actor: Temoc Gonzalo Mejía Gutiérrez Demandado: Distrito Capital de Bogotá.

14.6. *En el caso concreto, el pago efectivo de las cesantías adeudadas al demandante en reparación se produjo mediante cheque librado el 30 de junio de 1999, momento en el cual habían transcurrido 121 días calendario, número éste que deberá multiplicarse por el salario diario devengado por el señor Temoc Gonzalo Mejía Gutiérrez, para con ello poder efectuar el cómputo de la indemnización de perjuicios debida por el Distrito Capital de Bogotá D.C. al hoy demandante en reparación". (Subrayas fuera del texto).*

En este orden, es preciso indicar, que en el presente asunto los demandantes en su condición de docentes hicieron uso de su derecho a reclamar unas cesantías parciales, previo el lleno de los requisitos legales, las cuales, en tal virtud, debieron ser reconocidas y pagadas dentro del término que la normatividad concede para ello.

Por lo expuesto, concluye la Sala, que los señores EDILBERTO MORENO GUERRA, MARÍA EDUARDA OSORIO MANOSALVA y ANA DEL CARMEN GARCÍA TORRES tienen derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, en los términos que se determinó en párrafos precedentes, por lo que la entidad demandada debe efectuar dichos pagos, teniendo en cuenta la asignación básica vigente para el período en que se causó la mora, sin la indexación de las sumas resultantes de la condena y sin que sea posible incluir factores salariales adicionales, atendiendo lo dispuesto en el precedente de unificación arriba transcrito.

En virtud de lo anterior, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, debe ser REVOCADA.

8.5.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

Como no se observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en el proceso de la referencia, no procede la condena en costas.

DECISIÓN.-

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, el día 23 de marzo de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio CSED ex No. 0788 del 17 de marzo de 2014, por medio del cual la Secretaría de Educación Departamental del Cesar, negó a los señores EDILBERTO MORENO GUERRA, MARÍA EDUARDA OSORIO MANOSALVA y ANA DEL CARMEN GARCÍA TORRES el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, condenar a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo, a título de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, a favor de los actores, en el siguiente sentido:

Al señor EDILBERTO MORENO GUERRA, desde el 13 de febrero de 2013 hasta el 4 de julio de 2013 (142 días).

A la señora MARÍA EDUARDA OSORIO MANOSALVA, desde el 22 de junio de 2012 hasta el 5 de noviembre de 2012 (137 días).

A la señora ANA DEL CARMEN GARCÍA TORRES, desde el 22 de junio de 2012 hasta el 13 de enero de 2013 (206 días).

La indemnización moratoria se liquidará con base en la asignación básica vigente para el período en que se causó la mora, sin la indexación de las sumas resultantes de la condena y sin que sea posible incluir factores salariales adicionales, de conformidad con las motivaciones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia conforme a los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A. Además se tendrá en cuenta lo señalado en el último inciso del artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

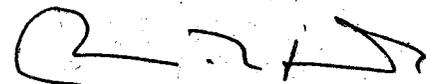
SEXTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

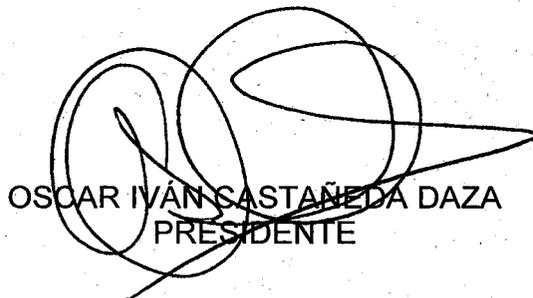
Este proyecto fue discutido y aprobado en reunión de Sala de Decisión No. 106, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE