

C O P I A



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: OSCAR ROSADO BALMACEDA Y OTROS
DEMANDADO: LA NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DEL CESAR.
RADICADO: 20-001-33-33-006-2014-00401-01
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Oral del Circuito de Valledupar, el día 31 de agosto de 2017, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda, así:

“PRIMERO: Declarar NO PROBADAS las Excepciones de Fondo “INEXISTENCIA DEL DERECHO POR ERRONEA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA, PAGO, COBRO DE LO NO DEBIDO, COMPENSACIÓN, EXCEPCIO’N GENÉRICA O INNOMINADA y BUENA FE”, propuestas por el apoderado judicial de las entidades demandadas, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: EXCLUIR del presente proceso a LA FIDUPREVISORA S.A, por no estar Legitimada en la Causa por Pasiva, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DECLARAR la Nulidad DEL Acto Ficto o Presunto resultante del Silencio Administrativo Negativo, conforme a la petición de fecha 13 de abril de 2012, radicada ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de la Indemnización Moratoria por el pago tardío de las Cesantías Parciales de los Docentes OSCAR ROSADO BALMACEDA, OMAIDA LUZ MOJICA SERNA, LUDY MARÍA LOZANO CABRALES Y MARÍA BELINDA DURAN MENDOZA.

CUARTO: ORDENAR a título de restablecimiento del Derecho, que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconozca y pague la Indemnización Moratoria con ocasión del pago tardío de las Cesantías Parciales a

los demandantes, conforme lo establecido en el Parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, en la siguiente forma:

- A **OSCAR ROSADO BALMACEDA**, un total de ciento cincuenta y cuatro (154) días de salario.
- A **OMAIIDA LUZ MOJICA SERNA**, un total de doscientos ocho (208) días de salario.
- A **LUDY MARIA LOZANO CABRALES** un total de doscientos diez (210) días de salario.
- A **MARIA BELINDA DURAN MENDOZA**, un total de doscientos ochenta y tres (283) días de salario.

Para el efecto, la entidad demandada, deberá tomar el **Salario** devengado por los docentes para el **período en que se incurrió en la mora** en el pago de sus Cesantías Parciales.

QUINTO: NEGAR la pretensión de **INDEXACIÓN** del valor de la condena, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, dará cumplimiento a la Sentencia en el término máximo de 10 meses contados a partir de la fecha de ejecutoria de la presente providencia de conformidad con el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011. Así mismo se devengarán Intereses Moratorios a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.

SEPTIMO: Sin costas en esta instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: En firme esta Sentencia, expídase a la parte demandante copia íntegra y auténtica y debidamente ejecutoriada de la misma, en los términos de los artículos 114 – 115 del C.G.P.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría devuélvase al interesado el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, y hechas las anotaciones de ley, Archívese el expediente.¹ (Sic para lo transcrito)

II.- ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.- Se resumen de la siguiente manera:

Relató el apoderado de los señores Oscar Rosado Balmaceda, María Margarita González Arteta, Omaid Luz Mojica Serna, Ludy María Lozano Cabrales y María Belinda Duran Mendoza, que éstos prestaron sus servicios como docentes en el Departamento del Cesar, por lo que presentaron ante dicha entidad solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas, las cuales fueron concedidas y pagadas de forma extemporánea.

¹ Ver folios 367, respaldo y 368

Indicó, que el señor Oscar Rosado Balmaceda mediante petición de fecha 13 de enero de 2011, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías, posteriormente el día 6 de abril de 2011, el Secretario de Educación Departamental en representación de la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió la Resolución No. 001470 por medio de la cual reconoce las cesantías, generando el respectivo pago con posterioridad al 15 de abril de 2011, incurriendo en una mora en el pago de las mismas.

Por otro lado expresó, que la señora María Margarita González Arteta mediante solicitud radicada el 22 de mayo de 2007, petición el pago de las cesantías, consecuentemente el día 17 de enero de 2008 mediante Resolución No. 001455, el Secretario de Educación del Departamento del Cesar en nombre y representación de la Nación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de las cesantías, el cual se llevó a cabo con posterioridad al 29 de agosto de 2007, causando así mora en el reconocimiento y pago de la misma.

Manifestó, que asimismo sucedió con la señora Omaid Luz Mojica Serna, quien el día 16 de noviembre de 2010 por medio de una solicitud radicada bajo el No. 2010-CES-037646, solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, siendo resuelta mediante Resolución 000267 del 25 de enero de 2011 donde realizaron la liquidación de dichas cesantías, no obstante, el pago fue ejecutado el día 13 de septiembre de 2011, incurriendo en mora en el pago de las mismas.

Agregó, que en el mismo sentido, la señora Ludy María Lozano Cabrales, presento el día 21 de octubre de 2010 petición radicada con No. 2010-CES-034300, pretendiendo el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, tal solicitud fue resuelta por medio de la Resolución No. 000089 del 12 de enero de 2011, expedida por el Secretario de Educación Departamental en representación de la Nación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en donde se realizó la liquidación, pero, el pago de dichas cesantías fue materializado el día 24 de agosto de 2011, presentando así una mora.

Igualmente señaló, que la señora María Belinda Durán Mendoza, el día 16 de febrero de 2010 elevó solicitud radicada bajo el No. 2010-CES-002857, requiriendo el pago del auxilio de cesantías, siendo resuelta por el Secretario de Educación Departamental en representación la Nación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por medio de la Resolución No. 0000329 del 18 de junio de 2010, realizando la liquidación de las cesantías que le correspondían, sin embargo, el respectivo pago fue realizado el 3 de marzo de 2011, generando días de mora.

Finalizó resaltando, que el día 13 de abril de 2012 los demandantes presentaron derecho de petición con el fin de obtener el pago de la indemnización o sanción moratoria, no obstante la Administración Departamental mediante Oficio CSEdEx No. 1705 del 7 de mayo de 2012 señaló no ser la competente para resolverla, sin que hasta el momento se les hubiera informado nada de fondo sobre el reconocimiento pretendido.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio negativo, conforme a la petición del 13 de abril de 2012, por medio del cual se niega la

petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria a cada uno de los demandantes.

Que como consecuencia de lo anterior, se condene a título de restablecimiento del derecho a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer, liquidar y pagar a favor de cada uno de los actores, la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por no haber cancelado a tiempo el valor reconocido por cesantías.

De igual forma solicita, que se condene a reconocer, liquidar y pagar la indexación de la suma solicitada, desde la fecha de pago de las cesantías hasta la fecha de pago efectivo de la sanción moratoria.

Así mismo, que se condene a las entidades demandadas a reconocer, liquidar y pagar los intereses de mora sobre las sumas adeudadas, conforme lo establecido en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Finalmente solicita, que a la sentencia se le dé estricto cumplimiento conforme lo disponen los artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y que se condene en costas a las demandadas tal como lo dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

3.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada judicial de la Fiduprevisora S.A se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues consideró que era a la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien le corresponde el pago de las prestaciones, mientras esa sociedad fiduciaria únicamente se encarga de la administración de los recursos del fondo.

Adujo, que los pagos se realizan luego de contar con el acto administrativo emitido por la Secretaría de Educación y previo trámite legal para su concesión, que comprende el reporte de todos los entes comprometidos dentro del salario docente, conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según disponibilidad de recursos proveniente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De otro lado señaló, que a los docentes no les asiste derecho a sanción moratoria, pues en las distintas normas que regulan el auxilio de cesantías para éstos, ésta no se contempla por el no pago oportuno y señalan que el pago está sujeto a la condición suspensiva de disponibilidad presupuestal.

Propuso como excepciones: *"Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, caducidad, genérica"*

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Valledupar accedió a 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 los actores tenían derecho a la indemnización moratoria que reclaman, y que dicha sanción podía ser aplicada a los docentes cuando se demuestre el pago tardío de las cesantías.

En virtud de lo anterior, accedió a las pretensiones de la demanda, en los términos señalados al inicio de esta providencia.

V.- RECURSO INTERPUESTO.-

La apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó recurso de apelación contra la decisión anterior con el objeto que sea revocada, toda vez que la Fiduprevisora S.A procede con los pagos prestacionales luego de contar con el acto administrativo emitido por la Secretaría de Educación y previo trámite legal para su concesión, el cual comprende el reporte de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente, conforme a derecho y a la mayor brevedad posible, según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como quiera que no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encuentran en trámite.

En virtud de lo anterior considera, que no puede endilgársele una negligencia a la administración, pues el reconocimiento de las cesantías sigue un procedimiento por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal, el cual se llevó a cabo adecuadamente en el proceso.

Agrega, que no existe responsabilidad del Ministerio de Educación, ya que de conformidad con el Decreto 2831 de 2005, que reglamentó el inciso 2 del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7 de la Ley 91 de 1989, junto con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, esa entidad no es la encargada de reconocer y tramitar la solicitud elevada por las actoras.

En virtud de lo anterior considera, que para el caso específico de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, constituyéndose así en un procedimiento especial aplicable, por lo tanto, no se puede hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial.

Finalmente indica, que el juzgado de primera instancia no tuvo en cuenta el hecho de que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad demandada, como quiera que tanto el reconocimiento como aquel que negó la sanción moratoria solicitada, fueron proferidos por la Secretaría de Educación y no contiene la manifestación de voluntad del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.-

En el presente proceso sólo presentó alegatos de conclusión la parte demandada para ratificar los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

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 ficto o presunto 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.

De igual forma se analizará, sobre la supuesta falta de competencia de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio para cancelar la indemnización moratoria reclamada por los docentes, ello por cuanto no fue la entidad que profirió el acto acusado ni el reconocimiento de las cesantías sino el ente territorial a través de la Secretaría de Educación Departamental.

Así mismo, se estudiará sobre el argumento de la sujeción del pago de las cesantías reconocidas, a la disponibilidad presupuestal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y, si la indemnización moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, no puede aplicársele a los docentes, en virtud de que éstos tienen régimen especial como es la Ley 91 de 1989.

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 2013², tal como es el caso que nos ocupa.

8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES

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, como consecuencia del supuesto retardo en el pago de la cesantía definitiva solicitada por la demandante a la entidad demandada, es importante establecer claramente las normas aplicables al presente caso, para efectos de determinar si resulta o no procedente.

² Acta No.-010.

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 Estado³ 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.

³ 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.

Quando 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 jurisprudencia⁴, 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 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 ley⁵ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5

⁴ SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018

⁵ Artículos 68 y 69 CPACA.

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.-

Ahora bien, antes de resolver el problema jurídico planteado, es menester analizar cada uno de los cargos que fundamentan el recurso de apelación, en aras de determinar si le asiste o no razón a la recurrente en su dicho.

Al respecto, sobre la supuesta falta de competencia de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para reconocer y cancelar lo correspondiente a la sanción moratoria reclamada por los demandantes, por cuanto no fue la autoridad que expidió el reconocimiento de las cesantías, ni el acto acusado sino la entidad territorial a través de la Secretaría de Educación Nacional, es menester indicarle a la recurrente, que el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, 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.

Se dispuso además en la citada norma, que el mencionado Fondo sería dotado de mecanismos regionales que garantizaran la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial, sin afectar el principio de unidad. Asimismo, que entre sus funciones estaría la de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado. (Artículo 5° Ley 91 de 1989).

Por su parte, la Ley 962 de 2005, en su artículo 56, señaló que 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, mandato reglamentado en ese mismo sentido, por el artículo 3° del Decreto 2831 de 2005.

Entonces, al estar a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio, el reconocimiento y pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados, y, la función que cumplen las secretarías de educación de las entidades territoriales, son propias de dicho fondo, por disposición de la ley y del reglamento, pues, se depositan en aquellas como una estrategia de regionalización, esto es, coadyuvan con la prestación descentralizada de los servicios que presta dicho organismo, en otras palabras, las Secretarías de Educación, actúan como un agente del orden nacional.

En el caso concreto, si bien tanto las resoluciones por medio de las cuales se reconocen las cesantías parciales a los docentes, como el acto acusado, fueron expedidos por la Secretaría de Educación Departamental del Cesar, ésta no actuó en ejercicio de una competencia propia, sino de otro ente, como lo es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, autorizada por la ley y el reglamento, como ya se indicó, por consiguiente, las consecuencias de la negación de los derechos invocados por los actores, no puede ser atribuida al respectivo ente territorial como pretende la parte recurrente, pues la secretaría actuó en representación del fondo en mención, siendo únicamente responsabilidad de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de la indemnización moratoria que reclaman los demandantes.

Así las cosas, no prospera el argumento expuesto por la entidad apelante, en el sentido que no tiene ninguna injerencia en el procedimiento de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes.

Por otra parte, en relación con el argumento de que la Fiduprevisora S.A procede con el pago prestacional luego de contar con la disponibilidad de los recursos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se advierte que dicha discusión fue zanjada por el Consejo de Estado en la providencia que fue traída a colación por el a quo, en donde claramente determinaron que la falta de apropiación presupuestal es un tema que debe ser ajeno al empleado público, por lo tanto la entidad no puede excusarse en dicho argumento para justificar la demora en el pago de las cesantías solicitadas, lo que de contera permite la aplicabilidad de la sanción por incumplimiento a los términos legales consagrados para su reconocimiento.

En virtud de lo anterior, esta Corporación guarda conformidad con lo señalado por el a quo al respecto, por lo que este cargo tampoco prospera.

Ahora bien, en cuanto a que los docentes están cobijados por un régimen prestacional especial, como lo es la Ley 91 de 1989, razón por la cual considera no se les puede aplicar lo relativo a la sanción por mora contemplada en la Ley 1071 de 2006, por ser una ley general, es menester señalar que el Consejo de Estado ha establecido, que esta última norma cobija a todos los funcionarios públicos y servidores estatales incluyendo los docentes, pues al igual que los demás, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem.

Dicha postura fue recientemente ratificada en la sentencia de unificación transcrita en párrafos anteriores, resaltando sobre dicho tópico lo siguiente:

"81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de

carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.⁶ (Sic para lo transcrito)

En ese orden de ideas, para la Sala tampoco es de recibo el argumento de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de que la Ley 1071 de 2006 por medio de la cual se modificó la Ley 244 de 1995, que consagra la sanción prevista por el no pago de las cesantías parciales o definitivas, no pueda aplicársele a los docentes, pues como quedó establecido, dicha normativa fue regulada para todos los empleados públicos, no pudiéndose por tanto excluir a los docentes, so pena de vulnerar el derecho a la igualdad.

Así las cosas, una vez analizado cada uno de los puntos de apelación contra la sentencia de primera instancia, 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.

OSCAR ROSADO BALMACEDA:

- Está acreditado, que el día 13 de enero de 2011, solicitó a la Secretaría de Educación – 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. 001470 del 6 de abril de 2011, ordenando el pago de la misma por valor de \$13.820.796. el acto administrativo anterior, quedó ejecutoriado el día 18 de abril de 2011 (Folios 21 y 22 y 83)

- Así mismo se corrobora, que el pago anterior, fue realizado el día 16 de septiembre de 2011, tal como se observa de la certificación visible a folios 324 y 325 del expediente, proferida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

OMAILA LUZ MOJICA SERNA:

- Está acreditado, que el día 16 de noviembre de 2010, solicitó a la Secretaría de Educación – 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. 000267 del 25 de enero de 2011, ordenando el pago de la misma por valor de \$7.843.366. El anterior acto administrativo quedó ejecutoriado el día 9 de febrero de 2011 (Folios 28 y 29 y 134)

⁶ SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018

- Así mismo se corrobora, que el pago anterior, fue realizado el día 13 de septiembre de 2011, tal como se observa del comprobante de transacción visible a folio 30 del expediente.

LUDY MARÍA LOZANO CABRALES:

- Está acreditado, que el día 21 de octubre de 2010, solicitó a la Secretaría de Educación – 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. 000089 del 12 de enero de 2011, ordenando el pago de la misma por valor de \$9.412.852. El acto administrativo anterior quedó ejecutoriado el día 28 de enero de 2011 (Folios 32 y 33 y 175)

- Así mismo se corrobora, que el pago anterior, fue realizado el día 24 de agosto de 2011, tal como se observa del comprobante de transacción visible a folio 34 del expediente.

MARÍA BELINDA DURAN MENDOZA:

- Está acreditado, que el día 16 de febrero de 2010, solicitó a la Secretaría de Educación – 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. 0000329 del 18 de junio de 2010, ordenando el pago de la misma por valor de \$23.399.581. El anterior acto administrativo quedó debidamente ejecutoriado el día 28 de junio de 2010 (Folios 37 y 38 y 199)

- Así mismo se corrobora, que el pago anterior, fue realizado el día 3 de marzo de 2011, tal como se observa del comprobante de transacción visible a folio 40 del expediente.

➤ Mediante oficio de fecha 13 de abril de 2012, el apoderado de los demandantes solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria generada por el pago inoportuno de las cesantías parciales reconocidas. (Folios 6 a 13)

➤ A través de Oficio CSEDEX No. 1705 del 14 de mayo de 2012, la Secretaría de Educación Departamental le informa al apoderado que la competencia en el pago de la indemnización es la Fiduprevisora. (Folios 40 y 41)

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

OSCAR ROSADO BELEÑO:

De conformidad con el material probatorio relacionado, encuentra probado este Tribunal, tal como determinó el a quo, que la entidad demandada incurrió en retraso tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva, como para el pago de la misma, como quiera que la petición fue radicada ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar el 13 de enero de 2011, y los 15 días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 3 de febrero de 2011, y fue sólo hasta el 6 de abril de 2011 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 cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria⁷, lo cual nos remonta al 15 de abril de 2011, y el pago fue efectuado el 16 de septiembre de 2011.

De esta manera tenemos, que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías por parte de la entidad demandada al señor OSCAR ROSADO BALMACEDA, es menester realizarse desde el 16 de abril de 2011 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 65 días hábiles que contempla la norma) y hasta el 15 de septiembre de 2011 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), para un total de 154 días calendario.

OMAIDA LUZ MOJICA SERNA:

De conformidad con el material probatorio relacionado, encuentra probado este Tribunal, tal como determinó el a quo, que la entidad demandada incurrió en retraso tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva, como para el pago de la misma, como quiera que la petición fue radicada ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar el 16 de noviembre de 2010, y los 15 días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 7 de diciembre de 2010, y fue sólo hasta el 25 de enero de 2011 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 cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria⁸, lo cual nos remonta al 17 de febrero de 2011, y el pago fue efectuado el 13 de septiembre de 2011.

De esta manera tenemos, que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías por parte de la entidad demandada a la señora OMAIDA LUZ MOJICA SERNA, es menester realizarse desde el 18 de febrero de 2011 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 65 días hábiles que contempla la norma) y hasta el 12 de septiembre de 2011 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), para un total de 208 días calendario.

LUDY MARÍA LOZANO CABRALES:

De conformidad con el material probatorio relacionado, encuentra probado este Tribunal, tal como determinó el a quo, que la entidad demandada incurrió en retraso tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva, como para el pago de la misma, como quiera que la petición fue radicada ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar el 21 de octubre de 2010, y los 15 días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 12 de noviembre de 2010, y fue sólo hasta el 12 de enero de 2011 que la profirió.

⁷ Teniendo en cuenta que el acto que reconoció la cesantía parcial no fue proferido en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

⁸ Teniendo en cuenta que el acto que reconoció la cesantía parcial no fue proferido en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

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 cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria⁹, lo cual nos remonta al 26 de enero de 2011, y el pago fue efectuado el 24 de agosto de 2011.

De esta manera tenemos, que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías por parte de la entidad demandada a la señora LUDY MARÍA LOZANO CABRALES, es menester realizarse desde el 27 de enero de 2011 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 65 días hábiles que contempla la norma) y hasta el 23 de agosto de 2011 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), para un total de 210 días calendario.

MARÍA BELINDA DURÁN MENDOZA:

De conformidad con el material probatorio relacionado, encuentra probado este Tribunal, tal como determinó el a quo, que la entidad demandada incurrió en retraso tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva, como para el pago de la misma, como quiera que la petición fue radicada ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar el 16 de febrero de 2010, y los 15 días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 9 de marzo de 2010, y fue sólo hasta el 18 de junio de 2010 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 cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria¹⁰, lo cual nos remonta al 24 de mayo de 2010, y el pago fue efectuado el 3 de marzo de 2011.

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 BELINDA DURÁN MENDOZA, es menester realizarse desde el 25 de mayo de 2010 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 65 días hábiles que contempla la norma) y hasta el 2 de marzo de 2011 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), para un total de 283 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.

⁹ Teniendo en cuenta que el acto que reconoció la cesantía parcial no fue proferido en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

¹⁰ Teniendo en cuenta que el acto que reconoció la cesantía parcial no fue proferido en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, al señalar¹¹:

“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.

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 OSCAR ROSADO BALMACEDA, OMAIDA LUZ MOJICA SERNA, LUDY MARÍA LOZANO CABRALES y MARÍA BELINDA DURÁN MENDOZA 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, sin la indexación de las sumas resultantes de la condena, atendiendo lo dispuesto en el precedente de unificación arriba transcrito y el salario a tener en cuenta, debe ser para el período en que se causó la mora, tal como precisó el a quo.

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

8.5.- CONDENAS 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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, el día 31 de agosto de 2017, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

¹¹ 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.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

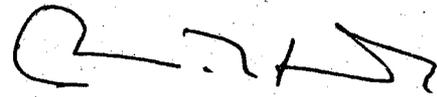
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase.

Este proyecto fue discutido y aprobado en reunión de Sala de Decisión No. 101, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE