



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR
Valledupar, veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral –Apelación Sentencia
Demandante: ASTRID CARDOZO DEVIA
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional y Fiduprevisora S.A.
Radicación: 20-001-33-33-001-2015-00441-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I.- ASUNTO

Procede la Sala a revolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el día 5 de marzo de 2019, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1.- HECHOS.

La demandante señala que mediante petición radicada bajo el No. 2012-CES-040123 de 7 de diciembre de 2012, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Departamento del Cesar, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, las cuales fueron reconocidas a través de la Resolución No. 003122 de 28 de julio de 2014, por valor de \$9.834.473.

Sostiene que los 65 días para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, vencieron el 14 de marzo de 2013, no obstante el pago se realizó de manera tardía el 7 de julio de 2014.

Indica que el 27 de abril de 2015, solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación Departamental del Cesar, el pago de la indemnización moratoria por el extemporáneo pago de las cesantías definitivas.

Que el 6 de junio de 2015, radicó solicitud de conciliación extrajudicial, la cual fue declarada fallida el día 28 de agosto de 2015.

2.2.- PRETENSIONES.

La parte demandante solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio CSED ex No. 01330 de 14 de mayo de 2015, expedido por la Secretaría de Educación Departamental, que negó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago de las cesantías definitivas a su favor.

Que se declare que la señora ASTRID CARDOZO DEVIA tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaría de Educación

Departamental del Cesar, le reconozca y pague la sanción moratoria solicitada ante esa entidad el 27 de abril de 2015, bajo el No. GC- EXT-06034-2015, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas reconocidas con la Resolución No. 003122 de 28 de julio de 2014, a razón de un día de salario por cada día de retraso, desde el 2 de febrero de 2012 al 1 de diciembre de 2013, equivalente a la suma de \$37.504.980, de conformidad con la Ley 1071 de 2006, artículo 5° de la Ley 91 de 1989.

Que el valor reconocido sea debidamente indexado y que se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor como lo autoriza el artículo 187 del CPACA.

Que se ordene a las entidades demandadas a que den cumplimiento a lo dispuesto en el fallo, dentro del término perentorio señalado en el artículo 192 del CPACA.

Que se condene a las entidades demandadas, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

2.3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se citan como vulneradas las siguientes disposiciones: los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política, toda vez que el proceder ilegal de la administración no ha permitido que a la demandante se le garantice el derecho al pago oportuno de sus cesantías, al haber incurrido en mora en el pago y negársele el derecho a la indemnización contemplada en el Ley 244 de 1995. Dice que también se dejó de aplicar lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

III.- PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado de primera instancia declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento del Cesar, manifestando que de conformidad con lo establecido en el artículo 180 de la Ley 115 de 1994, es al Ministerio de Educación a quien le corresponde reconocer las prestaciones sociales de los docentes territoriales, toda vez que el Departamento del Cesar, en este caso solo actúa en nombre y representación como agente intermediario de dicho Ministerio.

En relación con el caso concreto, consideró que las pretensiones de la demanda debían ser negadas, por cuanto la demandante acudió a la figura del silencio administrativo negativo contemplado en el artículo 83 del CPACA, de manera inapropiada, pues la administración antes de los tres meses de los que habla la norma, esto es el 14 de mayo de 2015, contestó de manera expresa la solicitud presentada el 27 de abril de 2015. En tanto, es este caso se debió demandar la respuesta expresa negativa dada por la administración, pues el silencio administrativo negativo al que alude la actora no existió.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, con el objeto de que sea revocada en su integridad, y en su lugar se accede a las pretensiones de la demanda, argumentando que si bien es cierto al momento de radicar la demanda de nulidad y restablecimiento del

derecho, por un error involuntario se demandó el silencio administrativo negativo resultante de la solicitud del 27 de abril de 2015, mediante auto de fecha 20 de septiembre de 2017, el Juzgado Primero Administrativo de Valledupar, inadmite la demanda, solicitando corregir los yerros de que adolece la misma, siendo oportunamente subsanada, poniendo de presente la respuesta dada por la Secretaría de Educación, demandándola y anexando nuevo poder.

Por lo anterior, señala que el señor Juez no tuvo en cuenta que la demanda fue subsanada, con la cual se corrigen los errores por los cuales negó las pretensiones, tal y como lo sugirió mediante auto del 20 de septiembre de 2017 y posteriormente fue admitida. Así las cosas, resulta inequívoca la decisión tomada, ya que como se puede observar, sí se demandó el acto administrativo (oficio) emitido por la Secretaría de Educación Departamental, en consecuencia, se debe reconocer el pago de la indemnización moratoria.

V.- ALEGATOS

El Departamento del Cesar, manifiesta que tal como se estableció en la sentencia apelada, el Departamento del Cesar a través de la Secretaría de Educación no puede hacer modificaciones o declarar nulidad alguna de los actos administrativos acusados, toda vez que carece de competencia para ello, pues por mandato de la Ley 91 de 1989, en consonancia con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto reglamentario 2831 estas funciones se encuentran atribuidas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resalta que la única función del Departamento del Cesar- Secretaría de Educación Departamental es la elaboración del acto administrativo de reconocimiento de la prestación, pues es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien por mandato de la ley está a cargo del reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes, previa aprobación del proyecto de resolución por parte de la Fiduprevisora, de lo que se colige que en el presente asunto existe una clara y palpable falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Departamento del Cesar, tal como fue decretada por el *a quo*.

La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, expone que el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a su cargo, tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las Leyes 31 de 1989, 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005, y en el mismo se contemplan términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los docentes, que implica la participación de las entidades territoriales- Secretarías de Educación certificadas-, al igual que de la Fiduprevisora S.A., como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Precisa que las Secretarías de Educación a su vez al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender el turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin. Lo que implica que el pago no sea inmediato pues se encuentra condicionado a turno y a disponibilidad presupuestal, atendiendo al principio constitucional de legalidad del gasto público en virtud del cual *"no se puede hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos"*.

VI.- CONSIDERACIONES

6.1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer, si ha de confirmarse o revocarse la sentencia de primera instancia, pues a consideración de la apelante en el presente caso, en el escrito de subsanación de la demanda se precisó que el acto que se demanda es la respuesta dada por la Secretaría de Educación Departamental del Cesar, contenida en el oficio CSED ex No. 01330 de 14 de mayo de 2015, que negó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria solicitado por la señora ASTRID CARDOZO DEVIA, debiéndose declarar nulo, por cuanto es obligación legal de la entidad demandada el pago de la indemnización moratoria como consecuencia del pago tardía de las cesantías definitivas.

6.2. Régimen legal del pago de las cesantías de los docentes oficiales.

Lo que primero que se debe señalar es que el auxilio de cesantías se ha entendido como una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, en tanto busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de actividad productiva, y por otro- en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda, erigiéndose en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismo, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada.

A través de la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se estableció en su artículo 15 un régimen especial para los docentes afiliados a este, regulando lo concerniente al pago de las cesantías y cuyo tenor dispone lo siguiente:

“Artículo 15: Numeral 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 1o. 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. 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".

Es decir que los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de la cesantía, conforme el régimen jurídico que les sea aplicable de acuerdo con su fecha de vinculación.

La Ley 244 de 1995¹, subrogada en algunos artículos por la Ley 1071 de 2006², fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público, conforme a lo consagrado en el artículo 123 de la Carta Política³.

Dicha normatividad estableció el ámbito de aplicación de la misma y las condiciones para tramitar la solicitud, el pago de la prestación y el reconocimiento de la sanción por pago tardío, así:

"Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo nacional de Ahorro."

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

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

¹ Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.

² Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

³ "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.

De acuerdo a lo anterior y para el caso de los docentes oficiales, el Consejo de Estado a través de la Sección Segunda en reiteradas ocasiones ha indicado, que no existe ninguna razón para excluir al sector docente oficial al igual que los demás servidores públicos en aras de proteger a quienes son beneficiarios de esta prerrogativa laboral y con el fin de materializar los principios de igualdad e *in dubio pro operario*.

No obstante, en el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se presentaron dos posturas al respecto: la primera según la cual la Sección Segunda de la Corporación señaló que no existe fundamento alguno para excluir al personal docente oficial al considerar que en su calidad de servidores públicos también son destinatarios de la sanción moratoria, la segunda sostuvo que no era viable la aplicación de sanción moratoria al personal docente en la medida en que los docentes están sometidos a un régimen especial previsto en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, que no prevé la sanción en comento.

La anterior problemática conllevó el ejercicio de la acción de tutela por parte de los docentes y ello concluyó con el pronunciamiento unificado de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia SU-336/2017 donde dicha Corporación concluyó que los docentes oficiales no están integrados a ninguna categoría de servidores públicos definiéndolos como “empleados oficiales de régimen especial”, asimilándolos como servidores públicos y resaltando que siendo las cesantías un derecho de todos los trabajadores, son los docentes beneficiarios de la sanción moratoria, sin distinción alguna y previo en cumplimiento de las exigencias legales.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación⁴, se refirió a la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, señalado que tal régimen es aplicable a los docentes oficiales en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales. En tal sentido, el Máximo Tribunal se pronunció sobre la aplicación de la Ley 962 de 2005, reglamentada por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 2005, en lo concerniente al procedimiento del reconocimiento de las cesantías ya que este difiere del establecido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, sentando jurisprudencia en el entendido de que prevalece la Ley 1071 en cuanto a los términos de reconocimiento de

⁴ Consejo de Estado- Sentencia CE- SU- SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

cesantías parciales o definitivas y la sanción moratoria en favor de los docentes, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica de servidores públicos.

De esta forma, esa Corporación determinó que no es procedente dar aplicación al Decreto 2831 de 2005 en el trámite de reconocimiento y pago de cesantías para los docentes, ya que por jerarquía normativa, son prevalentes los mandatos consignados en la Ley 1071 de 2006 expedida por el Congreso de la República en ejercicio de la función constitucional de hacer las leyes respecto de un Decreto Reglamentario dictado por el Presidente en uso de sus facultades constitucionales y legales, por lo que en aplicación de la "excepción de ilegalidad" establecida en el artículo 138 del CPACA, inaplicó lo señalado en el mencionado Decreto. Además de lo anterior, precisó que los dos procedimientos se contraponen siendo más beneficioso para el trabajador el establecido en la Ley 1071 de 2006, en aplicación además al derecho a la igualdad reconocida a los docentes oficiales en la Sentencia de Unificación SU 336 de 2017 de la Corte Constitucional.

En la precitada sentencia de unificación, se plantearon diversas situaciones que pueden configurarse en el trámite administrativo de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, fijando las siguientes reglas:

- Falta de respuesta o respuesta tardía: se señaló que en este caso los términos se contabilizan así: "(...) iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 I. 1071/2006), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Art. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011), 5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo- Decreto 01 de 1984, artículo 51, y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006".
- Acto escrito y notificado en término: Indica el Consejo de Estado que al existir el deber de notificar esta decisión de manera personal, la misma puede adelantarse, si el peticionario así lo consintió, de forma electrónica; por lo que en aplicación de artículo 56 de la Ley 1437 de 2011 el término de ejecutoria se empezará a contar a partir del día siguiente a que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido del acto que reconoce la cesantía, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días desde la expedición del acto.

En el caso que no se realice de forma electrónica se debe remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto que decide acerca de las cesantías conforme el artículo 68 del CPACA, y si no comparece dentro de los siguientes 5 días al recibido de la notificación, se realizará por aviso remitiéndolo a la misma dirección aportada, entendiéndose por notificado al día siguiente a su recibo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 69 de la citada norma.

En este caso el Consejo de Estado, fue claro al señalar que los términos de notificación no pueden tenerse como días de sanción moratoria, pues estos corresponden únicamente al deber de la

administración de comunicar lo decidido al interesado y para la producción de efectos del acto administrativo.

En conclusión, cuando se expide el acto escrito reconociendo las cesantías, el término de ejecutoria y consecuentemente, los 45 días hábiles para su pago efectivo empezarán a contabilizarse solo cuando se surta efectivamente la notificación. Caso contrario, en el evento en que no se notifique el actor conforme a la ley, solo será viable después de 12 días de expedido el acto definitivo, esto es, considerando la ficción que la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario, 5 días que le dio de espera para comparecer a recibir la notificación, 1 día para entregarle el aviso y 1 más con el que la perfecciona por este medio.

Por otra parte, en el evento en que el interesado renuncie a términos el Consejo de Estado determinó, que los 45 días para el respectivo pago de que trata la norma antes aludida, se contarán desde el día siguiente a la fecha en que se realizó tal manifestación.

- Cuando se interponen recursos: Cuando existe inconformidad- total o parcial- del peticionario respecto del reconocimiento de la cesantía, es procedente el recurso dentro de los 10 días siguientes a la notificación, caso en el cual los 45 días empezarán a contabilizarse una vez adquiera firmeza el acto administrativo conforme lo indicado en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, es decir desde el día siguiente a la comunicación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

Ahora, si no son resueltos los recursos el Consejo de Estado acogiendo la postura de la Corte Constitucional⁵ indicó, que los términos para iniciar a contabilizar los días de sanción moratoria transcurrirán pasado 15 días hábiles de la interposición del recurso sin que se haya resuelto, independientemente de que pasados 2 meses se genere el silencio administrativo negativo de que trata el artículo 86 del CPACA.

Todo lo explicado, fue resumido por el Consejo de Estado en el siguiente cuadro:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TERMINO PAGO CESANTIA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

⁵ Sentencias T-673-98, T- 785-01 y T- 795-01.

ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días posteriores a la certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días posteriores al de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores al de entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal 118	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días Desde interposición del recurso.

Respecto a la base de liquidación de la sanción moratoria el Consejo de Estado, explicó que la base para liquidar el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de cesantías parciales, está constituido por la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, teniendo en cuenta que la obligación del empleador surge para cada vigencia fiscal.

En lo que se refiere a la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta, será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pago.

Finalmente el H. Consejo de Estado, precisó que como quiera que la sanción moratoria no se trata de un derecho salarial sino de una sanción por la negligencia del empleador, no es procedente disponer su ajuste a valor presente, en razón a que se refiere a valores que no van dirigidos a compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni frente a su remuneración, de forma: *“la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación”*⁶.

6.3. Del caso en concreto.

⁶ CE- SUJ-SII-012-2018.

Previo a abordar el fondo del asunto, debe precisar la Sala que en el presente asunto el acto acusado, corresponde al oficio CSED ex No. 01330, de 14 de mayo de 2015, expedido por la Secretaría de Educación Departamental, a través del cual negó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas a favor de la señora ASTRID CARDOZO DEVIA, tal y como la apoderada de la demandante lo indicó en el escrito de subsanación de la demanda visto en el expediente a folios 43 a 53. Razón por la que no se le halla justificación a la decisión del *a quo* de negar las pretensiones de la demanda, bajo el argumento del inapropiado uso de la figura del silencio administrativo negativo, el cual efectivamente no se configura en el presente asunto ante la manifestación expresa de la administración contenida en el aludido acto administrativo, toda vez que, si bien es cierto inicialmente esto es, en el escrito contentivo de la demanda, la parte actora solicitó se declarara la existencia del silencio administrativo negativo, y consecuentemente la nulidad del acto ficto o presunto resultante del mismo, tal pretensión fue readeuada en su debida oportunidad y avalada por el mismo Juez, quien luego de observar la subsanación de los yerros advertidos en el auto de fecha 20 de septiembre de 2017 (fl. 40), procede a admitir la demanda.

De esta manera, en aras de privilegiar el acceso de la administración de justifica y evitar que las actuaciones adelantadas en ejercicio de la función pública queden excluidas de control jurisdiccional, debió el juez de primera instancia entrar a estudiar de fondo la Litis planteada en el presente caso. Máxime, cuando desde siempre en la foliatura del proceso se halla el acto administrativo claro, expreso y manifiesto al que se hace referencia.

Previsto lo anterior, debe indicarse que el material probatorio obrante en el plenario nos permite establecer:

- Que la señora ASTRID CARDOZO DEVIA, a través de apoderada judicial, solicitó el reconocimiento de sus cesantías definitivas mediante la radicación 2012- CES- 040123 de fecha 7 de diciembre de 2012 ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 86-87).
- Que mediante Resolución No. 003122 de fecha 28 de julio de 2014, el Secretario de Educación del Departamento del Cesar, en nombre y representación de la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas a la señora ASTRID CARDOZO DEVIA, por la suma de \$9.834.473, previa deducción de la suma de \$7.648.855, por concepto de pago de cesantías parciales (fls. 12-13). Acto que fue notificado personalmente el día 15 de agosto de 2014⁷.
- Que el pago efectivo de la suma liquidada derivada del reconocimiento de las cesantías definitivas se materializó el 12 de septiembre de 2014, por valor de \$2.185.618 (fl. 14).
- Que mediante solicitud radicada GC- EXT- 6034-2015 de fecha 27 de abril de 2015, la demandante a través de apoderada solicitó a la Nación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-

⁷ Ver reverso del folio 13.

Secretaría de Educación del Departamento del Cesar-, reconociera y pagara la sanción moratoria (fls. 15-17).

- Que mediante oficio CSED ex No. 01330 de fecha 14 de mayo de 2015, el Secretario de Educación Departamental del Cesar da respuesta al requerimiento formulado por la actora, indicando que no es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas (fls. 18-20).

Pues bien, en la demanda se solicita la nulidad del acto administrativo que negó el pago por la mora de las cesantías, al considerar que a la actora le es aplicable lo preceptuado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en aras de que se le realice el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, evitando así un perjuicio económico. En tal sentido, de acuerdo a los parámetros antes reseñados contenidos en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 18 de julio de 2018⁸, se dispondrá la aplicación para el sub examine de la excepción de ilegalidad consagrada en el artículo 168 de la Ley 1437 de 2011 respecto del Decreto Reglamentario 2837 de 2005, y en este sentido se dará aplicación a la normatividad que garantiza en mayor medida los derechos de la trabajadora, concretamente los principios de igualdad en el régimen de seguridad social, es decir la Ley 1071 de 2006.

Así las cosas y como se señaló en precedencia, luego de que la docente radica su solicitud de reconocimiento y pago de cesantías definitivas o parciales la entidad cuenta con el término de 15 días hábiles para expedir la resolución correspondiente, si cumple con los requisitos (artículo 4 Ley 1071 de 2006), de no contar con toda la información requerida la entidad debe comunicar a la parte solicitante dentro de los 10 días de tal situación, señalándole de manera expresa los requisitos faltantes. A su vez, luego de ejecutoriado el acto que le reconozca la prestación social la entidad cuenta con 45 días para cancelar la prestación social; disponiendo así la entidad con un término total de 70 días para realizar el pago efectivo de la referida prestación.

Establecido lo anterior, no queda duda que en este caso se ha generado una mora en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la señora ASTRID CARDOZO DEVIA, en los siguientes términos:

Fecha de radicación de la solicitud	Fecha del Acto Administrativo	Ejecutoria	Fecha efectiva del pago
7 de diciembre de 2012.	28 de julio de 2014		12 de septiembre de 2014.

En ese sentido, encuentra la Sala que desde la fecha de radicación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías hasta la fecha en que se emitió

⁸ Rad. No.: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), Consejera ponente: Dr. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Actor: JORGE LUIS OSPINA CARDONA. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.

el acto administrativo que reconoce las cesantías definitivas a la señora ASTRID CARDOZO DEVIA, transcurrió un (1) año, siete (7) meses y veintiún (21) días, superando en exceso el término señalado por la precitada norma; por tanto, ha de darse aplicación a la hipótesis relativa a la "existencia del acto expedido de forma extemporánea" y en tal sentido, habiéndose probado que la administración incumplió los términos señalados en la norma, no solo al momento de expedir la Resolución de reconocimiento sino en cuanto al pago efectivo de la misma, es aplicable el término de los 70 días referidos por la norma y la jurisprudencia antes aludidas, contados a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud por parte de la demandante.

De esta forma, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas por parte de la entidad demandada, se empezará a contar pasados setenta (70) días hábiles contados desde el 10 de diciembre de 2012- día hábil siguiente a la presentación de la solicitud de las cesantías-, cumpliéndose el 21 de marzo de 2013- día siguiente al vencimiento de los 70 días y hasta el 11 de septiembre de 2014- día anterior a la fecha en que se cancelaron los recursos derivados del pago de la prestación reclamada, periodo por el cual se ordenará el reconocimiento de la sanción moratoria.

Bajo las anteriores consideraciones, la Sala revocará la sentencia apelada, en su lugar se declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio CSED ex No. 01330 de 14 de mayo de 2015, expedido por la Secretaría de Educación Departamental, que negó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago de las cesantías definitivas solicitado por la señora ASTRID CARDOZO DEVIA, y se condenará al Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar la indemnización moratoria ocasionada con el pago tardío de las cesantías a la demandante, consistente en quinientos treinta y cinco (535) días de mora, conforme lo establecido en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006.

Adicionalmente, se debe indicar que al tratarse del reconocimiento y pago de una cesantía definitiva, el salario base de liquidación está constituido por la asignación básica diaria devengada por la docente para el momento en que finalizó la relación laboral, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

También, debe decirse que en el presente asunto el fenómeno prescriptivo no afectó las sumas que por sanción moratoria se causa, pues debe tenerse en cuenta que el día 21 de marzo de 2013, se originó para la demandante el derecho a la indemnización por el pago tardío de las cesantías, fecha en la cual empezó a correr el término de prescripción trienal, sin embargo la parte demandante acreditó haber presentado reclamo escrito ante la autoridad competente el 27 de abril de 2015 (fls. 15-17), solicitando el reconocimiento y pago de la sanción, por lo que se observa que no habían transcurrido los 3 años contemplados en la norma para la prescripción en materia de sanción moratoria.

Como se expuso en precedente, la sentencia de unificación del Consejo de Estado, sentó jurisprudencia, estableciendo que no existe derecho a la indexación a valor presente de la sanción moratoria, sin embargo, tal como lo reconoció la misma Corporación, ello no comporta la inaplicación del artículo 187 del CPACA, respecto de la actualización de la condena que se impone por concepto de sanción moratoria de conformidad con el IPC, a partir de la fecha en que dejó de causarse la mora y hasta la fecha de la sentencia.

Finalmente, no se dispondrá condena en costas, primero por cuanto la aplicación de las sentencias de unificación son de obligatorio cumplimiento, y segundo por cuanto no aparece en el expediente demostrado su causación.

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

FALLA:

REVOCAR la sentencia apelada, proferida el día 5 de marzo de 2019, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se dispone:

PRIMERO: INAPLICAR para el caso particular el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, de acuerdo a las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: Declárase la nulidad del oficio CSED ex No. 01330 de 14 de mayo de 2015, proferido por el Secretario de Educación del Departamento del Cesar, por el cual niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor de la señora ASTRID CARDOZO DEVIA.

TERCERO: Como restablecimiento del derecho, condénase a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer, liquidar y pagar a favor de la señora ASTRID CARDOZO DEVIA, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas a razón de un día de salario por cada día de retardo, cuya base será la asignación percibida para el momento del retiro del servicio, desde el 21 de marzo de 2013 hasta el 11 de septiembre de 2014.

CUARTO: Las sumas que resulten a favor de la demandante, serán reajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia, aplicando para ello lo contemplado en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia conforme a los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 110.


DORIS PINZÓN AMADO
Magistrada


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Magistrado