

COPIA



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: TERESA DE JESÚS MORA CONTRERAS  
DEMANDADO: LA NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DEL CESAR.  
RADICADO: 20-001-33-33-001-2016-00122-01  
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 Primero Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 23 de octubre de 2018, por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda, así:

***“PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la excepción de “Falta De Legitimación Por Pasiva” propuesta por el Municipio de Valledupar.***

***SEGUNDO: DECLÁRAR INFUNDADAS las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, Pago, Cobro de lo no debido, compensación y buena fe, propuestas por el apoderado judicial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de acuerdo a lo previamente motivado.***

***TERCERO: DECLÁRAR LA NULIDAD del oficio OFPSM-0709 del 21 de octubre de 2015, por medio del cual se resolvió la solicitud presentada por la señora TERESA DE JESUS MORA CONTRERAS, el día 25 de septiembre de 2015, negando el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las cesantías, establecidas en la Ley 1071 de 2006.***

***CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, SE CONDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a favor de la señora TERESA DE JESUS MORA CONTRERAS, la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2013 y el 24 de julio de 2013 inclusive, es decir 85 días. la sanción será liquidada con base en el salario devengado por la demandante en el año 2013.***

***QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 189 del C.P.A.C.A.***

**SEXTO: NEGAR** la pretensión relacionada con el pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria.

**SEPTIMO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS** a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Para efectos de Agencias en Derecho se fija el 3% del monto de las pretensiones reconocidas en esta sentencia.

**NOVENO: COMPULSAR COPIAS** ante la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – REGIONAL CESAR – Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA – GERENCIA DEPARTAMENTAL-, con el fin de que dichos organismos de control, valoren la necesidad de adelantar las indagaciones que consideren pertinentes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**DECIMO:** Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, y ya cumplida archívese el expediente dejando las constancias del caso.”<sup>1</sup> (Sic para lo transcrito)

## II.- ANTECEDENTES.-

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

Relató la apoderada de la señora TERESA DE JESÚS MORA CONTRERAS, que el día 16 de enero de 2016, ésta solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a la que tenía derecho, las cuales fueron reconocidas a través de la Resolución N° 0173 del 22 de febrero de 2013 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, acto administrativo que fue notificado el 22 de febrero de 2013, no obstante el pago se efectuó el 25 de julio de 2013.

Mencionó, que la entidad demandada debía resolver la petición el día 6 de febrero de 2013 y haberla cancelado el 22 de abril de 2013, es decir que a partir del 23 de abril de 2013 hasta el 25 de julio de 2013, se generó la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006.

Finalmente indicó, que mediante Oficio OFPSM-200 del 14 de abril de 2015, la entidad demandada da respuesta a la petición incoada indicando que el pago del auxilio de cesantías estaba sometido a la disponibilidad presupuestal y, mediante Oficio OFPSM-0709 del 21 de octubre de 2015 se da respuesta de fondo negando el reconocimiento de la indemnización moratoria.

### 2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad del oficio OFPSM-0709 del 21 de octubre de 2015, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, mediante el cual se niega la solicitud presentada para el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

<sup>1</sup> Ver folios 178 respaldo y 179

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 y al Municipio de Valledupar a reconocer, liquidar y pagar a favor de la señora TERESA DE JESÚS MORA CONTRERAS, 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 en la Resolución N° 0173 del 22 de febrero de 2013.

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 Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones por carecer de sustento fáctico y jurídico para su prosperidad.

Indicó, que a la actora no le asistía el derecho a la sanción moratoria pretendida, puesto que en las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se contemplaba la indemnización moratoria por el no pago oportuno.

Señaló, que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal, además, que el acto acusado no violó las disposiciones invocadas por la actora, y se ciñó estrictamente a las disposiciones en las que se debía fundar, tales como la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

Finalmente aseveró, que las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran reguladas por una norma de carácter especial, y no es posible incluirle sanciones por fuera de su ámbito normativo.

Propuso como excepciones: *"Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, Pago, Cobro de lo no debido, Compensación, buena fe"*.

### IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

El Juzgado Primero 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 que la entidad sobrepasó el término consagrado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, dado que los 15 días hábiles con los que contaba para expedir la resolución correspondiente al reconocimiento de las cesantías fenecieron el 6 de febrero de 2013, lo que quería decir que la tardanza empezó desde antes de la emisión del acto administrativo sin que se demostrara que ello fue culpa de la demandante.

Precisó, que la entidad demandada incurrió en mora frente a su obligación de efectuar el reconocimiento y pago de las cesantías solicitadas, mora que se causó desde el 30 de abril de 2013 hasta el 24 de julio de 2013, es decir, por 85 días.

En virtud de lo anterior, accedió a las pretensiones solicitadas en la demanda, en los términos señalados al inicio de estas consideraciones.

#### 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 actora, para ratificar los argumentos expuestos a lo largo de todo el discurrir procesal, además solicita que se confirme la providencia toda vez que la sustentación legal aplicada estuvo fundamentada en derecho, siendo procedente la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes, tal como determinó el a quo.

## 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 OFPSM-0709 del 21 de octubre de 2015, suscrito por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar, por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de la cesantías reconocidas a la señora TERESA DE JESÚS MORA CONTRERAS.

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 las 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 Municipal.

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 2013<sup>2</sup>, tal como es el caso que nos ocupa.

<sup>2</sup> Acta No. 010.

#### 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.

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 Estado<sup>3</sup> en decisión de Sala Plena, concluyó:

<sup>3</sup> 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.

"(...) 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 acudir 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 jurisprudencia<sup>4</sup>, 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.

<sup>4</sup> SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018

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 ley<sup>5</sup> 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.-

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 la demandante, 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

<sup>5</sup> Artículos 68 y 69 CPACA.



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 la resolución por medio de la cual se reconoce la cesantía definitiva a la docente, como el acto acusado, fueron expedidos por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, 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 la actora, no puede ser atribuida al respectivo ente territorial como pretende la parte recurrente, pues la secretaria 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 reclama la demandante.

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."<sup>6</sup> (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 le asiste derecho a la demandante en el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria pretendida.

- Resolución No. 0173 del 22 de febrero de 2013, proferida por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, por medio de la cual se reconoce a la señora TERESA DE JESÚS MORA CONTRERAS una cesantía definitiva. (Folios 29 y 30)
- Comprobante de pago del BBVA a favor de TERESA DE JESÚS MORA CONTRERAS de fecha 25 de julio de 2013. (Folio 31)
- Oficio de fecha 17 de septiembre de 2014, emitido por la apoderada de la señora TERESA DE JESÚS MORA CONTRERAS, en donde le solicita al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no haber cancelado a tiempo las cesantías definitivas reconocidas a través de la Resolución No. 0173 del 22 de febrero de 2013. (Folios 18 a 20)
- Oficio OFPSM-0587 del 3 de octubre de 2014 en donde le informaron a la apoderada de la parte actora que no se le podía dar trámite a la petición por no contar con el poder suficiente. (Folio 21)

<sup>6</sup> SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018

- Oficio de fecha 31 de octubre de 2014, por medio del cual la parte actora solicitó requerimiento a la petición incoada. (Folio 22)
- Oficio OFPSM-0701 del 26 de noviembre de 2014, a través del cual la entidad demandada le informa a la petente el nombre de los docentes relacionados en las solicitudes incoadas. (Folio 23)
- Requerimiento de fecha 17 de marzo de 2015, por medio del cual la apoderada de la actora solicita a la entidad demandada que den respuesta de fondo a la petición sobre reconocimiento de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas de la demandante. (Folios 24 y 25)
- Oficio OFPSM-0200 de fecha 14 de abril de 2015, en donde la Secretaría de Educación Municipal le manifiesta a la petente, que el pago del auxilio de cesantías está sujeto a la existencia de disponibilidad presupuestal, tal como se indicó en la resolución que reconoció la cesantía. (Folio 26)
- Requerimiento respuesta derecho de petición, presentado por la apoderada de la actora el día 25 de septiembre de 2015, con el fin de que la entidad demandada de respuesta a la petición que le fue incoada. (Folios 27 y 28)
- Oficio OFPSM-0709 del 21 de octubre de 2015, por medio del cual la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar le indica a la apoderada de la demandante, que no se causó mora ni sanción moratoria en el pago de la cesantía, como quiera que el desembolso estaba condicionado a la existencia de disponibilidad presupuestal. (Folio 17)
- Oficio de fecha 6 de abril de 2018 proferido por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar en donde se envía hoja de vida completa de la señora TERESA DE JESÚS MORA CONTRERAS. (Cuaderno de anexo hoja de vida)

Así las cosas, una vez realizado la relación probatoria que antecede, le corresponde al Tribunal analizar lo que se encuentra probado en el proceso en aras de establecer si les asiste derecho a la demandante en el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria pretendida.

Está acreditado, que el día 16 de enero de 2013<sup>7</sup>, la señora TERESA DE JESÚS MORA CONTRERAS solicitó a la Secretaría de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva, razón por la cual la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar expidió la Resolución No. 0173 del 22 de febrero de 2013, ordenando el pago de la misma por valor de \$5.694.516. (Folios 29 y 30)

Así mismo se corrobora, que el pago anterior, fue realizado el día 25 de julio de 2013, tal como se observa del comprobante visible a folio 31 del expediente.

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 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 Municipal de Valledupar el 16 de enero de 2013, y los 15 días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 6 de febrero de 2013, y fue sólo hasta el 22 de febrero de 2013 que la profirió.

<sup>7</sup> Fecha que se extrae de la resolución por medio de la cual se reconoció la cesantía definitiva a la demandante.

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 ejecutoria<sup>8</sup>, lo cual nos remonta al 29 de abril de 2013, y el pago fue efectuado el 25 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 a la señora TERESA DE JESÚS MORA CONTRERAS, es menester realizarse desde el 30 de abril de 2013 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días hábiles que contempla la norma) y hasta el 24 de julio de 2013 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), para un total de 85 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 señalar<sup>9</sup>:

*“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 la demandante en su condición de docente hizo uso de su derecho a reclamar una cesantía definitiva, previo el lleno de los requisitos legales, la cual, en tal virtud, debió ser reconocida y pagada dentro del término que la normatividad concede para ello.

Por lo expuesto, concluye la Sala, que la señora TERESA DE JESÚS MORAL CONTRERAS tiene 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.

<sup>8</sup> Teniendo en cuenta que el acto que reconoció la cesantía parcial fue proferido en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

<sup>9</sup> 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.

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

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, el día 23 de octubre de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

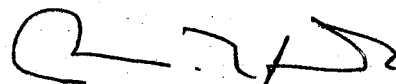
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

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