

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: MARÍA ESTHER LOBO LEAL
DEMANDADO: LA NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DEL CESAR.
RADICADO: 20-001-33-33-002-2016-00139-01
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Valledupar, el día 9 de abril de 2018, por medio de la cual se negó las súplicas de la demanda.

II.- ANTECEDENTES.-

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

Relató el apoderado de la señora MARÍA ESTHER LOBO LEAL, que el día 30 de julio de 2014, 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° 004069 del 29 de septiembre de 2014 por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, acto administrativo que fue notificado el 3 de octubre de 2014, no obstante el pago se efectuó el 13 de febrero de 2015.

Mencionó, que la entidad demandada debía resolver la petición el día 22 de agosto de 2014 y haberla cancelado el 1° de noviembre de 2014, es decir que a partir del 2 de noviembre de 2014 hasta el 13 de febrero de 2015, se generó la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare la nulidad del oficio CSED ex N° 3112 del 23 de noviembre de 2015, suscrita por el Secretario de Educación Departamental del Cesar, 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.

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 Departamento del Cesar a reconocer, liquidar y pagar a favor de la señora María Esther Lobo Leal, 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° 004069 del 29 de septiembre de 2014.

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"*.

IV.- PROVIDENCIA RECURRIDA.-

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

Luego de un análisis del fundamento legal y jurisprudencial aplicable al caso, y del material probatorio recaudado, consideró el a quo que el actor no tenía derecho a

las pretensiones que reclama, pues si bien la administración incurrió en retraso para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías parciales de la señora María Esther Lobo Leal, no ocurrió lo mismo con el pago de las mismas, como quiera que la petición fue radicada el 30 de julio de 2014 y los 15 días hábiles con que contaba la administración para la expedición de la resolución vencieron el 22 de agosto de 2014 y hasta el 29 de septiembre de 2014 la Secretaría Departamental del Cesar profirió la resolución.

Adujo, que era evidente que el término de 45 días hábiles que tenía el fondo para realizar el pago no comenzaba a contabilizarse desde la fecha de la expedición de la resolución que lo reconoció, sino desde la fecha que de conformidad con la norma se debió expedir el acto de reconocimiento, más 10 días hábiles que correspondían a la ejecutoria, lo cual se remontaba al 11 de noviembre de 2014.

Sostuvo, que no había lugar a la sanción moratoria, comoquiera que la parte demandante no cumplió con la carga que le correspondía en atención al artículo 167 del Código General del Proceso, por lo tanto señaló que se entendía que el pago se hizo dentro del término legal.

V.- RECURSO INTERPUESTO.-

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, persiguiendo que sea revocada.

Arguye, que el a quo debió tener en cuenta como prueba el desprendible de pago de fecha 8 de julio de 2014, el cual es anterior a las radicaciones del derecho de petición y resolución nombradas en el acápite demandatorio.

Indica, que con las demás pruebas allegadas el a quo podía determinar que el desprendible de pago de la solicitud de cesantías, debía ser posterior a la resolución de septiembre de 2014, hecho que debió esclarecerse antes de decidir el asunto de la referencia.

Arguye, que tanto en el derecho de petición presentado como en la demanda contenciosa se informó, que el día 13 de febrero de 2015 se procedió al pago de la cesantía definitiva a la actora, por lo que considera que si no existía claridad sobre ello, el juez pudo haber hecho un control de legalidad para esclarecer la situación jurídica del expediente.

Precisa, que debe dársele prevalencia al derecho objeto de discusión jurídica, el cual es el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria, cuando es un trámite favorable para la demandante, en razón a los argumentos que se han expuesto anteriormente en la demanda.

Finalmente expone, que de acuerdo a los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, a la actora no le fue cancelado a tiempo sus cesantías definitivas, generando una sanción moratoria a su favor, por lo que en aras de dar prevalencia la derecho sustancial y favorable que le asiste, pide que se condene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar a favor de la señora María Esther Lobo Leal, la sanción moratoria establecida en los mencionados artículos de la Ley 1071 de 2006, por no haber cancelado a tiempo el valor reconocido por cesantías en la Resolución N° 004069 del 29 de septiembre de 2014.

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.

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 No. CSED ex No. 3112 del 23 de noviembre de 2015, suscrito por el Secretario de Educación Departamental del Cesar, por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío de la cesantías definitivas reconocidas a la señora MARÍA ESTHER LOBO LEAL.

8.3.- CUESTIÓN PREVIA

Antes de resolver el problema jurídico planteado, se debe señalar, que si bien el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces emitir los fallos en el orden en que haya pasado el expediente al despacho para tal fin, también lo es que en los procesos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden puede modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos, por solicitud del Ministerio Público dada su importancia jurídica y trascendencia social, o cuando el asunto a debatir sea de aquellos que ya han tenido pronunciamiento similares, de conformidad con el criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sesión del 25 de abril de 2013¹, tal como es el caso que nos ocupa.

8.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES

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.

¹ Acta No. 010.

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

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

Artículo 2º. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

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

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

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

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

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

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 jurisprudencia³, no sólo en relación con la aplicabilidad de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a los docentes, sino además, en cuanto al término a partir del cual se debe contabilizar la indemnización moratoria por retardo o no pago de las cesantías definitivas o parciales, sobre el salario básico a tener en cuenta para el reconocimiento de la sanción moratoria y sobre la no procedencia de la indexación en la cancelación de la misma, concluyendo lo siguiente:

“(…)

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

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

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

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

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto

³ SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018

⁴ Artículos 68 y 69, CPACA.

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.-

Atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación incoado por la parte demandante, esta Corporación, en primer lugar, hará un recuento de los hechos probados en el proceso, en lo pertinente, así:

- Resolución No. 004069 del 29 de septiembre de 2014, proferida por la Secretaría de Educación Departamental del Cesar, por medio de la cual se reconoce a la señora MARÍA ESTHER LOBO LEAL una cesantía definitiva. (Folios 27 y 28)

- Comprobante de pago del BBVA a favor de JUANA DE DIOS CANTILLO ZAMBRANO de fecha 8 de julio de 2014. (Folio 29)

- Oficio de fecha 10 de noviembre de 2015, emitido por la apoderada de la señora MARÍA ESTHER LOBO LEAL, 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. 004069 del 29 de septiembre de 2014. (Folios 23 a 25)

- Oficio No. CSED ex 3112 del 23 de noviembre de 2015, por medio del cual la Secretaría de Educación Departamental niega la petición anterior. (Folios 17 a 22)

- Comprobante de pago (borroso) en donde se puede leer el pago de la suma de \$7.199.957 a favor de la señora MARÍA ESTHER LOBO LEAL el día 13 de febrero de 2015, nombre de convenio Fiduciaria La Previsora S.A. (Folio 155)

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 30 de julio de 2014⁵, la señora MARÍA ESTHER LOBO LEAL 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 Departamental expidió la Resolución No. 004069 del 29 de septiembre de 2014, ordenando el pago de la misma por valor de \$7.199.957. El acto administrativo que fue notificado el 3 de octubre de 2014 (Folios 27 y 28)

⁵ Fecha que se extrae de la resolución por medio de la cual se reconoció la cesantía definitiva a la demandante.

Ahora bien, aduce el a quo, que la parte actora no logró acreditar la fecha en la cual fue efectuado el anterior pago, motivo por el cual ante la ausencia probatoria, negó las súplicas de la demanda.

No obstante lo anterior, en esta instancia el apoderado de la señora MARÍA ESTHER LOBO LEAL aporta junto con el escrito de apelación, una fotocopia un poco ilegible, sobre un pago efectuado a la mencionada señora, en donde se puede apreciar un valor de \$7.199.957, convenio Fiduciaria La Previsora y con fecha 13 de febrero de 2015, plasmándose además un número de cédula que coincide con la de la actora, y cuyos valores, de igual forma coinciden con lo plasmado en la resolución por medio de la cual se le reconoció las cesantías definitivas a aquella.

En esas condiciones, para este Tribunal dicha prueba determina la fecha en la cual la entidad demandada canceló las cesantías definitivas reconocidas a la señora MARÍA ESTHER LOBO LEAL, motivo por el cual se tendrá en cuenta para establecer si existió o no mora en el pago de las mismas.

Así las cosas, tenemos que el pago de las cesantías definitivas reconocidas mediante Resolución No. 004069 del 29 de septiembre de 2014, fue realizado a la señora MARÍA ESTHER LOBO LEAL el día 13 de febrero de 2015, tal como se observa del comprobante visible a folio 155 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 del Departamento del Cesar el 30 de julio de 2014, y los 15 días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 22 de agosto de 2014, y fue sólo hasta el 29 de septiembre de 2014 que la profirió.

Teniendo como premisa lo anterior, es evidente que el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles que tenía el Fondo para realizar el pago, no comienzan a contabilizarse desde la fecha de la expedición de la resolución que lo reconoció, sino desde la fecha en que de conformidad con la norma, debió expedir el acto de reconocimiento, más diez (10) días hábiles que corresponden a la ejecutoria⁶, lo cual nos remonta al 11 de noviembre de 2014, y el pago fue efectuado el 13 de febrero de 2015.

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 ESTHER LOBO LEAL, es menester realizarse desde el 12 de noviembre de 2014 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días hábiles que contempla la norma) y hasta el 12 de febrero de 2015 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), para un total de 93 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

⁶ Teniendo en cuenta que el acto que reconoció la cesantía parcial fue proferido en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

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 señalar⁷:

“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 MARÍA ESTHER LOBO LEAL 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.

Ahora bien, en cuanto al salario base de liquidación que debe ser tenido en cuenta para cancelar la indemnización moratoria, advierte este Tribunal que ello también fue motivo de unificación en el precedente del Consejo de Estado arriba transcrito, señalando la máxima Corporación que tratándose de cesantías definitivas, como es el presente caso, 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, por lo tanto es sobre esa base que deberá la entidad demandada proceder al pago de la sanción aquí ordenada, sin que sea posible incluir factores salariales adicionales, tal como pretende la demandante.

Además de lo anterior, el precedente de unificación aludido también consignó que era improcedente la indexación de la sanción moratoria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA, motivo por el cual a ello tampoco se accederá.

Ahora bien, en atención a los argumentos planteados en el oficio acusado, se advierte, 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,

⁷ 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.

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.

Por otra parte, observa este Tribunal que en el acto acusado la entidad demandada argumenta 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, no obstante se advierte que dicha discusión fue zanjada por el Consejo de Estado, 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.

Concluyese de todo lo dicho, que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, para en su lugar acceder a las pretensiones solicitadas, en cuanto al pago de la indemnización moratoria a la cual tiene derecho la señora MARÍA ESTHER LOBO LEAL.

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,

F A L L A

REVOCAR la sentencia proferida en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, el día 9 de abril de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio CSED ex No. 3112 del 23 de noviembre de 2015, por medio del cual la Secretaría de Educación Departamental del Cesar, niega a la señora MARÍA ESTHER LOBO LEAL el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el pago tardío

de sus cesantías definitivas, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, condenar a la NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo, a título de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, desde el 12 de noviembre de 2014 hasta el 12 de febrero de 2015 (93 días), la cual se liquidará con base en la asignación básica devengada por la actora en la fecha en que se produjo el retiro, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

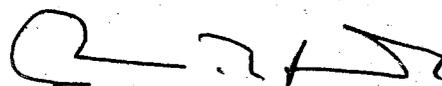
SEXTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y Cúmplase.

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



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE