

COPIA



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICADO: 20-001-23-39-002-2018-00060-00
MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a dictar sentencia en el presente proceso, promovido a través de apoderada judicial, por MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, regulada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA.

II. ANTECEDENTES.-

2.1.- HECHOS.-

Se resumen de la siguiente manera:

Relata la apoderada de la señora MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE, que ésta prestó sus servicios como docente en el Centro Auxiliar de Servicios Docentes de Valledupar - CASD, desde el 12 de mayo de 1989 hasta el 10 de junio de 2015, fecha en que surtió efectos fiscales la Resolución No. 001697 del 27 de mayo de la misma anualidad, que la separó del cargo por cumplir la edad de retiro forzoso.

Continúa narrando, que mediante sentencia proferida por esta Corporación, se le reconoció el derecho de cesantías retroactivas por el período laborado con anterioridad al 1º de enero de 1990 a la señora MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE, siendo cumplida a través de Resolución No. 00161 del 9 de marzo de 2017, suscrita por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar.

Agrega, que las cesantías correspondientes a su mandante causadas a partir del 1º de enero de 1990, quedaron acogidas por el régimen anualizado, siendo reconocidas mediante Resolución No. 00570 del 30 de agosto de 2017, por la

suma de \$258.865.053, valor reconocido sin indexación o actualización a valor presente, soslayándose el principio de equidad.

Sostiene, que a partir del 10 de junio de 2015 se hizo exigible el pago de las cesantías definitivas a favor de la señora CABARCAS DE BAUTE, sin embargo le fueron pagadas el 12 de octubre del año 2017, calenda a partir de la cual tuvo la certeza del pago efectuado sin actualización, razón por la cual a partir de ese momento nace el derecho a manifestar inconformidad con la misma.

Pone de presente además, que el 20 de junio de 2016 fue entregada la documentación para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la demandante, ordenándose las mismas por medio de Resoluciones Nos. 00161 del 9 de marzo y 00570 del 30 de agosto de 2017; por lo que el plazo para el pago venció el 26 de septiembre del año 2016, fecha en que se cumplieron los 70 días hábiles con que contaba la entidad para tal fin, y el mismo fue materializado el 12 de octubre del 2017, generando con ello 380 días de mora.

Finalmente indica, que en escrito presentado el 10 de noviembre de 2017, se solicitó el pago de la indemnización moratoria, siendo negada por el Secretario de Educación Municipal de Valledupar a través de oficio de fecha 29 de noviembre de 2017; asimismo que la petición fue remitida al Director de Prestaciones Económicas del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fiduprevisora, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda, se hubiese obtenido pronunciamiento alguno, lo cual configura un silencio administrativo.

2.2.- PRETENSIONES.-

En la demanda se solicita concretamente lo siguiente:

Que se declare que la señora MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE, mantuvo una relación legal y reglamentaria al servicio del Ministerio de Educación – Municipio de Valledupar, sin solución de continuidad, a partir del 12 de mayo de 1989 hasta el 10 de junio de 2015.

Que se declare nulo el acto ficto o presunto que haya resuelto la petición del pago de la indemnización moratoria por retardo en el pago de las cesantías, como respuesta al oficio fechado 15 de noviembre de 2017, suscrito por el Secretario de Educación Municipal dirigido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que se declare que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es responsable del pago de indemnización moratoria por retardo en el pago de las cesantías, por lo tanto se le ordene a pagar ello desde el 27 de septiembre de 2016 hasta el 12 de octubre de 2017.

Que se ordene que el salario base de liquidación de la indemnización moratoria debe comprender todos los factores salariales devengados en el último año de servicios que lo fue del 10 de junio de 2014 hasta el 10 de junio de 2015, y que se pague los ajustes conforme al Índice de Precios al Consumidor, el pago de intereses moratorios y que la sentencia se cumpla en los términos del artículo 187 y siguientes del CPACA.

Finalmente solicita, que se condene en costas a la entidad demandada.

2.3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

Sostiene la apoderada de la parte actora, los actos acusados van en contravía del artículo 56 del a Ley 962 de 2005, artículo 5, numeral 3 de la Ley 91 de 1989, artículos 1, 2 y 5 de la Ley 1071 de 2006, Ley 244 de 1995, Decreto 1160 de 1947, artículo 6 Decreto 2567 del 31 de agosto de 1946.

Indica, que los actos acusados son una típica desviación de poder y falsa motivación pues viola el ordenamiento jurídico sobre el pago oportuno de cesantías, así mismo cercena parcialmente el derecho de la cesantía al pagarla después del plazo legal.

Sostiene que el pago de la indemnización moratoria no está condicionada a turno ni a la existencia de disponibilidad presupuestal, además agrega, luego de realizar un bosquejo de la jurisprudencia del Consejo de Estado y traer apartes de decisiones proferidas por este Tribunal, que a la demandante le fueron pagadas las cesantías causadas a partir del 1° de enero de 1990, bajo el régimen anualizado de manera escueta, sin indexación, ni tampoco actualizadas al valor presente, lo que considera es a todas luces injusto e inequitativo.

2.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-

La entidad demandada contestó la demanda de manera extemporánea.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

El 12 de febrero de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., donde se adelantaron todas las etapas señaladas en el citado artículo, entre ellas la de FIJACIÓN DEL LITIGIO. (Folios 127 a 132).

La audiencia de pruebas fue realizada el 4 de abril de 2019, en la cual, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo, numeral 2°, artículo 181 del C.P.A.C.A., por considerar innecesario llevar a cabo la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se prescindió de la misma, ordenando a las partes presentar sus alegatos de conclusión por escrito, dentro del término de 10 días. (Folios 143 y 144).

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.-

Únicamente presentó alegatos de conclusión el apoderado de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señalando que esa entidad no desconoce el precedente jurisprudencial respecto de la materia, sin embargo, recalca que de conformidad con el Decreto 111 del 15 de enero de 1996, todo gasto debe estar previamente incorporado en el presupuesto, por lo tanto aduce, que el acto acusado lleva implícito una condición suspensiva cual es la disponibilidad presupuestal según los recursos destinados para tal fin, ello quiere decir, que los pagos de las prestaciones sociales se hacen en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de resoluciones.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Procurador 47 Judicial en Asuntos Administrativos no emitió concepto de fondo.

VI.- CONSIDERACIONES.-

6.1.- COMPETENCIA.-

Este Tribunal es competente para conocer y decidir el presente asunto, de conformidad con lo señalado en el artículo 152 de la Ley 1437 de 2011.

6.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

Tal y como quedó establecido en la ETAPA DE FIJACIÓN DEL LITIGIO, en el trámite de la audiencia inicial celebrada, de conformidad con el artículo 180 del C.P.A.C.A., el presente asunto se contrae a establecer, en primer lugar, si es nulo o no, el acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A., en dar respuesta a la petición incoada por la señora MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE, la cual fue remitida por parte del Secretario de Educación Municipal de Valledupar el 15 de noviembre del año 2017.

En caso de ser afirmativa la premisa anterior, se estudiará, si a título de restablecimiento del derecho, resulta procedente ordenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - Secretaría de Educación Municipal de Valledupar, a que reconozca y pague a favor de la demandante, una indemnización moratoria en la suma que resulte, consistente en un día de salario por cada día de mora, equivalente a 380 días, desde el 27 de septiembre de 2016 hasta el 12 de octubre del año 2017, fecha en que se efectuó el pago de manera retardada del auxilio de cesantías definitivas.

De igual forma se analizará, si es dable ordenar, que el salario base de liquidación de la indemnización moratoria a favor de la demandante sea el comprendido por todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es del 10 de junio de 2014 al 10 de junio de 2015, fecha en que surtió efectos fiscales la resolución mediante la cual fue retirada del servicio.

Finalmente, se realizará pronunciamiento con relación al reconocimiento y pago de los ajustes de valor conforme al IPC sobre las sumas adeudadas; los intereses moratorios, el plazo para el cumplimiento de la sentencia, y la condena en costas.

Así las cosas, previamente a resolver lo anterior, 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 accionada, 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 Estado¹ 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 acarreen 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

¹ 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.

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 jurisprudencia², 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 ley³ 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.

² SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018.

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

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)

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, 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 los alegatos de conclusión 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.

6.3.- CASO CONCRETO.-

Así las cosas, 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 14 de julio de 2016, la señora MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE solicitó a la Secretaría de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas por los servicios prestados como docente Nacional en la Institución Educativa CASD, tal como se evidencia en el formato visto a folios 3 y 4 del expediente.

De igual forma se demostró, que en cumplimiento de un fallo contencioso, la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar expidió la Resolución No. 00161 del 9 de marzo de 2017, ordenando el pago de la cesantía retroactiva por valor de \$62.853. El acto administrativo que fue notificado el 15 de marzo de 2017 (Folios 6 y 7)

Así mismo se demostró, que el día 5 de mayo de 2017, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva anualizada por su vinculación como docente Nacional en la Institución Educativa Casimiro Raúl Maestre, petición que fue resuelta por la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar mediante Resolución No. 00570 del 30 de agosto de 2017, ordenando el pago de la suma de \$45.299.016. Este acto administrativo se notificó el 1° de septiembre de 2017. (Folios 8 y 9)

Así mismo se corrobora, que los pagos anteriores, fueron realizados el día 12 de octubre de 2017, a la cuenta de la señora MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE, tal como se observa de los comprobantes de pagos en efectivo expedidos por el banco BBVA visibles a folios 10 y 11 del expediente.

Se evidencia, que el día 10 de noviembre de 2017, la señora MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE, solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de la indemnización moratoria por el retardo en el pago de las cesantías definitivas, no obstante, mediante Oficio 2017EE2780 del 29 de noviembre de 2017, la entidad le indicó que la solicitud sería remitida por competencia a la Fiduprevisora, tal como efectivamente se hizo mediante oficio sin número de fecha 21 de noviembre de 2017. (Folios 13 a 15)

De igual forma se acreditó, que la demandante devengó en el último año de servicios (2014-2015) como factores salariales: la asignación básica, el sueldo de vacaciones, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de servicios y prima de vacaciones, tal como lo corrobora el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios visible a folio 396 del expediente.

Se comprobó, que la demandante inició su carrera a la docencia el día 12 de mayo de 1989, tal como lo certifica el Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral, folios 18 y 19.

Finalmente se demostró, que la señora MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE, fue retirada del servicio mediante Resolución No. 001697 del 27 de mayo de 2015 expedida por la Secretaría de Talento Humano del Municipio de Valledupar. (Folio 20)

Así las cosas, de conformidad con el material probatorio relacionado, encuentra probado este Tribunal, en cuanto a la primera solicitud de reconocimiento de cesantías definitivas, que la entidad demandada incurrió en retraso tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de la cesantía, como para el pago de la misma, como quiera que la petición fue radicada ante la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar el 14 de julio de 2016, y los 15 días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 5 de agosto de 2016 y fue sólo hasta el 9 de marzo de 2017 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 ejecutoria⁴, lo cual nos remonta al 25 de octubre de 2016, y el pago fue efectuado el 12 de octubre de 2017.

De esta manera tenemos, que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías por parte de la entidad demandada a la señora MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE, en relación con la primera solicitud de cesantías definitivas, es menester realizarse desde el 26 de octubre de 2016 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días hábiles que contempla la norma) y hasta el 11 de octubre de 2017 (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), para un total de 349 días calendario.

Ahora, en cuanto a la segunda petición, relacionada con las cesantías anualizadas, está demostrado que la solicitud fue incoada el día 5 de mayo de 2017, por lo tanto la entidad demandada tenía hasta el día 26 de mayo de 2017 para proferir el acto administrativo que las reconociera, no obstante, la Secretaría de Educación Municipal de Valledupar profirió la resolución sólo hasta el 30 de agosto de 2017.

Teniendo en cuenta lo anterior, el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles comienzan a contabilizarse a partir de la fecha que tenía la entidad para proferir el acto, es decir, el 26 de mayo de 2017, más diez (10) días hábiles que corresponden a la ejecutoria⁵, lo cual nos remonta al 22 de agosto de 2017, y el pago fue efectuado el 12 de octubre de 2017.

De conformidad con lo anotado, tenemos que la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías definitivas anualizadas de la demandante, debe contabilizarse desde el 23 de agosto de 2017 y hasta el 11 de octubre de 2017, para un total de 50 días calendarios.

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 señalar⁶:

“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

⁴ Teniendo en cuenta que el acto que reconoció la cesantía parcial fue proferido en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

⁵ Teniendo en cuenta que el acto que reconoció la cesantía parcial fue proferido en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

⁶ 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 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 sus cesantías definitivas tanto las retroactivas como las anualizadas, previo el lleno de los requisitos legales, la cual, en tal virtud, debió ser reconocida y pagadas dentro del término que la normatividad concede para ello.

Por lo expuesto, concluye la Sala, que la señora MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, pero 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.

Concluyese de todo lo dicho, que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

6.6.- 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.

VII.- 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: DECLARAR la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta a la solicitud incoada por la señora MARLENE ESTHER CABARCAS DE BAUTE el día 10 de noviembre de 2017, que pretendía el 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 26 de octubre de 2016 hasta el 11 de octubre de 2017 (349 días) y del 23 de agosto hasta el 11 de octubre de 2017 (50 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.

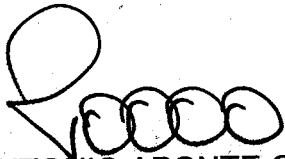
CUARTO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia conforme a los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A. Además se tendrá en cuenta lo señalado en el último inciso del artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

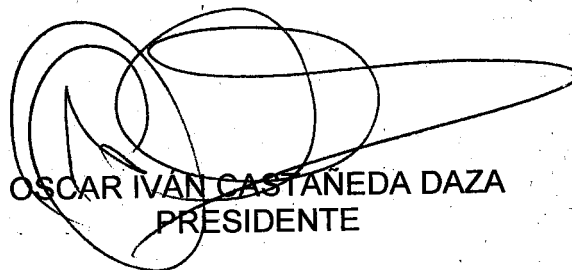
Este proyecto fue discutido y aprobado en reunión de Sala de Decisión No. 077, efectuada en la fecha.



JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
MAGISTRADO



CARLOS GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA
PRESIDENTE