



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta (30) de julio dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 122

TEMAS:

RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES – LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (80 DÍAS)

INSTANCIA:

SEGUNDA

Decide la Sala, la apelación interpuesta por la parte demandada en oposición a la sentencia del 27 de marzo de 2015, proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE, en el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaura JOSÉ DANIEL MEZA RIVERA en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE – FIDUPREVISORA S.A.



I. ANTECEDENTES

1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

- 1.1. Declarar la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en el oficio SE OPSM 2147, del 23 de agosto de 2013, expedido por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE que negó al demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, establecida en la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo contados a partir de los sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes de haber radicado la solicitud ante la entidad demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
- 1.2. Declarar que el demandante tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE SUCRE, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE y FIDUPREVISORA S.A., le reconozca y pague los intereses moratorios de las cesantías reconocidas, mediante Resolución N° 0540 del 28 de octubre de 2009 conformidad con la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo contados a partir de los sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes de haber radicado la solicitud ante la entidad demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
- 1.3. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a las entidades encartadas al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a favor del accionante con ocasión de la tardanza generada por los convocados, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.
- 1.4. Que se condene a la parte demandada al pago de la indexación e intereses a

¹ Fol. 1 y 2 del cuaderno principal.



que haya lugar de acuerdo al artículo 195 del C.P.A.C.A.

- 1.5. Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que se profiera en el presente proceso, de acuerdo con los arts. 192 y s.s. del C.P.A.C.A.
- 1.6. Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del art. 188 del C.P.A.C.A.

2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

En la reseña fáctica contenida en el libelo demandatorio, relata el extremo activo del presente litigio que, laboraba al servicio de la docencia oficial en la Institución Educativa Francisco José de Caldas en el municipio de Corozal – Sucre, al momento de incoar la solicitud del pago parcial de las cesantías.

Comenta el accionante que, en fecha 28 de enero de 2009, radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE, quien es la entidad encargada de tramitar ante el FOMAG dicha petición; así entonces, mediante la Resolución No. 0540 del 28 de octubre de 2009, fue resuelto favorablemente lo deprecado y notificado en la misma fecha.

En igual sentido sostiene que, el pago correspondiente a la cesantía parcial se puso a su disposición el día 12 de marzo de 2010, estableciendo de este modo la mora en el pago de la prestación mencionada debido al retardo configurado a partir de los sesenta y cinco (65) días hábiles después de la radicación de dicha solicitud, es decir, 5 de mayo de 2009, hasta la fecha efectiva de pago el 12 de marzo de 2010, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Pone de presente el demandante que, mediante petición que data 3 marzo de 2011, solicitó ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL



MAGISTERIO el reconocimiento y pago de los intereses moratorios adeudados por la tardanza en el pago de la mencionada cesantía, siendo remitida dicha petición a la FIDUPREVISORA S.A., quien mediante oficio, responde indicando incompetencia para expedir actos administrativos de reconocimiento de intereses moratorios.

Señala que, realizó nuevamente petición el 30 de julio de 2013, ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, reiterando lo solicitado en escrito anterior, al mismo tiempo que requiriendo de la entidad encartada una respuesta de fondo y concreta mediante la expedición del correspondiente acto administrativo, de conformidad con el Decreto 2831 de 2005.

Así las cosas, sostiene el libelista que la SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE EDUCACIÓN, mediante el acto del cual se pretende su nulidad contenido en el oficio O.P.S.M 2147 del 23 de agosto de 2013, le negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios aludiendo que no le asiste obligación alguna en el pago de prestaciones sociales, sino en el trámite de la prestación y que ello lo hizo en el tiempo establecido en la ley.

Concluye precisando que, ante la negativa de la Entidad, se procedió a solicitar ante la Procuraduría Judicial Delegada para asuntos administrativos fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones de esta demanda, diligencia que se declaró fallida, por lo que se adelanta la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas, invocó las siguientes: art. 29 y 53 de la Constitución Nacional, Ley 91 de 1989, art. 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5.



4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Con relación a los cargos de violación que el accionante endilga al acto cuestionado sostiene que, con la expedición e interpretación del mismo se han transgredido varias disposiciones constitucionales y legales.

Argumenta que, el pago de la cesantía de los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, siempre ha estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la prestación, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del Estado, que al momento de solicitarlas, están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado, para cuando éste, quede cesante en su actividad.

Explica que, en virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales, se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, de los 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Insiste que, a pesar de que vía jurisprudencial se ha señalado el sentido en que debe entenderse la disposición legal antes referida, esto es que, entre el reconocimiento y pago de las cesantías, no debe transcurrir un término superior los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, en el *sub lite*, el FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO canceló la aludida prestación por fuera del tiempo que la ley otorga para dicho trámite, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario por cada día de retraso en el pago debido, contados a partir del día hábil 66 hasta cuando se efectúe el pago de estas



cesantías.

5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 13 de febrero de 2014 (fol. 17 y 42 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 20 de febrero de 2014 (fol. 44 C. Principal).
- Notificación a las partes: 5 de mayo de 2014 (fol. 50 a 51 C. Ppal.).
- Contestación a la demanda: 11 de junio de 2014 (fol. 60 a 62 C. Ppal.) y 13 de junio de 2014 (fol. 78 a 86 C. Ppal.).
- Audiencia inicial: 12 de marzo de 2015 (fol. 117 a 119 C. Ppal.).
- Sentencia de primera instancia: 27 de marzo de 2015 (fol. 123 a 129 C. Ppal.).
- Recurso de apelación: 14 de abril de 2015 (fol. 134 a 138 C. Ppal.).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 30 de abril de 2015 (fol. 146 C. Ppal.).

5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

Las entidades encartadas dentro del presente asunto contestaron dentro del término oportuno para ello, al escrito introductorio de la demanda en los sentidos que se pasan a exponer:

5.1.1. DEPARTAMENTO DE SUCRE²

El ente territorial luego de precisar sobre los hechos de la demanda que algunos eran ciertos, otros parcialmente ciertos y no ciertos, rechazó de plano todas las

² Fol. 60 a 62 C. Ppal.



pretensiones expuestas por el libelista aduciendo que el Departamento de Sucre y la Secretaría Departamental de Educación, solo se encargan de tramitar las prestaciones sociales de los docentes que prestan sus servicios en Sucre, pues por mandato legal está facultado para expedir el acto administrativo de reconocimiento y pago de éstas de acuerdo con lo preceptuado en el art. 61 de la Ley 962 de 2005.

En el mismo sentido, alega que los secretarios de educación de entidades certificadas, no son representantes legales ni judiciales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, aunado al hecho de que las Oficinas del mencionado fondo son dependencias adscritas las Secretarías de Educación de cada Departamento.

Expone este extremo pasivo que a la Fiduciaria de la Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial de los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fidecomiso como los previstos en el artículo 1234 del Código de Comercio.

Propone como medio exceptivo la falta de legitimación en la causa por pasiva.

5.1.2. NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.³

Descorre el traslado de rigor esta entidad encartada, exponiendo respecto de los hechos que algunos son ciertos y otros no; arguye que revisada la demanda, es de considerarse menester tomar en cuenta que la pretensión del accionante no está ajustada a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Realiza así entonces esta entidad un recorrido normativo respecto de las leyes

³ Fol. 78 a 86 C. Ppal.



referidas a creación, objeto, procedimientos empleados y factores que influyen en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo del FOMAG.

Expone que, aunque este Fondo tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, para ello se diseñó un trámite en el que a las secretarías se les facultan para la expedición del acto, recepción, impulso y resolución de las solicitudes interpuestas; de otra parte se encarga una sociedad fiduciaria de la administración de los recursos del Fondo.

Por otro lado, recalca el demandado que, los actos administrativos de reconocimiento llevan inherente una condición suspensiva, que para el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la disponibilidad presupuestal con la que cuente según los recursos provenientes de Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y esta sujeción, es la que precisamente influye en el pago tardío que se aduce en cuanto al pago de las prestaciones sociales.

Indica igualmente que, no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente al demandante, es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

Consecuencialmente a lo dicho, encuentra trascendente el FOMAG sostener que, la disponibilidad presupuestal para esta Fiduciaria como ente eminentemente administrador de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es fundamental, ya que a partir de ella se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo al estricto turno de radicación.

Por lo que precede, no puede endilgarse una negligencia por parte de la entidad demandada debido a que el reconocimiento de las cesantías sigue un procedimiento por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad



presupuestal, que se llevó a cabo adecuadamente, y en atención del principio de igualdad.

Finalmente, por las consideraciones expuestas anteriormente, es claro que ni al Ministerio de Educación Nacional, ni al Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, ni a Fiduprevisora le asiste responsabilidad alguna en los hechos que se ventilan en esta acción, pues se actuó de conformidad a derecho y de acuerdo con los procedimientos establecidos, razón por la cual solicitó se le exonere de responsabilidad a estas entidades.

Propuso como medios exceptivos la inexistencia del derecho por interpretación errónea de la norma, la buena fe y el pago.

5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA⁴:

La Juez de primera instancia, resolvió conceder las pretensiones de la demanda, al considerar que los documentos que obran dentro del cartulario dan prueba efectiva de que la administración incurrió en retraso tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías parciales del actor, como para el pago de las mismas, ya que la petición fue radicada ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre el 28 de enero de 2009 y los quince (15) días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 18 de febrero de 2009 y fue sólo hasta el 28 de octubre de 2009 que se profirió la Resolución No.540, a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de las cesantías reclamadas.

Expone en el mismo sentido el *A quo* que, en atención de lo anterior, es evidente que el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles que tenía el Fondo para realizar el pago no empezó a contabilizarse desde la fecha de la expedición de la resolución que lo reconoció, como pretende la demandada se haga, sino desde la

⁴ Fols. 123 a 129 C. Ppal.



fecha en que de conformidad con la norma, debió expedir el acto de reconocimiento, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, lo cual nos remonta al 25 de febrero de 2009.

Así las cosas, el dispensador judicial primigenio es del criterio que, la parte demandante en su condición de docente nacionalizado hizo uso de su derecho a reclamar sus cesantías parciales, previo el lleno de los requisitos legales, las cuales, en tal virtud, debieron ser reconocidas y pagadas dentro del término que la normatividad concede para ello, lo cual no ocurrió así, por lo que hay lugar al pago de la sanción moratoria, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías.

De acuerdo a lo anterior, declaró el juez en esta instancia como no probadas las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, buena fe y pago, propuestas por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FOMAG.

5.3. LA APELACIÓN⁵:

La parte demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG, oportunamente interpuso el recurso de apelación, en el sentido que a continuación se expone:

Retoma el impugnante los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y en específico insiste en el procedimiento legalmente instituido para el reconocimiento y pago de las cesantías que se encuentran a cargo del FOMAG.

Precisa que, no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente al demandante, es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la

⁵ Fol. 134 a 138 C. Ppal.



asignación presupuestal legamente destinada para tal efecto de acuerdo con el principio de igualdad.

Por lo que precede, concluye el apelante que al actor no le asiste derecho a exigir el pago de la sanción moratoria, siendo que en las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías para docentes afiliados al FOMAG, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno, y señalan que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

En atención a lo expuesto, solicita la entidad encartada a esta Corporación, revocar la sentencia venida en alzada y que en su lugar se resuelva denegar la totalidad de las pretensiones del actor.

5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

5.4.1. PARTE DEMANDADA (fol. 24 a 26 del C. de 2da Instancia)

El extremo pasivo alegó de conclusión por fuera de la oportunidad procesal otorgada.

5.4.2. PARTE DEMANDANTE.

En el término concedido no alegó de conclusión en esta instancia.

5.4.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Dentro de esta etapa procesal emitió concepto solicitando revocar la sentencia apelada, y de oficio declarar la prescripción del derecho reclamado, comoquiera que la demanda fue presentada el día 6 de febrero de 2014, y la solicitud de conciliación prejudicial, cuya presentación interrumpe la caducidad de la acción y la prescripción de los derechos, se hizo el 19 de noviembre de 2013, tal como



consta a folios 17 y 39 respectivamente. En este orden de ideas, se tiene que el 12 de marzo de 2010 se hizo el pago de las cesantías reconocidas en la Resolución N° 0540 de 2009, a la fecha de la presentación de la demanda, inclusive para cuando se presentó la solicitud de conciliación, ya había transcurrido más de los tres años que la ley prevé para hacer efectivo el derecho.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

6.1. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, debe entrar el Tribunal a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, contemplada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, a los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO?

Una vez respondido el anterior interrogante, se responderá el argumento de la apelación consistente en, ¿es la inexistencia de disponibilidad presupuestal, un hecho que exonera a la entidad pagadora de la sanción estudiada?

Por último, se abordará el interrogante que se desprende del concepto del Ministerio Público, entorno a que, ¿se encuentra prescrito el derecho al



reconocimiento y pago de la sanción moratoria deprecada por el demandante?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas, teniendo en cuenta las particularidades del caso bajo estudio: 1. Régimen legal de las cesantías para los docentes públicos afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 2. La sanción moratoria consagrada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 y su aplicabilidad a los servidores públicos docentes. 3. El caso concreto.

6.1.1. Régimen legal de las cesantías para los docentes públicos afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO

Teniendo en cuenta el tema en debate, se hace necesario estudiar la prestación principal de la que se pretende derivar la sanción moratoria, como obligación económica accesoria a la primera.

Las cesantías son claramente una prestación social que busca proteger al trabajador, como su nombre lo indica, cuando quede cesante. Por lo anterior, se han regulado varios sistemas de causación, reconocimiento, liquidación y pago, pero con relación al último punto, el pago, siempre se busca que se consiga el fin perseguido, limitando el mismo a la finalización de la relación laboral (liquidación definitiva) o a casos excepcionales regulados por la ley, como son la financiación de los gastos por estudio, o para la compra o mejoramiento de vivienda (liquidación parcial).

El tema de las cesantías de los docentes, se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989, así:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.



*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las **prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.***

...

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

Según lo expuesto, existen dos regímenes de liquidación de cesantías del personal docente, acorde con la fecha de vinculación al servicio público, así:

1. Los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, que poseen el régimen conocido como de cesantías retroactivas, y por ende regidos por el literal A, ya transcrito.
2. Y los vinculados con posterioridad a la fecha indicada, que poseen un régimen de liquidación anual de dicha prestación social, y regulados por el literal B, ya indicado.

Se aclara que, conforme el aparte resaltado en negrilla de la norma ya transcrita, la forma de liquidar las cesantías, salario base de liquidación y factores a tener en cuenta, claramente se rige por las normas de los servidores públicos del orden



nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, punto este del que se llama la atención y se volverá sobre el mismo al momento de determinar la viabilidad de aplicarles a estos servidores públicos, la sanción moratoria en estudio.

Sobre el tema de las cesantías y para mayor claridad, se trae a colación la siguiente providencia del CONSEJO DE ESTADO sobre el tema, que reitera y aclara lo ya indicado:

“DE LAS CESANTIAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS

La Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

*En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los **nacionalizados**, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, **son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976** y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975⁶.*

El artículo 4º de esta Ley señala, que el Fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de su promulgación⁷ y con observancia de lo dispuesto por su artículo 2º, que a su turno en su numeral 2º establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975 así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión o entidades que hicieran sus veces y a las cuales venía vinculado este personal.

El Parágrafo del artículo 2º de esta Ley establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, hasta la fecha de su promulgación se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

⁶ Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”. Artículo 10º.- “En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional”.

⁷ Resalta la Sala que la Ley 91 de 1989 entró en vigencia el 29 de diciembre de esa anualidad.



*Por su parte, el Numeral 1° de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: los **docentes nacionalizados** que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.*

*De manera particular, en lo que a las **cesantías** hace referencia, el numeral 3° de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, **para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año. Y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.*

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.”⁸

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ



Aclarado el tema de las cesantías de los docentes, pasa la Sala a estudiar la obligación accesoria a esta, como es la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas o parciales.

6.1.2. La sanción moratoria consagrada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 y su aplicabilidad a los servidores públicos docentes

La ley ha propendido porque las cesantías sean pagadas a buen término, dado que, como ya se indicó, las mismas buscan proteger al trabajador cesante (pago de cesantías definitivas) o financiar una serie de bienes y servicios de finalidad prioritaria para el trabajador (vivienda y estudio, pago de cesantías parciales); por lo que ha consagrado una sanción por su no pago oportuno, de la siguiente forma, aclarando la Sala que, por la falta de unidad en las decisiones en torno al punto, transcribirá las normas que la consagran, *in extenso*, para plantear la interpretación propia que sobre el tema se desarrollará:

*“Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales **a los trabajadores y servidores del Estado**, así como su oportuna cancelación.*

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

*Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías **parciales** en los siguientes casos:*

- 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.*
- 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.*



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

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

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

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

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

Artículo 6°. Inspección, vigilancia y control. Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los Servidores Públicos, cumplan con los términos señalados en la presente ley.

Igualmente, vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución.

Artículo 7°. La presente ley rige a partir de su promulgación.”

Para dar un correcto entendimiento a la norma en comento, y en especial a su alcance y aplicación, se acudiría a los debates dados al momento de su aprobación, en los que encontramos:

Exposición de motivos al momento de presentar el proyecto:

“PROYECTO DE LEY 44 DE 2005 SENADO.



...

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Presento a consideración del Congreso de la República el proyecto de ley, por medio de la cual se reglamenta el pago de las cesantías parciales a los servidores públicos y se fijan términos para su cancelación.

Los incisos dos y tres del artículo 53 de la Constitución Política, al referirse a la facultad del Congreso para expedir el estatuto del trabajo, asegura que la Corporación Legislativa tenga en cuenta como mínimo algunos principios fundamentales entre los que podemos destacar:

"... Igualdad de oportunidades para los trabajadores;...

"El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales".

Como está redactada la norma constitucional, se deduce fácilmente que las leyes expedidas en materia laboral deben tener en cuenta, **primero el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, para todos los trabajadores, sin excepción.** Ello quiere decir que la normatividad no puede ser diferente entre el sector público y el sector privado.

Sin embargo, en Colombia, mientras en el sector privado, los trabajadores pueden acceder a sus cesantías parciales para financiar la compra de vivienda, construcción, reparación, etc..., o para financiar estudios en diferentes campos, ya sea de ellos o de sus hijos en diferentes niveles, en el sector público no es posible.

Por ello creemos que **el régimen prestacional debe ser unificado**, no sólo en lo que tiene que ver con las cesantías totales, sino en lo que hace al retiro de las cesantías parciales, evitando con ello la diversidad de regímenes que es precisamente lo que pretende esta iniciativa legislativa.

Lo anterior sirve también de sustento para explicar el ámbito de aplicación del proyecto de ley que pongo a su consideración, el cual cubre **a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder** e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos **y de educación**. Es decir involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial.

...

Germán Vargas Lleras,

Senador de la República.⁹⁾ (Negritas de la Sala para llamar la atención)

⁹ Ver el siguiente enlace, consultado el 05-09-2014 a las 09:24:

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=44&p_consec=11239



Ponencia primer debate en Senado:

*“Esta diferencia hace necesario que se **unifique el régimen prestacional** especialmente en lo que tiene que ver con el retiro de las cesantías parciales, el cual cubriría y beneficiaría **a todos los funcionarios públicos y servidores estatales** de las tres Ramas del Poder Público, incluida la Fiscalía General, los Organos de Control, las Entidades que prestan servicios públicos y de educación. Se busca involucrar a todo el aparato del Estado tanto al nivel nacional como territorial.*

...

*Flor M. Genecco Arregocés, Jesús Puello Chamíe,
Senadores Ponentes.”¹⁰ (Negrillas de la Sala para llamar la atención)*

Ponencia para primer debate Cámara de Representantes:

Antecedentes del proyecto

*El presente proyecto de ley tiene sus antecedentes en la necesidad del Estado de garantizar **a todos los colombianos el derecho a la igualdad** que contempla el artículo 13 de la Carta y de manera muy especial la igualdad de oportunidades para el trabajador colombiano **en cuanto al régimen prestacional** que tiene claras diferencias entre el sector público y privado, en lo que concierne a la utilización de sus cesantías parciales o totales. Se pretende entonces complementar el contenido de la Ley 244 de 1995 en donde se reglamentó esta materia, pero que aún quedan vacíos que es necesario entrar a reglamentar. Así las cosas, la presente iniciativa que fue presentada inicialmente en la Legislatura de 2003 al 2004 por el honorable Senador Germán Vargas Lleras (quien también había sido autor de la Ley 244 de 1995), pero que no cumplió satisfactoriamente su trámite legislativo en aquel momento, ha sido presentada nuevamente para su respectivo estudio, surtiendo los dos debates respectivos, en la Comisión Séptima de Senado y la respectiva Plenaria, para ser considerado por esta Cámara a partir de la presente ponencia.*

2. Constitucionalidad del proyecto

El presente proyecto de ley cumple con lo dispuesto en los artículos 154 y 158 de la Constitución Nacional, en cuanto a que es de iniciativa legislativa y cumple con el requisito de Unidad de Materia.

A su turno, el artículo 53 de la Carta Magna, faculta al Congreso de la República para que expida el Estatuto del Trabajo. Pero exige la Constitución que esta ley debe reunir los principios mínimos fundamentales, los cuales no puede el legislativo omitir, pues estaría violando un mandato constitucional. Se encuentra entonces los siguientes preceptos: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; irrenunciabilidad a los

¹⁰ Ver el siguiente enlace, consultado el 05-09-2014 a las 09:29:

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=44&p_consec=11478



beneficios mínimos establecidos en normas laborales; el Estado garantizará el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Como se puede observar, se consagra la igualdad de oportunidades para los trabajadores, lo que indica que no se debe hacer ninguna distinción, discriminación o clasificación de los trabajadores colombianos, ya sea por su nivel salarial, por trabajar en empresas públicas o privadas, por tener una profesión o desempeñar un cargo específico o por el tiempo laborado, entre otros. Y aunque bien es cierto, que aún no existe un Estatuto del Trabajo, no quiere ello decir que el legislativo no puede presentar proyectos de ley que favorezcan a los trabajadores colombianos.

...

Sin embargo, se encuentra una diferencia notoria en cuanto al Régimen Especial de Auxilio de Cesantías para el sector público y privado.

...

3. Objetivo del proyecto

*El proyecto plantea como objetivo regular el pago de las cesantías ya sean parciales o definitivas a **los servidores públicos**, establecer sanciones y fijar términos para su cancelación. Esta regulación se propone adicionando y modificando la Ley 244 de 1995, por cuanto en ella se fijan los términos para el pago definitivo de las cesantías y se establecen algunas sanciones.*

...

5. Análisis del proyecto

*Esta iniciativa legislativa pretende dar cumplimiento **al principio de igualdad** para los trabajadores colombianos, por cuanto se conoce por todos, que los empleados del sector privado con la Ley 50 de 1990 se encuentran en mejores condiciones para acceder a las cesantías tanto en forma parcial como definitiva. Esta situación favorece al empleado del sector privado en el sentido en que puede él continuar sus estudios universitarios, apoyar a su cónyuge, hijos o compañero(a) permanente o adquirir o mejorar su vivienda y así satisfacer una necesidad sentida en el núcleo familiar.*

...

*César Augusto Andrade Moreno,
Representante Ponente”¹¹ (Negritas de la Sala para llamar la atención)*

De las anteriores referencias, no quedan dudas al interprete que la finalidad del legislador no fue otra que incluir dentro de la regulación de lo que posteriormente sería la Ley 1071 de 2006, a **TODOS los servidores públicos, considerando de forma expresas en sus debates a los del sector educativo**. Así, la interpretación histórica de la norma, claramente nos indica que se aplica a los docentes.

¹¹ Ver el siguiente enlace, consultado el 05-09-2014 a las 09:24:

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=208&p_consec=12179



Por su parte, la misma norma en su tenor literal, igualmente nos lleva a interpretar que se aplica a todos los funcionarios al servicio del Estado, tal como se infiere del texto mismo de los artículos 1, 2 y parágrafo del 5, que se redactan de forma genérica, y por ende, predicable los trabajadores y empleados estatales en términos universales.

A igual resultado nos conduce, el interpretar la integridad de la Ley 1071 de 2006, a la luz del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estudiado en el acápite anterior, al momento que esta norma remite a las normas generales de los empleados públicos del orden nacional (Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978) por lo que en este punto es claro que los docentes no poseen un régimen especial, y se rigen por las normas generales sobre el tema.

Adicionalmente, en caso de que la interpretación nos genere duda sobre su aplicabilidad al sector docente, la misma se nos despejará al momento en que acudimos al principio universal del derecho laboral del *in dubio pro operario*, de consagración constitucional (artículo 53 de la C.P.) y el derecho a la igualdad (artículo 13 de la misma obra) por lo que la interpretación conforme a la constitución, igualmente nos enfoca en la aplicabilidad de la norma al sector docente.

La anterior explicación, es menester realizarla, dado que la aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 a los docentes, ha dado lugar a que se presenten interpretaciones diferentes por parte de los operadores judiciales, que en su autonomía e independencia, pueden llegar a resultados disimiles al analizar la misma norma¹².

¹² En este punto, se puede observar la siguiente providencia del CONSEJO DE ESTADO, en donde esta alta corporación al momento de estudiar una tutela contra providencia judicial, avala la interpretación autónoma que hace un tribunal administrativo, por no existir unidad de criterios sobre el punto en la jurisprudencia. Ver: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B". CONSEJERA PONENTE: DOCTORA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 27 de junio de 2013. REF: EXPEDIENTE No. AC-11001-03-15-000-2013-00446 00. ACTOR: PATRICIA MENDOZA GUTIÉRREZ. ACCIONADA: SALA LABORAL DE DESCONGESTIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA. Un aparte de esta, nos ilustra: "Teniendo en cuenta lo expuesto, actualmente no existe un criterio unificado por esta Alta Corporación en lo relacionado con el pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías a los



Aclarado el campo de acción, que para este Tribunal incluye al sector de los empleados públicos de la educación, es menester estudiar en sí la forma como se causa la sanción en análisis y para ello, basta con traer las palabras del máximo tribunal de lo contencioso administrativo sobre el punto:

“De conformidad con la normatividad transcrita, se concluye¹³:

- 1. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas;*
- 2. La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de esta ley es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, aquella donde laboró el ex empleado, y por lo tanto, según la norma, es aquella a quien se le concede un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, para hacer efectiva la prestación liquidada;*
- 3. La liquidación de la cesantía definitiva debe estar contenida en una resolución correspondiente a la petición de la persona interesada, entiéndase retirada, para lo cual la entidad donde prestó sus servicios -liquidadora- tiene un término de quince (15) días hábiles para emitirla. Por lo anterior debe entenderse que las entidades diseñan o señalan mecanismos para que los interesados hagan la solicitud pertinente en relación con la prestación que corresponde a su retiro de la entidad empleadora;*
- 4. La entidad pagadora debe realizar la cancelación de los valores liquidados por este concepto dentro del término de los 45 días hábiles de que trata el artículo 2º precedente so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.”¹⁴*

Sobre el mismo tópico, esa Corporación en otro pronunciamiento, manifestó:

Docentes, por lo que mal podría exigirse una única postura al respecto, pues como quedó evidenciado, los criterios encontrados se encuentran debidamente fundamentados, bajo criterios jurídicos razonables.”

En el mismo sentido la siguiente providencia de la misma corporación, sala y sección: SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 5 de julio de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00947-00(AC). Actor: JANETH BETANCOURT SALAZAR. Accionado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA y otro.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. No. 4597-01, M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, precisa la forma de contabilizar los términos señalados en la anterior norma, ante la ausencia de pronunciamiento de la administración en relación con el pago de las cesantías definitivas. La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 27 de marzo de 2007, Expediente No. 2777-04. M.P. Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, al respecto ha hecho igual precisión.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B” Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 08001-23-31-000-2005-01994-01(2624-07). Actor: NIDIA DIAZGRANADOS MARTÍNEZ. Demandado: HOSPITAL GENERAL DE BARRANQUILLA.



“Sobre el cómputo de la sanción moratoria, la Sala Plena del Consejo de Estado, dejó en claro a partir de qué fecha se debe contabilizar, con el siguiente tenor literal:

“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.”¹⁵

Como quedó establecido, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995, previendo que luego de presentada la solicitud la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, 5 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago.”¹⁶

Así las cosas, queda claro de conformidad con la exposición contenida en los apartes jurisprudenciales antecedentes, que la sanción moratoria por el no pago de las cesantías parciales o definitivas regulada en la Ley 1071 de 2006, inicia su conteo a partir del día 65 al cual se presentó la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación, finalizando el día que se cancele al trabajador o ex trabajador, dicho monto.

¹⁵ Sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, Exp. No. 760012331000200002513 01. (2777-2004), ACTOR: JOSÉ BOLÍVAR CAICEDO RUIZ.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 21 de mayo de 2009. Radicación número: 23001-23-31-000-2004-00069-02 (0859-08). Actor: HUGO CARLOS PRETEL NARANJO Demandado: DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA.



Se aclara que el anterior resulta ser el plazo aplicable a los empleados públicos en general, dado que en tratándose de afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, las normas especiales que regulan la materia, los artículos 56 de la Ley 962 de 2005¹⁷ y 4 del Decreto 2831 de 2005¹⁸, al establecer en dichos trámites la intervención de las Secretarías de Educación de los Entes Territoriales descentralizados en educación y la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo del fondo, adicionan a dicho plazo quince (15) días, para la revisión del proyecto de acto administrativo por parte de la fiduciaria que administre dichos recursos, por lo que para este caso el plazo total será de ochenta (80) días desde la presentación de la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación¹⁹.

Definido entonces el anterior punto, sin ahondar en mayores elucubraciones se adentra ahora este Cuerpo Colegiado a estudiar el caso concreto.

6.2. CASO CONCRETO

Dentro del *sub lite* tenemos que:

El actor solicitó la liquidación y pago parcial de cesantías al FONDO NACIONAL

¹⁷ “Artículo 56. Racionalización. de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. 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. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

¹⁸ “Artículo 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.”

¹⁹ En este sentido la CORTE CONSTITUCIONAL nos ilustra: “Tanto la Ley 962 de 2005, como el Decreto 2831 del mismo año son claros en asignar las consecuencias que siguen al incumplimiento del requisito de aprobación de los proyectos de resoluciones por parte de la sociedad fiduciaria y de sus textos se desprende, con total nitidez, que, sin esa aprobación, las referidas resoluciones no podían prestar mérito ejecutivo y que, por lo tanto, el juez no estaba habilitado para proferir mandamiento de pago ni para disponer que prosiguiera la ejecución.” Sentencia T-042 de 2012, Magistrado Ponente GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.



DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el día 28 de enero de 2009, y de ello da cuenta la Resolución 0540 del 28 de octubre de 2009, expedida por el Secretario de Educación de Sucre en nombre de la entidad demandada (fol. 20 a 22 C. Principal).

Que los ochenta (80) días, como plazo del que ya se habló, fenecieron el 27 de mayo de 2009. Que el pago se realizó el día 12 de marzo de 2010 (fol. 31 C. Principal) por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía parcial reclamada, incurrió en una mora entre el 28 de mayo de 2009 y el 11 de marzo de 2010, para un total de 288 días, por lo que habrá de modificarse la decisión del *A quo*, pero solo frente al término en que se incurrió en mora, es decir, en su numeral segundo²⁰.

Por último, de la claridad fijada por la norma ya estudiada y su objetivo, que no es otro que compeler el pago oportuno de las cesantías de los trabajadores, en igualdad de condiciones, no puede ser un argumento de recibo el hecho de que la entidad no cuente con la disponibilidad presupuestal para atender dentro de los perentorios y claros plazos consagrados en la ley, para justificar la mora que incurrió en el pago efectivo de la prestación reclamada, por lo que la Sala desecha este argumento del apelante.

Por último en lo atinente a la solicitud elevada por el Ministerio Público, encaminada a declarar de oficio la prescripción del derecho a la sanción moratoria que persigue el actor, con base en el hecho que el 12 de marzo de 2010 se hizo el pago de las cesantías reconocidas en la Resolución N° 0540 de 2009, y que a la fecha de la presentación de la demanda, inclusive para cuando se presentó la solicitud de conciliación, ya habían transcurrido más de los tres años que la ley prevé para hacer efectivo el derecho, dirá esta Judicatura que tal argumento no tiene la vocación de prosperar, por cuanto, la causación de la sanción moratoria se

²⁰ Se toma como base el salario del 2009, tal como consta a fol. 21, que corresponde a \$ 1.879.682, para un salario diario de \$ 62.656.



generó conforme las disquisiciones esbozadas en precedencia, a partir del día 28 de mayo de 2009, límite temporal desde el cual hay lugar a iniciar el conteo de la prescripción trienal que opera en el ámbito administrativo laboral (Art. 102 del Decreto 1848/69, art. 41 Decreto 3135 de 1968), y comoquiera que con la primera petición de reconocimiento y pago de la mencionada acreencia laboral, la cual se radicó el día 3 de marzo de 2011 (fol. 23 a 24 C. Principal), se interrumpió **por una sola vez y por un lapso igual** la prescripción trienal, en consecuencia al ejercitarse la demanda el día 13 de febrero de 2014, dentro del término de interrupción, es claro que **la acreencia deprecada y reconocida en el presente asunto, no se encuentran afectada por el fenómeno preclusivo aludido, dado que con la presentación de la demanda interrumpió nuevamente la prescripción (artículo 94 del C.G.P., norma vigente para la fecha de presentación de la demanda) por lo que en este punto no le asiste la razón al Ministerio Público en su concepto presentado ante esta instancia.**

En este orden de ideas, los razonamiento preliminares rebaten los argumentos de disenso planteados en el recurso de apelación y en el concepto del agente del Ministerio Público delegado ante este estrado judicial, en consecuencia se erigen como suficientes para disponer por parte de esta Sala de Decisión, la **MODIFICACIÓN** de la sentencia objeto de censura en torno al término de la mora, **CONFIRMANDO** lo demás.

6.3. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Se condenará a la parte recurrente que no le prosperó el recurso, el demandado, al pago de las costas correspondientes a esta instancia, de conformidad con lo consagrado en los artículos 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas



II. CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que efectivamente a los empleados públicos docentes, les es aplicable la sanción consagrada en la Ley 1071 de 2006 por el no pago oportuno de las cesantías parciales o definitivas, por lo que al hacerse acreedores a esta prerrogativa, en caso de mora en el pago de dicha prestación social, su pagador debe asumir la sanción estudiada, sin que sea excusa para exonerarse de la misma, el hecho de no poseer disponibilidad presupuestal para materializar el desembolso efectivo, razones suficientes para **CONFIRMAR** la providencia apelada en lo referente a la existencia del derecho reclamado, **MODIFICANDO** lo relacionado con el término de la mora, como ya se indicó.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍQUESE el numeral tercero de la sentencia proferida por el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, dentro del presente proceso, de fecha 27 de marzo de 2015, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído, el que quedará así:

*“**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, CONDÉNESE a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a reconocer y pagar a favor del señor JOSE DANIEL MEZA RIVERA, identificado con la C.C. N° 3.837.578, la cantidad de DIECIOCHO MILLONES CUARENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO PESOS MCTE (\$18.044.928) por concepto de la Sanción Moratoria, generada desde el 28 de mayo de 2009 hasta el 11 de marzo de 2010, por*



el no pago oportuno de las Cesantías parciales reconocidas a través de la Resolución N° 0540 de 2009, expedida por la entidad demandada, conforme a lo establecido en el párrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 y según lo expresado.

Lo anterior, sin derecho a la indexación deprecada, de acuerdo a los parámetros establecidos por nuestro órgano de cierre contencioso administrativo.”

En lo demás, **CONFÍRMESE** la sentencia apelada.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante. En firme la presente providencia, por el *A-quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 110.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ