TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 124

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 NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO 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 ELOINA ESCOBAR DE HOYOS 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 siguiente[1]:

1.1.1. Declarar la nulidad absoluta del acto administrativo S.E.O.P.S.M 2582 de octubre 15 de 2013, notificado el 22 de octubre de la misma anualidad, expedido por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE que negó a la demandante, el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

1.1.2. Declarar que la actora 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° 610 de agosto 19 de 2010 de conformidad con la Ley 1071 de 2006 equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

1.1.3. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –

[1] Fol. 1 y 2 del cuaderno principal.

DEPARTAMENTO DE SUCRE, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE y FIDUPREVISORA S.A. al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a favor del demandante con ocasión de la tardanza generada por las entidades convocadas, de conformidad con la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

1.1.4. Que se condene a la parte demandada al pago de la indexación e intereses a que haya lugar de acuerdo al artículo 195 del C.P.A.C.A.

1.1.5. 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 SS del C.P.A.C.A.

1.1.6. 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:

Relata la actora que, laboró al servicio de la docencia oficial en la institución educativa "JOSE YEMAIL TOUS" del municipio de Tolú - Sucre, para el momento de la solicitud del pago de sus cesantías.

Expone que el día 14 de abril de 2010, radicó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales, ante la SECRETARÍA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SUCRE, órgano encargado de tramitar dicho reconocimiento ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tal como lo contempla el decreto 2831 de 2005.

Indica que, mediante Resolución N° 610 de agosto 19 de 2010, fue resuelta la

solicitud de cesantía parcial, siendo notificada el día 19 de agosto de 2010.

Narra que el pago correspondiente a la cesantía parcial, reconocida mediante Resolución N° 610 de agosto 19 de 2010, expedida por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE, se puso a disposición del docente por parte de la entidad pagadora FIDUPREVISORA S.A., el día 28 de febrero de 2011.

Señala que de acuerdo a lo anterior se puede establecer la existencia de mora en el pago de la prestación mencionada, lo cual generó obligaciones adicionales para la demandante, debido al retardo en el pago de dicha cesantía, mora que se configuró a partir de los 65 días hábiles después de la radicación de la solicitud, es decir, 21 de julio de 2010, hasta la fecha efectiva del pago, es decir, el día 25 de febrero de 2011, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Refiere que mediante petición de fecha 21 de octubre de 2011 se solicitó ante la SECRETARÍA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL DE SUCRE - 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 la solicitud e indica que dicha comunicación *"no tiene el carácter de acto administrativo por cuanto la Fiduprevisora S.A., no tiene competencia para expedirlos solo obra en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y es emitida por Fiduprevisora S.A., única y exclusivamente, como vocera y administradora del Patrimonio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, resaltando el apoderado del extremo activo, como hecho relevante que para la época, la mencionada petición y el comunicado expedido por la FIDUPREVISORA S.A., satisfacían los requisitos del trámite para la demanda ordinaria laboral, jurisdicción por la que se ventiló por mucho tiempo la presente controversia.

Afirma que, debido al cambio repentino respecto de la Jurisdicción que conocía el asunto a nivel nacional, la demandante sufrió un grave perjuicio, a raíz de un cambio inesperado que obligó ciertamente a direccionar todo el tramite hacía la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual se realizó petición el 30 de septiembre de 2013, ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, solicitando el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, manifestándole al mismo tiempo a la Entidad una respuesta de fondo y concreta mediante la expedición del correspondiente acto administrativo, de conformidad con el Decreto 2831 de 2005.

La SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, mediante oficio S.E O.P.S.M 2582 de octubre 15 de 2013, notificado el 22 de octubre de la misma anualidad, negó el pago y reconocimiento 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.

Esboza 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.

3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas, mencionó las siguientes: 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:

Manifiesta que, el pago de la cesantía de los docentes afiliados al FONDO

NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, siempre han 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.

En virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la ley 244 de 1995 y la ley 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. Sin embargo, esta circunstancia, y muy a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa ha de entenderse en que entre el reconocimiento y pago, no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO cancela por fuera de los términos establecidos en la ley dicha prestación, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contado 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: 12 de marzo de 2014 (fol. 18 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 31 de marzo de 2014 (fol. 35 C. Principal).

- Notificación a las partes: 7 de julio de 2014 (fol. 39 a 41 C. Principal).
- Contestación a la demanda por parte del Departamento de Sucre: 19 de agosto de 2014 (fol. 52 a 54 C. Principal).
- Contestación a la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: 26 de septiembre de 2014 (fol. 90 a 99 C. Principal).
- Audiencia inicial: 12 de marzo de 2015 (fol. 107 a 109 C. Principal).
- Sentencia de primera instancia: 27 de marzo de 2015 (fol. 120 a 126 C. Principal).
- Recurso de apelación: 14 de abril de 2015 (fol. 131 a 135 C. Principal).
- Audiencia de conciliación y concesión del recurso de apelación: 30 de abril de 2015 (fol. 143 C. Principal).

5.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

5.1.1. DEPARTAMENTO DE SUCRE (Fol. 52 a 54 C. Principal)

El ente territorial en mención demandado, contestó la demanda dentro del término de traslado, oponiéndose a las pretensiones propuestas, aceptando algunos hechos y desestimando otros.

Expresa que se opone a todas las pretensiones de la demanda y en su lugar solicita se la absuelva de todo cargo, asimismo pide se condene en costas y agencias en derecho a la demandante. Como excepción presentó la de falta de legitimación en la causa por pasiva.

5.1.2. NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (Fol. 90 a 99 C. Principal)

La entidad en mención contestó la demanda de forma extemporánea.

5.2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA[2]:

La Juez de primera instancia luego de estudiar los temas concernientes a las obligaciones del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; el marco normativo de la sanción moratoria por pago inoportuno de cesantías y la improcedencia de la indexación sobre el valor de la sanción moratoria, determinó que en el caso concreto se encuentra probado que la administración incurrió en retraso tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías parciales de la señora ELOINA ESCOBAR DE HOYOS como para el pago de las mismas, ya que la petición fue radicada ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE el 14 de abril de 2010 y los quince (15) días hábiles con que contaba para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 05 de mayo de 2010 y fue sólo hasta el 19 de agosto de 2010 que se profirió la Resolución Nº 0610, a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de las cesantías reclamadas.

Continuó su discurrir manifestando que, 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 empezó a contabilizarse desde la fecha de la expedición de la resolución que lo reconoció, como pretende la demandada se haga, sino desde la 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 12 de mayo de 2010, la justificación a esta contabilización la expone nuestro órgano de cierre en la sentencia de Sala Plena en criterio reiterado hasta hoy. En efecto, 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 a la beneficiaria, a título de sanción, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de la misma, sin que haga referencia a

[2] Fols. 120 a 126.

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.

Así las cosas, la parte demandante en su condición de docente nacionalizada 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 manera que hay lugar al pago de la sanción moratoria, la cual, se reitera, corresponde a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías.

5.3. LA APELACIÓN[3]:

La parte demandada oportunamente interpuso el recurso de apelación, en el siguiente sentido:

Argumenta que, en primer lugar debe precisarse que las prestaciones sociales de los docentes, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, tal y como se consagra en sus objetivos.

Indicó que para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, se diseñó un trámite en el que las secretarías son encomendadas en la expedición del acto, y tramite de solicitudes en general, y por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria la administración de los recursos del Fondo, y pagar las prestaciones sociales, que es FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. procede con los pagos prestacionales, luego de contar con el Acto Administrativo emitido por la Secretaría de

[3] Fol. 131 a 135.

Educación y previo trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente; conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, atendiendo la ley 34 de 1996 en su artículo 4 establece que el pago se realizara cuando exista la disponibilidad presupuestal para efecto las cesantías parciales o anticipos de cesantías de servidores públicos, solo podrán pagarse cuando exista apropiación presupuestal para tal efecto, regulación que viene como consecuencia de que no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encuentran en trámite.

Reseñó que al respecto, la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo directivo del Fondo atendiendo la sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001 de la Corte, manifestó:

> *"el pago de la prestación reconocida y liquidada, solo puede efectuarse en cuanto exista la correspondiente apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos que correspondan."*

Se precisa entonces, 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 a la 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.

En consecuencia, es completamente trascendental 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 tanto, no puede endilgarse una

negligencia por parte de la entidad condenada, debido a que por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal.

Por último señaló que, el procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está consagrado en el decreto 2831 de 2005, que reglamentó el inciso 2o del artículo 3o y el numeral 6o del artículo 7o de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el cual determina claramente las etapas, términos y demás formalidades para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Luego entonces, para el caso específico de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye entonces el procedimiento especial aplicable, de lo que se precisa que "dicho procedimiento, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud' difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías".

De lo anterior se concluye que al actor no le asiste derecho a sanción moratoria pretendida, siendo que en las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del Magisterio, 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.

5.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA:

5.4.1. PARTE DEMANDADA (fol. 22 a 24 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 no emitió concepto alguno.

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. PROBLEMA JURÍDICO:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, debe entrar el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿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?

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 DEL 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 1975*[4]*.*

---

[4] 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*

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 promulgación[5] *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.

Por su parte, el Numeral 1º 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 1º 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 1º 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 3º 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 1º 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 1º 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.*

---

construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional".

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

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 1º 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 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses."[6]

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:

---

[6] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 25 de marzo de 2010. Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01 (0620-09). Actor: ARACELLY GARCÍA QUINTERO. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

"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 acudirá 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.

…

EXPOSICION 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."[7](Negrillas de la Sala para llamar la atención)

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. Gnecco Arregocés, Jesús Puello Chamié,

Senadores Ponentes."[8](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

---

[7] 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

[8] 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

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 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"*[9] (Negrillas 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 seria la Ley 1071 de 2006, a **TODOS los servidores públicos, considerando de forma expresa en sus debates a los del sector educativo**. Así, la interpretación histórica de la norma, claramente nos indica que se aplica a los docentes.

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 a 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.

---

[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=11&p_numero=208&p_consec=12179

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 norma[10].

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 concluye[11]:

---

[10] 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 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.

[11] 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.

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."*[12]

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

> *"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.*

[12] 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.

> *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 acudirse 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.".*[13]
>
> *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."*[14]

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.

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 2005[15] y 4 del Decreto 2831 de 2005[16], al establecer en dichos trámites la intervención de las Secretarías de

---

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

[14] 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 PRETELT NARANJO Demandado: DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA.

[15] *"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."*

[16] *"Artículo 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la*

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 prestación[17].

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: La actora solicitó la liquidación y pago parcial de cesantías al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el día 14 de abril de 2010, y de ello da cuenta la Resolución 610 del 19 de agosto de 2010, expedida por el Secretario de Educación de Sucre en nombre de la entidad demandada (fol. 20 a 21 C. Principal).

Que los ochenta (80) días, como plazo del que ya se habló, fenecieron el 11 de agosto de 2010. Que el pago se realizó el día 28 de febrero de 2011 (fol. 25 C. Principal) por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía parcial reclamada, incurrió en una mora entre el 12 de agosto de 2010 y el 27 de

---

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."

[17] 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.

febrero de 2011, para un total de 200 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 tercero[18].

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.

En este orden de ideas, las anteriores disquisiciones rebaten los argumentos de disenso planteados en el recurso de apelación y 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

[18] Se toma como base el salario del 2010, tal como consta a fol. 21, que corresponde a $ 1.109.734, para un salario diario de $ 36.991.

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 de la señora ELOINA ESCOBAR DE HOYOS, identificada con la C.C. N° 23.213.963 de Tolú, la cantidad de SIETE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS PESOS MCTE ($7.398.200) por concepto de la Sanción Moratoria, generada desde el 12 de agosto de 2010 hasta el 27 de febrero de 2011, por*

el no pago oportuno de las Cesantías parciales reconocidas a través de la Resolución N° 0610 de 2010, expedida por la entidad demandada, conforme a lo establecido en el parágrafo 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