



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO:	70-001-33-33-001-2014-00117-01
DEMANDANTE:	DALLYS SUSANA RICARDO GONZÁLEZ
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE SUCRE – FIDUPREVISORA S.A.

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 26 de mayo de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora DALLYS SUSANA RICARDO GONZÁLEZ contra la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el DEPARTAMENTO DE SUCRE y la FIDUPREVISORA S.A.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

La señora DALLYS SUSANA RICARDO GONZÁLEZ instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que **(i)** se declare la nulidad absoluta del oficio S.E.O.P.S.M 2565 de octubre 15 de 2013, expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora; **(ii)** se declare que la demandante tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE - DEPARTAMENTO DE SUCRE y FIDUPREVISORA

¹ Fol. 1-19 C. Ppal.

S.A., le reconozca y pague los intereses moratorios de las cesantías reconocidas mediante Resolución No. 212 de abril 30 de 2010; **(iii)** se condene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE - DEPARTAMENTO DE SUCRE y FIDUPREVISORA S.A. al reconocimiento y pago de los intereses moratorios con ocasión de la tardanza generada por las entidades convocadas, de conformidad con la Ley 1071 de 2006; **(iv)** se condene a la parte demandada al pago de la indexación e intereses a que haya lugar de acuerdo al artículo 195 del CPACA; **(v)** 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 CPACA; y **(vi)** se condene a la entidad demandada en costas.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** expuso que:

Laboró al servicio de la docencia oficial en la institución educativa "SANTA TERESITA" del Municipio de TOLÚ - SUCRE.

El día 19 de agosto de 2009 radicó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE, entidad encargada de tramitar dicho asunto ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, de conformidad con el Decreto 2831 de 2005.

Mediante Resolución No. 212 de abril 30 de 2010 fue resuelta la solicitud de cesantía parcial, siendo notificada el día 6 de mayo de 2010.

El pago correspondiente a la cesantía parcial reconocida mediante Resolución No. 212 de abril 30 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 11 de julio de 2011.

Aduce que de acuerdo a lo anterior se puede establecer la existencia de mora en el pago de la prestación mencionada, generándole obligaciones adicionales, 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, 23 de noviembre de 2009, hasta la fecha efectiva del pago, es decir, 11 de julio de 2011, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Solicitó, mediante petición de fecha 3 de octubre de 2011, ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN 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 de fecha febrero 22 de 2011, respondió la solicitud e indicando que dicha comunicación no tiene el carácter de acto administrativo por cuanto la Fiduprevisora S.A. no tiene competencia para expedirlos, resaltando 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.

Manifiesta que debido al cambio de la jurisdicción que conocía el asunto sufrió un grave perjuicio, a raíz de un cambio inesperado que obligó ciertamente a direccionar todo el trámite hacía la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual se realizó petición el 27 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.

Dice que la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, mediante oficio O.P.S.M 2565 de octubre 15 de 2013, notificado el día 22 de octubre de la misma anualidad, negó a mi representado 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.

Como **NORMAS VIOLADAS** señaló 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.

Como **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** menciona 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

Además, señala que 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 esta situación, 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.

No obstante, sostiene que 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 dicha prestación por fuera de los términos establecidos en la ley, lo que genera una SANCION 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.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 14 de marzo de 2014 (Folio 37 C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 13 de mayo de 2014 (Folio 39 y 40 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 23 de octubre de 2014 (Folio 44 a 49 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda de NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG: 14 de enero de 2015 (Folio 60 a 71 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda DEPARTAMENTO DE SUCRE: 4 de marzo de 2015 (Folio 106 a 109 C. Ppal.).
- Audiencia inicial: 12 de mayo de 2015 (Folio 143 a 147 C. Ppal.).
- Audiencia de pruebas: 2 de julio de 2015 (Folio 283 a 285 C. Ppal. 2)
- Sentencia de primera instancia: 26 de mayo de 2016 (Folio 308 a 320 C. Ppal. 2)
- Recurso de apelación: 15 de junio de 2016 (Folio 328 a 331 C. Ppal. 2).
- Audiencia de conciliación y concesión de recurso: 6 de julio de 2016 (Folio 360 a 362 C. Ppal. 2).
- Auto que admite el recurso de apelación: 11 de agosto de 2016 (Folio 4 C. de Apelación).
- Auto que corre traslado para alegar en segunda instancia: 6 de septiembre de 2016 (Folio 17 C. de Apelación).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, fundamentándose en que estas carecen de fundamento fáctico y jurídico, toda vez que la entidad actuó, en todo caso, bajo las normas vigentes.

Propuso como excepciones la de: (i) inexistencia de la obligación; (ii) cobro de lo no debido; (iii) prescripción; (iv) compensación; (v) caducidad; y (vi) buena fe.

Por su parte, el Departamento de Sucre contestó la demanda de manera extemporánea.

1.4 LA PROVIDENCIA IMPUGNADA³.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo encontró no probadas las excepciones propuestas por la entidad accionada y, por tanto, accedió a las pretensiones de la demanda.

Determinó que la demandante tiene derecho a que le sea reconocida la sanción moratoria que se encuentra establecida en la Ley 1071 de 2006, por la consignación tardía de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución No. 212 del 30 de abril de 2010

Como fundamento de lo anterior afirmó que, de acuerdo a la normatividad y la jurisprudencia, la entidad demandada contaba con 80 días hábiles para efectuar el pago de las cesantías, dicho término venció el día 15 de diciembre de 2009, mientras que el pago de las cesantías parciales se realizó el día 11 de julio de 2011; incurriendo así en un total de 573 días de mora.

² Fol. 60 - 71 C. Ppal

³ Fols. 308 - 320 C. Ppal.

Sostuvo que el salario base de liquidación para reconocer y ordenar el pago de las cesantías corresponde a la suma de \$1.864.926, que divididos diariamente da un total de \$62.164.

De este modo, según la normatividad vigente que establece que la sanción por mora corresponde a un día de salario por cada día de retraso en el pago, ordenó el pago de la suma de \$35.619.972 a la demandante.

1.5 LA IMPUGNACIÓN⁴.

La entidad demandada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, en donde solicitó la revocación de sentencia de primera instancia.

Como argumentos principales del mismo expresó que es fundamental entender que la disponibilidad presupuestal es fundamental, pues es a partir de esta que se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo al estricto turno de radicación. Razón por la cual no puede endilgarse negligencia alguna a los demandados porque solo siguen los trámites de procedimiento que establecen los lineamientos legales.

Por otro lado, sostiene que las reclamaciones de cesantías se rigen por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye el procedimiento especial aplicable. Así las cosas, se tiene que no se puede hacer extensiva la aplicación de una sanción establecida en una norma general, a saber, la Ley 1071 de 2006, para un procedimiento regulado por una norma especial.

1.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

- **Parte demandante:** La parte demandante presentó alegatos de conclusión⁵ dentro del término legal correspondiente en escrito donde retoman los argumentos mencionados en el recurso de apelación, haciendo énfasis en la aplicación de la Ley 1071 de 2006 para su caso, y que debe ser esta la que se debe aplicar.

- **Parte Demandada:** La entidad demandada no presentó sus alegatos de conclusión.

⁴ Fls. 328 - 331 C. Ppal.

⁵ Fols 28 a 31 C. de apelación.

- **Ministerio Público:** El Ministerio Público guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

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.

2.2 PROBLEMAS JURÍDICOS.

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

¿Le asiste a la demandante 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?

¿Se configuró el fenómeno de la prescripción a pesar que el demandante se encontraba con vínculo laboral vigente al momento de presentarse la petición de reconocimiento de la sanción moratoria?

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 servidores públicos y sanción moratoria; 2. De la prescripción de los derechos; 3. El caso concreto.

2.2.1. RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Teniendo en cuenta el tema en debate, se hace necesario realizar un recuento normativo de los sistemas vigentes para la reliquidación y manejo de las cesantías para los servidores públicos del orden territorial.

Para dilucidar lo anterior la Sala, relacionará la normativa que regula el tema, empezando por la Ley 6 de 1945, que señaló que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían de las siguientes prestaciones: "a) *Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicios. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestado con posterioridad al primero de enero de 1942*".

Seguidamente, el Decreto 1160 de 1947 reiteró en los mismos términos lo fijado anteriormente sobre el auxilio de cesantías para los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquier que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942, para lo cual en su artículo 6 de conformidad con el Decreto 2567 de 1946, estableció la forma de liquidación de la mencionada prestación de la siguiente forma:

"ARTÍCULO 6o. De conformidad con lo dispuesto por el Decreto número 2567, de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce (12) meses."

Con lo anterior, el régimen de cesantías señalado con esa regulación tenía carácter de retroactivo.

Posteriormente, el gobierno nacional expide el Decreto 3118 de 1968 "*Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones*" reorganizado por la Ley 432 de 1998, con el objetivo de administrar de manera eficiente las cesantías y contribuirá a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social, consagró en el artículo 27 y 49 la liquidación anual de las cesantías que se causen por los empleados públicos afiliados a este fondo, en los siguientes términos:

"Artículo 27º.- Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

Artículo 49º.- Consignaciones anuales. La Nación, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado deberán consignar en el Fondo Nacional de Ahorro las cesantías que a partir del 1 de enero de 1969 se causen en favor de sus empleados y trabajadores.

Lo dispuesto en el inciso anterior se cumplirá de la siguiente manera:

- a. Mensualmente, las entidades en referencia deberán depositar en el Fondo una doceava parte del valor de los pagos en favor de su empleados y trabajadores por salarios y demás conceptos que se incluyan dentro de la base para liquidar al auxilio de cesantía, y
- b. Dentro de los primeros tres (3) meses de cada año, las referidas entidades depositarán en el Fondo la diferencia que resulte entre la liquidación de que trata el artículo 27 y las sumas depositadas en desarrollo del literal anterior; o tendrán derecho a que el Fondo les abone en cuenta el exceso de lo depositado sobre la liquidación."

Así pues, con la vigencia de la normativa descrita empieza en el sector público el desmonte de la llamada retroactividad de las cesantías, para dar paso a un sistema de liquidación anual, que implementó como novedad un auxilio contra la depreciación monetaria y en cierta manera para compensar la desventaja por la supresión de la retroactividad, el pago de intereses sobre las cesantías por el Fondo a sus afiliados.

Por último, tenemos que la Ley 50 de 1990 implementó reformas al Código Sustantivo del Trabajo, y estableció un nuevo sistema para liquidar, reconocer y pagar las cesantías en el sector privado, la cuales se efectuaran a través de los llamados fondos de cesantías, como lo establece el artículo 99 *ibídem*:

"Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo."

Bajo este régimen normativo, la Ley 344 de 1996 hizo extensiva la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, pero a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos señalados en el artículo 13, que textualmente dice:

"Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo;"

Norma que fue reglamentada posteriormente, mediante Decreto 1582 de 1998 en los siguientes términos:

"Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998."

Así las cosas, la entrada en vigencia del sistema de liquidación anual de cesantías para el sector público conforme las disposiciones de la Ley 50 de 1990, que consiste en liquidar a 31 de diciembre de cada año el valor de las cesantías causadas y consignarlas en un fondo administrador de cesantías a más tardar el 14 de febrero de la anualidad siguiente a la que se causen.

Del recuento normativo anteriormente referido, se concluye que existen tres sistemas diferentes de liquidación y manejo de cesantías para servidores públicos del orden territorial, a saber:

1. Sistema de Cesantías con Retroactividad, se rige por la Ley 6 de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.
2. Sistema del Fondo Nacional de Ahorro, desarrollado en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998; rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.
3. Sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, el cual incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cobija a las

personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998.

En el ámbito territorial la nueva regulación de liquidación anualizada de cesantías fue reglamentada por medio del Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998⁶, vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, en cuyo artículo 1º se estipuló:

"Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998".

Posteriormente, con la Ley 1071 de 2006, vigente para la época de los hechos, se reglamentó el pago de las cesantías definitivas y parciales a los servidores públicos, se establecieron sanciones y se fijó un término para su cancelación.

De lo expuesto, se concluye que el sector público territorial coexisten varios sistemas de cesantías, que gozan de vigencia en el ordenamiento jurídico, los cuales se aplican de manera integral, la más favorable al empleado, de acuerdo a su opción y fecha de vinculación.

Ahora bien, 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, la que para el caso presente está consagrada en la Ley 1071 de 2006, que dispone:

"Artículo 1º. 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 2º. Ámbito 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.

⁶ "Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia".

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."

En cuanto a la forma como se causa la sanción en análisis, basta con traer las palabras del máximo tribunal de lo contencioso administrativo sobre el punto:

"De conformidad con la normatividad transcrita, se concluye⁷:

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 2° 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*

⁷ 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.

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.⁸

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.

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."⁹

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."¹⁰

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

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B" Consejera 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.

⁹ Sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, Exp. No. 760012331000200002513 01. (2777-2004), ACTOR: JOSÉ BOLÍVAR CAICEDO RUIZ.

¹⁰ 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.

PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, las normas especiales que regulan la materia, los artículos 56 de la Ley 962 de 2005¹¹ y 4 del Decreto 2831 de 2005¹², 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 prestación¹³.

2.2.2 LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES. SANCIÓN MORATORIA.

Las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, bien sean de carácter salarial o pensional, deben ser reclamadas dentro de los 3 años siguientes a su causación, sino prescriben tales derechos.

La institución es definida como una acción o efecto de "adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley"¹⁴ o en otra acepción como "concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo".

En pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia se ha señalado que la prescripción "*es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado (...) Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva de no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular*".

¹¹ "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."

¹² "Artículo 4º. 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."

¹³ 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.

¹⁴ Citado por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B"- sentencia del 9 de mayo de 2013. Expediente No. 08001233100020110017601- Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Al respecto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968¹⁵, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969¹⁶, prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual"

Y ante la ausencia de norma que regule la figura de la prescripción frente a otros derechos laborales, bien sea salariales o de carácter pensional, se aplica por analogía el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establece:

"Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán **desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible**. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o una prestación debidamente determinado, interrumpirá la Prescripción pero solo por un lapso igual". (Texto original sin negrillas).

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-745 de 1999, al respecto expresó:

"En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades¹⁷, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues "la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales".

En lo referente el momento en el cual se debe comenzar a contar el término de prescripción, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de noviembre 19 de 1999, expediente No. 15096, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, ratifica lo anterior cuando señala:

*"... Hallándose definido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa que la dotación de vestido y calzado a los servidores estatales, ostenta el carácter de prestación social, en orden a definir la validez de la reclamación de esta prestación por parte del actor, se requiere precisar que salvo la consagración del fenómeno prescriptivo de la acción de reclamación de los derechos sociales, que se da cuando su satisfacción se requiere después de transcurrido tres años, **contados a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible**, en el ordenamiento jurídico ..."(Texto original sin negrillas) .*

¹⁵ Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

¹⁶ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

¹⁷ Pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la sección segunda del Consejo de Estado del 28 de marzo de 1960, del 24 de febrero y julio 1 de 1961, del 21 de septiembre de 1982, del 2 de diciembre de 1982. Igualmente, la sentencia del 19 de noviembre de 1982 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Sobre la prescripción de la sanción moratoria, preciso es citar lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 13 de febrero de 2014, donde se señaló:

"Como quiera que se demostró que la Universidad demandada pagó a favor del demandante las cesantías correspondientes a los años 2002 a 2006 solo hasta el 26 de abril de 2007, es evidente que se generó mora por su pago inoportuno, lo que causa sanción en su contra.

De conformidad con la norma en cita, las cesantías causadas de la fecha del traslado al régimen anualizado en el año 2002 al 31 de diciembre de ese mismo año, debían ser consignadas, a más tardar el 15 de febrero de 2003; las causadas desde el 1º de enero al 31 de diciembre de 2003, se debían consignar a más tardar el 15 de febrero de 2004; las causadas desde el 1º de enero al 31 de diciembre de 2004, debían consignarse a más tardar el 15 de febrero de 2005, y así sucesivamente.

Lo anterior implica que a partir del 15 de febrero de 2003 y hasta el 26 de abril de 2007 cuando se realizó la consignación respectiva, se causó la sanción moratoria reclamada. No obstante lo anterior, como la reclamación de la sanción moratoria solo se efectuó hasta el 13 de septiembre de 2007, se deben declarar prescritos los valores causados por ese concepto desde 3 años atrás de dicha solicitud; por lo tanto, el reconocimiento de la sanción se hará desde el 13 de septiembre de 2004 y hasta el 26 de abril de 2007, cuando se hizo efectivo el pago"¹⁸.

De la misma forma, en sentencia del 20 de octubre de 2014, se expuso:

"SANCION MORATORIA – Prescripción / PRESCRIPCION SANCION MORATORIA – Se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple el deber de consignar en la cuenta individual del trabajador / TERMINACION RELACION LABORAL – No incide para el pago el termino de prescripción del auxilio de cesantía / SANCION MORATORIA No condiciona la causación al pago efectivo de la prestación. Aunque la mora en la cual incurrió la Contraloría Distrital de Barranquilla empezó a correr desde los días 16 de febrero de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 y la misma cesó el 12 de mayo de 2010, la solicitud de pago de la referida sanción tan solo se cursó ante el mencionado órgano de control el 5 de noviembre de 2009, configurándose de forma parcial el fenómeno de prescripción del derecho. E numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que contiene la sanción moratoria solicitada, no condiciona la causación de tal derecho al pago efectivo de la prestación, ni mucho menos al retiro del empleado. Se insiste, la obligación de pago de la sanción moratoria no surge a partir de la cancelación efectiva de la cesantía ni de la terminación de la relación legal y reglamentaria, como parece entenderlo el apelante, sino que ella se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple con el deber de consignar el valor que corresponda en la cuenta individual del trabajador, a razón de un día de salario por cada día de retardo. Un entendimiento contrario conllevaría al absurdo de afirmar que el reclamo de la sanción moratoria dependería de la voluntad del empleador incumplido, pues solo sería viable formularlo una vez se ha pagado la cesantía o ha ocurrido el retiro del servicio del empleado. Por el contrario, la intención del Legislador al establecer dicha sanción fue justamente castigar la omisión o el retardo en el pago de la prestación"

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, **en Sentencia de Unificación** del 25 de agosto de 2016, acogió el criterio anterior, señalando que efectivamente el término de la prescripción de las cesantías y de la sanción moratoria corren por separado, no dependiendo este último de la vigencia o no de la relación laboral pública, sino de la fecha en que se configura el incumplimiento de la obligación que genera la sanción¹⁹.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Expediente No. 08001-23-31-000-2008-00167-01(1689-12). C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁹ En esta providencia de unificación se arrojan las siguientes conclusiones por la Sala Plena de la Sección Segunda: 1.- Las cesantías anualizadas, son una prestación imprescriptible. Las cesantías definitivas sí están sometidas al fenómeno de la prescripción; 2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral; 3.- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que

En punto de lo anterior, la sentencia de unificación, señaló:

"Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1²⁰ del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción.

Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente²¹

Así las cosas, el estado actual de la línea decisional de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado y por ende la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable²², indica que la fecha de exigibilidad de la sanción moratoria inicia a partir del vencimiento del término que tenía la entidad para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales (80 días), y en tal sentido, no es posible considerar que la prescripción de la sanción, solo se contabiliza a partir de la terminación del vínculo laboral; argumento con el cual comulga esta Sala, amén del obedecimiento a dicha decisión de unificación como precedente judicial.

se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago; 4.- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio; 5.- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

²⁰ "Artículo 104º.- De las liquidaciones de cesantía que se efectúen el 31 de diciembre de cada año el empleador deberá entregar al trabajador un certificado sobre su cuantía..."

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA SALA PLENA, Sentencia del 15 de agosto de 2016, Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C. P. Luis R. Vergara Q.

²². Sentencia T- 292 de 2006. Citada por Manuel Fernando Quinche Toro, en su texto, "el precedente judicial y sus reglas". Página 38. Ediciones doctrina y ley.

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

2.3 CASO EN CONCRETO

En el presente asunto la parte actora solicitó la nulidad del oficio S.E.O.P.S.M 2565 de octubre 15 de 2013, expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora, y en consecuencia se reconozca y pague al demandante la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas mediante Resolución No. 212 de abril 30 de 2010, desde el 23 de noviembre de 2009 hasta el 11 de julio de 2011.

En primera instancia, el *A quo* dispuso la nulidad del acto demandado al considerar que la administración incurrió en retraso en el reconocimiento y pago de las cesantías del accionante.

Inconforme con lo anterior, el apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación, en el que solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, resaltando lo relacionado con la disponibilidad presupuestal de la fiduciaria y la sujeción al procedimiento y los lineamientos legales de turnos de atención.

De las pruebas aportadas al plenario se encuentra acreditado que a actora solicitó la liquidación y pago parcial de cesantías al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el día 19 de agosto de 2009, y de ello da cuenta la Resolución No. 0212 del 30 de abril de 2010, expedida por el Secretario de Educación de Sucre en nombre de la entidad demandada (Folio 21 y 22).

Además, que los ochenta (80) días, como plazo del que ya se habló, fenecieron el 15 de diciembre de 2009. Que el pago se puso a disposición de la docente el día 11 de julio de 2011 (Folio 295) por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía parcial reclamada, incurrió en una mora entre el 15 de diciembre de 2009 y el 11 de julio de 2011, para un total de 573 días, tal como acertadamente lo señaló el *A quo*.

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 otro lado, en lo que respecta a la falta de legitimación en la causa expuesta como argumento del recurso de apelación, esta Sala recuerda que el Departamento de Sucre solo actúa como medio para que el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO materialice la decisión administrativa relacionada con las prestaciones a su cargo.

El Decreto 111 de 1996, consagra en su artículo 30 los fondos especiales en el orden nacional, definiéndolos como "*... los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador*".

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3²³, creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en calidad de fondo especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyo fin es el regulado por el artículo 4 de la misma ley, el que consiste en la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Como objetivos del mismo, el artículo 5 de normativa en estudio consagra en su numeral 1 el de "*Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.*".

Igualmente, la norma que crea el mencionado fondo (artículo 3 transcrito a pie de página 3) en su inciso final consagra que este órgano deberá estar dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios, en cada entidad territorial, sin afectar el principio de unidad.

²³ "Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad."

En complemento y desarrollo de la anterior disposición, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994²⁴, reitera que las prestaciones sociales a cargo del fondo serán reconocidas por este a través del representante del Ministerio en la entidad territorial, norma que es repetida y reglamentada en su operatividad práctica por el Decreto 1775 de 1990, modificado a su vez por el Decreto 2234 de 1998.

Por otra parte, el legislador a través de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, "*Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.*", estableció en su artículo 56²⁵, que el representante del fondo para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales a su cargo es el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada, y que este firmaría el acto administrativo que decide las solicitudes elevadas sobre el mencionado tema, previa aprobación del proyecto de acto por el administrador del fondo.

Así pues, del anterior marco normativo se puede inferir que es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, representada por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, quien tiene a su cargo las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y por tanto es a este organismo a quien le correspondería responder por los litigios relacionados con su reconocimiento. Igualmente, es claro que el Secretario de Educación territorial solo actúa como medio regional de atención a los afiliados al fondo, pero no es la voluntad del ente territorial la que se refleja en el acto, sino la voluntad misma del fondo.

En lo que respecta a la representación legal del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la Sala hace suya la interpretación Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del que se transcribe el aparte de la respuesta:

²⁴ "**Artículo 180º.-** Reconocimiento de prestaciones sociales. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales."

²⁵ "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."

"2. LA SALA RESPONDE:

En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional.

A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil."²⁶

Con base en lo anterior se concluye que la representación judicial del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se encuentra en cabeza de la NACIÓN - MINISTERIO NACIONAL DE EDUCACIÓN.

Finalmente, considera la Sala necesario pronunciarse de oficio respecto de la excepción de prescripción en el presente asunto.

Sobre el particular, se reitera lo expuesto en líneas anteriores, esto es, que si bien un sector de esta jurisdicción consideraba que en asuntos como el presente no opera la prescripción del derecho a la sanción moratoria mientras el trabajador siga laborando, lo cierto es que en vista de la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, citada ut supra, esta Sala se inclina y acoge la postura de considerar aplicable al asunto las previsiones del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969 y el artículo 151 del C. P del T. y de la S. S., de modo que la prescripción se contabiliza desde la exigibilidad de la sanción moratoria, pudiendo interrumpirse dicho término por una sola vez.

En el sub examine, se tiene que la demandante presentó la solicitud de cesantías parciales el día 19 de agosto de 2009, la que fue reconocida mediante Resolución No. 0212 del 30 de abril de 2010, mientras que el pago se efectuó el día 11 de julio de 2011.

Conforme con ello, como ya se dijo, la entidad demandada incurrió en mora desde el **15 de diciembre de 2009** y hasta el 11 de julio de 2011, por lo que tenía hasta el 16 de diciembre de 2012 para reclamar el pago de la sanción moratoria por el pago tardía de las cesantías parciales, no obstante, solo hasta

²⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Concepto del 23 de mayo de 2002. Radicación número: 1423. Actor: MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Referencia: fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. representación judicial y extrajudicial del fondo.

el **27 de septiembre de 2013** presentó la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria, por lo que encuentra la Sala que el derecho al pago de sanción moratoria se encuentra prescrito, motivo por el cual la sentencia deberá ser revocada y en su lugar declarar probada de oficio la excepción de prescripción del derecho reclamado.

Finalmente, como quiera que la sentencia de primera instancia es revocada en su totalidad, considera la Sala que en aplicación de lo señalado en el numeral 4 del artículo 365 del CGP, se hace procedente condenar en costas de primera instancia a la parte demandante, por lo que así se declarará.

En consecuencia sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **REVOCAR** la sentencia objeto de alzada.

2.4 CON RELACIÓN A LA CONDENACIÓN EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 26 de mayo de 2016 por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO,** por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: TÉNGASE por probada de oficio la excepción de prescripción del derecho reclamado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.



TERCERO: CONDÉNESE en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

CUARTO: 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° 196.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Ausente con permiso

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA