



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, Dieciséis (16) de abril de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-008-2013-00288-01
DEMANDANTE: RUTH MARÍA LUNA PESTANA
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación, interpuesto por la demandante y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, contra la sentencia del 18 de septiembre de 2014, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedieron a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **RUTH MARÍA LUNA PESTANA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES**

¹ Ver folio 1 - 2, del cuaderno de primera instancia.

DEL MAGISTERIO, con el fin de que se acceda a las siguientes reclamaciones:

“PRIMERA: Declarar la nulidad absoluta del acto administrativo S.E.O.P.S.M 1942 de agosto 01 de 2013, expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre que negó (...) el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en 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 demandada y hasta cuando se hizo el efectivo pago de la misma.

SEGUNDA: Declarar que (...) le reconozca y pague los intereses moratorios de las cesantías reconocidas, mediante resolución N° 969 de octubre 3 de 2008 de conformidad con la Ley 1071 de 2006 (...).

TERCERA: Como consecuencia de la declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, se condene (...) al reconocimiento y pago de los intereses moratorios (...) con ocasión a la tardanza generada por las entidades convocadas, de conformidad con la Ley 1071 de 2006 (...).

CUARTA: Que se condene a la parte demandada al pago de la indexación e intereses a que haya (sic) lugar de acuerdo con el artículo 195 del CPACA.

QUINTA: Que se condene a la parte demandada al cumplimiento del fallo que se profiera en el presente caso (...)

SEXTA: Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso (...).”

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indicó la actora, que laboró al servicio de la docencia oficial en la Institución Educativa “San Antonio Abad”, en el Municipio de Palmito, Sucre. Que el día 17 de junio de 2008, radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, dependencia que mediante Resolución No. 969 de octubre 3 de 2008, resolvió la mencionada solicitud.

Dijo, que el pago de la correspondiente cesantía parcial, reconocida en la resolución anteriormente citada, se produjo el 30 de abril de 2009.

² Ver folios 2 - 3, del cuaderno de primera instancia.

Anotó, que en su parecer, existió morosidad en el pago de las cesantías parciales, la cual se configuró, a partir de los 65 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, es decir, el 19 de septiembre de 2008, hasta la fecha efectiva del pago, esto es, 30 de abril de 2009, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Manifestó, que el 24 de enero de 2011, solicitó 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 la pago de las cesantías (petición que en el parecer de la actora, interrumpe la prescripción trienal), siendo remitida dicha petición, a la FIDUPREVISORA S.A., quien mediante oficio de febrero 22 de 2011, resolvió dicho pedimento, afirmando, que no tenía competencia para emitir actos administrativos.

Adujo, que por esa razón y lo anotó como hecho relevante, la mencionada petición y el comunicado expedido por la FIDUPREVISORA S.A., satisfacían los requisitos del trámite para la demanda ordinaria laboral, jurisdicción en donde se ventiló por mucho tiempo, la presente controversia.

Por esa razón, señaló que ante el cambio repentino de la jurisdicción que conocía de éstos asuntos, sufrió un grave perjuicio, ya que, a raíz de tal determinación, se vio obligada a direccionar todo el trámite, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, de manera, que mediante petición de 16 de julio de 2013, pidió ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, como órgano representativo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, dependencia que a través de oficio No. O.P.S.M. 1942 de agosto 01 de 2013, negó dicha solicitud, aludiendo que no le asistía obligación, en el pago de prestaciones sociales, sino en el trámite de éstas.

Como soportes normativos de su pretensión, anotó preceptos de carácter constitucional y legal, como los artículos 29 y 53 de la Constitución Política; artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

1.3. Contestación de la demanda³

El Ministerio de Educación Nacional, presentó el correspondiente escrito de contestación de la demanda, manifestando su conformidad y aceptación con algunos de los hechos y negativa frente a otros.

Frente a las pretensiones de la demanda, se opone a todas, expresando, que las mismas no debían prosperar, ya que el Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones, para docentes e igualmente, de acuerdo a los parámetros expuestos por el consejo directivo del Fondo, como máxima autoridad, encargada de proferir los procedimientos, para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Como soporte jurídico de su defensa, propuso las siguientes excepciones previas y de mérito: Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, Buena Fe, Pago, Excepción Genérica o innominada.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de julio 29 de 2014, resolvió declarar la nulidad del acto administrativo, contenido en la No S.E.O.P.S.M 1942, de fecha 1 de agosto de 2013, ordenado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, desde el 12 de diciembre de 2008, hasta el día 30 de abril de 2009.

³ Folios 71-79, cuaderno de primera instancia.

⁴ Ver folios 131-138, cuaderno de primera instancia.

El A quo, adujo, que efectivamente, el Fondo Nacional Prestaciones Sociales, a través del Ministerio de Educación Nacional, tardó en el pago de las cesantías parciales solicitadas por la docente, de modo que dicha entidad, está incurso en la sanción prevista en la Ley 1071 de 2006, aplicable para el caso, por ello, debe cancelar un día de salario, por cada día de retardo, hasta que se efectuó el efectivo pago de las cesantías parciales, que en el asunto de la referencia, fue contabilizada, desde la ejecutoria del acto de reconocimiento, esto es, desde el 12 de diciembre de 2012, hasta el 30 de abril de 2009.

A su vez, estudió lo concerniente a la configuración del fenómeno de la prescripción extintiva del derecho, argumentando, que en el caso de la referencia, no acontece, debido a que la petición, que interrumpió esa figura, fue interpuesta dentro del término de los tres años, siguientes a la exigibilidad de las cesantías, tomando para el caso, la solicitud radicada ante la FIDUPREVISORA S.A., que si bien no es el órgano competente para pronunciarse sobre el pedimento en comento, debía trasladarlo a la autoridad competente, esto es, a la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, en virtud del artículo 33 del derogado CCA, situación que no sucedió, de manera que esa anomalía o carga no tenía por qué soportarla la accionante usándola en su detrimento.

1.5.- El recurso.⁵

Inconforme con la decisión de primer grado, las partes, impugnaron la sentencia de primera instancia, a fin que se revoque y en su lugar, se accedan a las súplicas de la demanda.

-. La parte **demandada** manifestó, que atendiendo a la ley 334 de 1996, en su artículo 4, se establece, que el pago de las cesantías, se realizará cuando exista la disponibilidad presupuestal, luego entonces, no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, como la igualdad.

⁵ Folios 143-155 del cuaderno de primera instancia

De lo anterior se concluye, dice, que a la actora, 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 señala, que el pago, está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal, por tanto, no existe negligencia por parte del ente demandado, atendiéndose a la sujeción expresa de lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal.

-. La parte **demandante**, por su lado, expone, que no se debe desconocer la garantía que contiene la ley 1071 de 2006, al establecer un término, tanto para el reconocimiento de la prestación, como para su pago, por parte de cada una de las entidades competentes para tal fin, razón por la cual, existe una inconformidad con la sentencia proferida en primera instancia, cuando solo aplica la sanción, respecto de la demora en el pago y no tiene en cuenta, el término, establecido claramente, en la norma en materia de reconocimiento.

Por lo anterior, solicita que la contabilización del término de mora, para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se tome a partir del vencimiento de los 65 días, que tenía el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para ordenar el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, contados a partir de la radicación de la solicitud y no, como lo entendió el A quo, quien dispuso la causación de la mora, a partir de la fecha de ejecutoria del acto administrativo, que reconoció las cesantías parciales.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 16 de enero de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes⁶.
- En proveído de febrero 02 de 2015, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Siendo ambos extremos procesales, apelantes de la sentencia de 18 de septiembre de 2014, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, esta Sala de Decisión, de conformidad con el artículo 328 del C. G. P., aplicado en virtud de la remisión contemplada en el artículo 306 del CPACA, no tendrá limitaciones para resolver la alzada que se discute en esa instancia.

De los extremos de la litis, los problemas jurídicos a desatar en la presente alzada, estriba en determinar: ¿La señora RUTH MARÍA LUNA PESTANA, en su calidad de docente, tiene derecho a que se reconozca y pague, la sanción moratoria, por el presunto pago tardío de las cesantías parciales,

⁶ Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 11, cuaderno de segunda instancia.

solicitadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo los lineamientos y directrices previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

En caso afirmativo, se determinará: ¿La mencionada erogación moratoria, se encuentra prescrita?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Regulación legal en materia de cesantías, de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las cesantías, como prestación social, se califican como un auxilio que ostentan los empleados, las cuales pueden utilizarse a la finalización de la vinculación laboral, a efectos de afrontar y solventar sus necesidades básicas más apremiantes y las de su núcleo familiar; como también, pueden usarse, estando vigente la vinculación laboral, siempre y cuando estén dirigidas a costear gastos de vivienda o educación.

Esta prestación laboral, ha sido objeto de muchas regulaciones para los empleados al servicio del Estado, tanto del orden nacional, como territorial⁸, sin embargo, existen disposiciones especiales, para cierto tipo de servidores, como es el caso de los docentes, quienes son los que interesan para desatar el asunto de marras.

En ese orden de ideas, los profesionales al servicio de la docencia, que se encuentren vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tienen un régimen prestacional especial⁹, concretamente, lo relacionado con las cesantías, pues, la forma de liquidación, depende de la condición de docente, bien sea nacional, nacionalizado o territorial, según el caso y de los que se encuentren vinculados, hasta el 31 de

⁸ Leyes 6 de 1945, 65 de 1946, Decreto 3118 de 1968, ley 50 de 1993, ley 344 de 1996, Ley 482 de 1998, Decreto 1582 de 1998, por mencionar algunas normas que desarrollan esta temática.

⁹ Sin perjuicio de lo relacionado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

diciembre de 1989 y los que se vinculen con posterioridad al 1º de enero de 1990.

Al respecto, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dispone:

“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 1º 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 (...)” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

De la preceptiva anotada, se colige que el ordenamiento prestacional de los docentes, prevé dos regímenes de liquidación de cesantías, según la

fecha de vinculación, a saber: i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, tienen derecho a que sus cesantías, sean liquidadas con base a un mes de salario por cada año de servicio, es decir, que este personal, está circunscrito, en el denominado “régimen retroactivo de liquidación de cesantías”, dado que se liquida, sobre el último salario devengado; y ii) los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1990, para quienes, se liquidarán las cesantías, conforme al “régimen anualizado de cesantías”, que consiste en liquidar las cesantías y los intereses todos los 31 de diciembre, de cada año, sobre el sueldo percibido a la fecha.

Nótese, que el régimen retroactivo de liquidación de cesantías, cuyo beneficiario son los docentes nacionalizados¹⁰, vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, tiene una forma de liquidación, notablemente disímil, al régimen anualizado de liquidación sin retroactividad, dado que el primero de éstos, es mucho más beneficioso, en relación a la cuantía de las cesantías, en la medida que se acumulan año tras año, multiplicado por el último salario devengado, por lo que, la acumulación del tiempo de servicio junto con el último salario arroja la cantidad de dinero por concepto de cesantías a cancelar; contrario a lo que acontece, con el régimen anual de liquidación, como quiera que éste se liquidan todos los 31 de diciembre de cada año, sin retroactividad, conforme el salario percibido desde el 1º de enero, hasta el 31 de diciembre de cada año, sin la posibilidad que se acumule, el tiempo de servicio.

El Consejo de Estado, sobre el tema ha dicho:¹¹

“(…) 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

¹⁰ El artículo 1º de la Ley 91 de 1989, los define como aquellos cuyo nombramiento se produjo en la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 43 de 1975 – norma que nacionalizó la educación

¹¹ Sentencia de 25 de marzo de 2010, radicación 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C. P. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN.

de 1975 y que implicaba la existencia, tanto de docentes vinculados por la Nación, como de docentes, que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

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

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

2.3.2.- Indemnización moratoria, por el no pago oportuno de cesantías parciales, establecida en la Ley 1071 de 2006 – aplicabilidad a los docentes.

El legislador, ha dispuesto, para el caso de las cesantías liquidadas bajo el régimen retroactivo, un procedimiento dirigido a que el servidor público obtenga el reconocimiento y pago de sus cesantías. Estas cesantías, pueden ser liquidadas de manera definitiva, al momento de finalizar la vinculación laboral del servidor público o puede ser parcial, referida a que son susceptibles de retiro, en vigencia de la relación laboral, siempre que se demuestren las causas legales para ello, como son, que estén dirigidas a la consecución de vivienda o mejora de vivienda y a costear, erogaciones provenientes de la educación.

Para el caso de retiro parcial de cesantías, el constituyente derivado, expidió la Ley 1071 de 2006, por la cual "se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación", teniendo por objeto "reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y

servidores del Estado, así como su oportuna cancelación”¹², y aplicable a “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”¹³.

La normativa reseñada, encuentra su esencia en el procedimiento que debe seguirse, para la consecución del pago de las cesantías parciales, así como su oportuna cancelación dentro de los términos taxativamente previstos, so pena del empleador o aquella que tenga a cargo la administración de las cesantías, incurran en sanciones de tipo pecuniario.

Para mayor ilustración, se transcriben las estipulaciones de la ley citada, que regulan la materia, a saber:

“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,

¹² Artículo 1° ibídem.

¹³ Artículo 2° ibídem.

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.

Previo a resaltar, las características que distinguen el procedimiento, para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y su oportuno pago, así como las sanciones que se derivan, producto del no pago en los tiempos establecidos, la discusión que centra la atención de esta Sala, estriba en si esta normativa, es aplicable o no, a los profesionales vinculados a la docencia o al sector docente, como quiera que su régimen prestacional, concretamente, el de las cesantías, se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989. Esclarecido lo anterior, se procederá a describir las connotaciones de la Ley 1071 de 2006, específicamente, lo concerniente a la causación de la indemnización moratoria.

Pues bien, para esta Sala de Decisión, al analizar de manera integral y sistemáticamente cada una de las estipulaciones de la Ley 1071 de 2006, se infiere, sin mayores elucubraciones, que la misma, no distinguió, ni mucho menos diferenció, el servidor público que cobija la manera y el procedimiento, para solicitar el retiro parcial de las cesantías.

La iniciativa legal en comento, generaliza la concepción de servidor público, sin restringir o limitar la calidad de éste, dependiendo del sector en el que se encuentren vinculado, entre estos, el de educación.

A esta misma conclusión, llegó esta misma Corporación, quien a través de la Sala Primera de Decisión Oral, determinó¹⁴:

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

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

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

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

La anterior explicación, es menester realizarla, dado que la aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 a los docentes, ha dado lugar a que se presenten interpretaciones diferentes por parte de

¹⁴ Sentencia del 18 de septiembre de 2014, radicación número 70-001-33-33-003-2012-00147-01, actor: JULIO HERNÁN HERNÁNDEZ BENAVIDES, demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Magistrado Ponente Dr. LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS.

los operadores judiciales, que en su autonomía e independencia, pueden llegar a resultados disimiles al analizar la misma norma¹⁵.

Y es que entrar a apartar o excluir, al sector educativo, de las sanciones que se originen por el no pago oportuno de cesantías definitivas o parciales, según sea el caso, se iría en contravía del principio constitucional de igualdad, pues, la Ley 1071 de 2006, trató de regular a todos los empleados del sector oficial, desde los miembros de corporaciones públicas, pasando por aquellos que ejercen funciones públicas de manera permanente o transitorias, hasta los mismos miembros de la fuerza pública, en otras palabras, el legislador apuntó que los efectos de esta norma, se surtiera en todos los empleados al servicio del Estado, sin distinguir el sector al que se encuentre vinculado, que no está demás en decir, su regímenes de vinculación, salarial y prestacional, son ostensiblemente disimiles, por lo que, no se justifica que habiendo personal vinculado a varios sectores del Estado, con regímenes laborales diferentes, como se dijo, se excluyan al personal vinculado con la docencia.

Así entonces, para este Tribunal, la Ley 1071 de 2006, efectivamente, aplica al sector docente, pues, no hay diferenciación de los servidores o empleados del Estado, que aplica esta normativa, de suerte, que el operador judicial no puede restringir, lo que no está expresamente prohibido por el legislador.

¹⁵ 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.

Clarificado lo anterior, este Tribunal observa que la Ley 1071 de 2006, ha dispuesto unos términos perentorios, para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales, incluso para las definitivas, que de no cancelarse en las oportunidades establecidas, se genera en favor del empleado, una sanción o indemnización, que equivale a un día de salario por cada día de retardo, la cual fenece en la fecha, en que se efectúe el efectivo pago de las cesantías.

Sobre la causación de esa erogación indemnizatoria, el Consejo de Estado, en el seno de su Sala Plena, sentó las bases para tal fin, en los siguientes términos:¹⁶

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

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

¹⁶ Sentencia de 27 de marzo de 2007, radicación No. 760012331000200002513 01, C. P. Dr. JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE.

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”.

De conformidad con el anterior pronunciamiento, se evidencia, que el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y parciales, están sujetas a un término perentorio y obligatorio, cuyo incumplimiento o falta de pronunciamiento, constituye una sanción y/o indemnización a favor del empleado, que la misma ley conmina a que cancele el empleador o el fondo encargado de la administración de las cesantías, por lo tanto, se colige que el hecho generador de la sanción pecuniaria, surge a partir de la morosidad en el reconocimiento y pago del auxilio en comento.

Bajo el anterior panorama, se estima que la sanción y/o indemnización moratoria, se concibe como un castigo de origen legal, contra la administración morosa en el pago de las cesantías, tardanza que no está en la obligación de soportar el trabajador o ex trabajador, por consiguiente, ese recargo pecuniario constriñe al empleador para que efectúe el pago en las oportunidades legalmente establecidas.

La sanción y/o indemnización moratoria, se causa cuando vencen los 65 días hábiles siguientes a la radiación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías, sean definitivas o parciales, indistintamente de que hubiese pronunciamiento posterior al vencimiento del plazo otorgado y finaliza su causación, cuando se produzca el efectivo pago al servidor o ex servidor, según sea el tipo de cesantías retiradas.

Sin embargo, debe precisarse, que estos términos albergan a los empleados públicos en general - verbi gracia empleados del orden

nacional o territorial, de sector central o descentralizado por servicio -, cuestión que habría que adicionar, para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como quiera que éstos ostentan normas especiales, que regulan el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías, como son la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, en donde intervienen las Secretarías de Educación, certificada a la cual esté vinculado el docente y la fiduciaria, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que para el caso es la FIDUPREVISORA S.A.

Sobre el particular, la Ley 962 de 2005, en su artículo 56, determinó el procedimiento enunciado, de la siguiente manera:

“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”.

Por su parte, el Decreto 2831 de 2005, que reguló el articulado transcrito, estableció el trámite en sede administrativa, para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al fondo, en los siguientes términos:

“Artículo 2°. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.
4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

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

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

Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley”.

De esta manera, se deduce de las preceptivas anotadas, que se debe adicionar a los 65 días que establecen la Ley 1071 de 2006, quince (15) días más, correspondientes a la revisión del proyecto de acto administrativo, por parte de la fiduciaria que administre dichos recursos, por lo que, para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio, el plazo total será de ochenta (80) días para la cancelación de las cesantías parciales, desde la presentación de la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación¹⁷, hasta su efectivo pago.¹⁸

2.3.3.- Autoridad responsable del estudio, reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por otra parte, como se advirtió, para el caso de los docentes, en el procedimiento administrativo de reconocimiento de prestaciones sociales, concurren, tanto el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la secretaría de educación certificada, como la FIDUPREVISORA S. A., con la precisión, de que a quien corresponde el estudio, de si le asiste o no el derecho, es a la respectiva secretaría y no a la fiduciaria, aunque ésta última sea, la que imparta el visto bueno, al proyecto de acto administrativo.

Lo anterior se insinúa, en aras de identificar, quien debe responder ante las solicitudes pago de la indemnización moratoria, derivada del pago tardío de las cesantías, porque si bien, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia, han sentado, que ésta, no tiene la connotación de prestación social, su estudio se realiza según las reglas establecidas para el estudio de prestaciones sociales, pues, se trata de un procedimiento reglado, cuyo obligado a responder, es la Secretaría de Educación respectiva, en representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez, que por mandamiento legal, es ésta, quien reconoce

¹⁷ En este sentido la CORTE CONSTITUCIONAL, señala: "*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.

¹⁸ A esta misma conclusión llegó este tribunal en el pronunciamiento citado en el pie de página 14 ut. Supra.

y paga las cesantías solicitadas y no pagadas en el término previsto por la ley, cuestión muy distinta al rol de la FIDUPREVISORA S. A., quien desembolsa los dineros reconocidos de los recursos dados en fiducia.

Sobre la particular posición, se trae a colación una sentencia de tutela del Consejo de Estado, que guarda relación con el asunto en alzada, pues, presenta los mismos supuestos fácticos aquí se debaten:

“(iv.1) En primer lugar esta Sala debe precisar que en el caso sub examine se trata de una petición encaminada a que se reconozca una sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas reconocidas mediante Resolución No. 0691 de 22 de octubre de 2010 y su respectiva indexación, por el tiempo transcurrido entre la causación del derecho y su pago, por tanto dicha petición debe generar una actuación de la administración [representada en la Secretaría de Educación de Montería] reconociendo o negando lo solicitado.

(...)

(iv.2) De otro lado, antes de resolver si efectivamente fue vulnerado el derecho de petición de la señora Diamantina Lourdes Sáenz Muñoz por las accionadas, es menester señalar que una vez analizado el marco normativo para el reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, se observa que la entidad competente para responder de fondo la solicitud realizada por la petente es la Secretaría de Educación de Montería.

Lo anterior, debido a que, según el trámite establecido en el Decreto 2831 de 2005, la Secretaría de Educación correspondiente realiza las gestiones de: i) proyectar el acto administrativo que debe ser remitido para la aprobación de la fiduciaria; y, ii) expedir y notificar el respectivo acto administrativo, por tanto se puede establecer que es la Secretaría la que tiene la competencia para resolver de fondo, ya sea de forma afirmativa o negativa, la solicitud de la accionante, e independientemente de los trámites que ante otras entidades deba hacer con anterioridad¹⁹”.

Bajo esta óptica, no es factible pretender, que la Secretaría de Educación, no ostenta competencia, para resolver la solicitud de reconocimiento de

¹⁹ Sentencia del 12 de julio de 2012, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, radicado 2012-00070-01, C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado.

indemnización moratoria, por pago tardío de cesantías, pues, es ella quien representa al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por tanto, debe atender el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías solicitadas, sumado a que, la FIDUPREVISORA S. A., por su naturaleza, no ejerce funciones de autoridad pública.

En tal sentido, cuando se reclame este tipo de indemnización, debe hacerse la respectiva reclamación y, consecuentemente, el agotamiento del procedimiento administrativo ante la Secretaría de Educación y no ante la fiducia, pues, ésta no ostenta la calidad de autoridad pública, como tampoco, tiene las atribuciones para estudiar de fondo, la solicitud antes referida.

2.4.- Caso concreto.

Abordando el *sub examine*, se evidencia, que la señora RUTH MARÍA LUNA PESTANA, se encuentra vinculada en el sector de la docencia, desde el 11 de julio de 1986²⁰, hasta la fecha, nombrada por el Departamento de Sucre mediante Decreto No. 291 de 1986²¹, posesionándose mediante acta No. 2185²², ejerciendo, actualmente, las labores como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA SAN ANTONIO DE ABAD del Municipio de San Antonio de Palmito, Sucre²³.

Teniendo en cuenta que la actora ostenta la calidad de docente nacionalizada, como quiera que su vinculación o nombramiento se produjo a través de una entidad territorial (Departamento de Sucre), aunado a que la fecha de ingreso a este sector, se produjo con anterioridad el 31 de diciembre de 1989, se advierte, que el régimen de cesantías al que pertenece, corresponde al retroactivo.

²⁰ Certificado de tiempo de servicios, folio 98 del expediente de primera instancia.

²¹ Folio 108, cuaderno de primera instancia.

²² Folio 109, cuaderno de primera instancia.

²³ Certificado de la Líder programa del Área Administrativa y Financiera, folio 36, cuaderno de segunda instancia.

Por su parte, se sabe que la señora RUTH MARÍA LUNA PESTANA, elevó solicitud de retiro parcial de cesantías, el día 17 de junio de 2008²⁴, pedimento resuelto por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, mediante Resolución No. 0969 de octubre 3 de 2008, mediante la cual, reconoció la suma de \$21.306.553.00, por concepto de liquidación de cesantía parcial, pagada por dicho fondo a través de la entidad fiduciaria.

El mencionado retiro parcial de las cesantías, fue debidamente cancelado a la actora, a través de la FIDUPREVISORA S.A., el 30 de abril de 2009, como lo señala el oficio fechado el 21 de febrero de 2011, expedido por la citada entidad fiduciaria, supuesto que es corroborado por la parte demandante²⁵ y aceptado por el Ministerio de Educación Nacional, en la correspondiente contestación de la demanda²⁶, de suerte, que no existe discusión en torno a este punto y se tiene por cierta, la fecha del pago efectivo de las cesantías parciales.

Acreditados los anteriores supuestos, se evidencia, que conforme lo considerado en el acápite que antecede, la contabilización del término para cancelar las cesantías parciales, esto es, ochenta (80) días hábiles, para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, inició el día hábil siguiente a la radicación de la solicitud, es decir, a partir del 18 de junio de 2008 y feneció el 10 de octubre de 2008.

No obstante, se sabe en el proceso, que las cesantías parciales fueron canceladas el 30 de abril de 2009, de modo, que sin hacer mayores esfuerzos, se infiere que el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, canceló extemporáneamente la erogación social mencionada, en consecuencia, se configura la

²⁴ Si bien no obra prueba del escrito de petición de retiro de cesantías, dicha información se desprende de la Resolución No. 0969 de 3 de octubre de 2010, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²⁵ Ver numeral 4º de los hechos de la demanda.

²⁶ Ver acápite "exposición de los hechos".

penalidad pecuniaria en contra del ministerio, establecida en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

Se puede apreciar, que el retardo, en el pago de las cesantías parciales, estriba en 202 días, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, 11 de octubre de 2008, hasta su efectivo pago 30 de abril de 2009.

Como quiera que la generación de la sanción, ocurrió en el año 2008, se debe tomar el salario base devengado por la accionante en esa anualidad, posteriormente, dividirlo entre 30 en aras de determinar el día de salario como docente. En ese sentido, se avizora que, según la resolución de reconocimiento de retiro parcial de las cesantías, el salario base de liquidación de la señora LUNA PESTANA, era \$1.424.926, dividido entre 30, arroja un valor de \$47.497,5 que equivale al día de salario devengado en el año de 2008.

Así las cosas, se procede efectuar la siguiente operación matemática, a efectos de establecer el monto total, de la penalidad que debe asumir la demandada, por cancelar, tardíamente, las cesantías a la señora RUTH MARÍA LUNA PESTANA, a saber:

$$\$47.497,5 \text{ (día de salario)} \times 202 \text{ (días de retardo del pago)} = \mathbf{\$9.594.495.00}$$

En ese orden de ideas y como respuesta al primer planteamiento jurídico propuesto, la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, debe cancelar a la señora RUTH MARÍA LUNA PESTANA, por concepto de indemnización y/o sanción moratoria, por pagar las cesantías parciales *ex post*, al término legalmente señalado, la suma de NUEVE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL PESOS (**\$9.594.495.00**).

Siendo procedente el pago de la erogación señalada, esta Sala de Decisión precisa, que en relación a la prescripción extintiva de la sanción moratoria, por pago tardío de las cesantías parciales, conforme la jurisprudencia de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, no existe una postura unificada sobre esta temática, por el contrario, existen posiciones disímiles que predicen dos supuestos: I) indistintamente que la persona se encuentre o no vinculada con la administración empleadora, incumplida en el pago de las cesantías, la prescripción se contabiliza a partir del momento, en que se haga exigible ese derecho; y ii) la exigibilidad de reclamar la sanción moratoria, se constituye a partir de la finalización del vínculo laboral.

Esta última postura, la cual acoge esta Sala de Decisión, encuentra apoyo y luces en la jurisprudencia de la Subsección B, de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, quien concretamente ha sostenido²⁷:

“(...) De lo expuesto es dable concluir que para efectos de contabilizarse el término de la prescripción de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 debe tenerse como inició del conteo el momento de la terminación de la vinculación laboral, que es cuando verdaderamente se causa o hace exigible tal prestación social (...)”

Si bien la intelección que acoge esta Sala, se fundamenta en la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990 (pago inoportuno de las cesantías liquidadas anualmente, las cuales deben ser canceladas a más tardar el 15 de febrero del año inmediatamente posterior), por antonomasia, se aplica para la sanción moratoria que se deriva de la Ley 1071 de 2006, en tanto, la naturaleza de la prestación es la misma y el fin de la penalidad también se asemeja, diferenciándose, solo, en cuanto a su forma de cancelación respecto del régimen, pero que en últimas ambas sanciones, proponen iguales sentidos, el cual es, castigar pecuniariamente al empleador moroso.

²⁷ Sentencia de 9 de mayo de 2013, radicación No. 08001233100020110017601, C. P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

Amén de lo expuesto, se evidencia que la docente RUTH MARÍA LUNA PESTANA, aún presta sus servicios como docente en la Institución Educativa San Antonio Abad del municipio de San Antonio de Palmito (fl. 36 C 2da instancia), por lo que la sanción moratoria causada a su favor, no se encuentra afectada de prescripción extintiva. En consecuencia, dando respuesta al segundo planteamiento jurídico, se advierte que el derecho a que se reconozca y pague la sanción moratoria, por pago tardío de las cesantías parciales, no se encuentra prescrito, por lo que, se confirmará la sentencia objeto de alzada, bajo los argumentos expuestos en esta instancia.

3.- CONDENA EN COSTAS - SEGUNDA INSTANCIA.

En virtud de lo anterior, y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículo 365 y 366 del CGP, se condena en costas a la parte demandada.

4.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales 1º, 2º, 4º y 5º de la sentencia de 18 de septiembre de 2014, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 3º de la sentencia en mención, el cual queda de la siguiente manera:

“A título de restablecimiento del derecho, condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al

reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por pago tardío de las cesantías parciales establecida en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, a favor de la señora RUTH MARÍA LUNA PESTANA, que consiste en un día de salario por cada día de retardo, esto es, la suma de **NUEVE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL PESOS (\$9.594.495.00)**, correspondiente al monto total de la sanción en comento”.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia, al ente demandado. El a quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFIQUÉSE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0046/2015

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

(Ausente con permiso)