



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, quince (15) de octubre de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-003-2014-00030-01
DEMANDANTE: EDILMA ROSA JULIO BANQUEZ
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –
DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DE
EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE
FIDUPREVISORA S.A.
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”**, contra la sentencia datada 16 de abril de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **EDILMA ROSA JULIO BANQUEZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN**

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

DEPARTAMENTAL DE SUCRE, con el fin de que se acceda a las siguientes reclamaciones:

“PRIMERA: Declarar la nulidad absoluta del acto administrativo S.E OPMS 2136 de agosto 22 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° 0917 de diciembre 29 de 2011 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 “JOSÉ YEMAIL TOUS”, en el Municipio de Tolú, Sucre. Que el día 29 de junio de 2011, radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, dependencia que mediante Resolución No. 0917 de diciembre 29 de 2011, resolvió la mencionada solicitud, siendo notificada el mismo día.

Dijo, que el pago de la correspondiente cesantía parcial, reconocida en la resolución anteriormente citada, se produjo el 14 de mayo de 2012.

² Ver folios 2 - 15, 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 03 de octubre de 2011, hasta la fecha efectiva del pago, esto es, 14 de mayo de 2012, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Manifestó, que el 30 de julio de 2013, solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, quien mediante oficio S.E OPMS 2136, notificada el 22 de agosto de 2013, resolvió negar dicho pedimento, afirmando, que no le asiste obligación alguna en el pago de las prestaciones sociales, sino en el trámite de la prestación y que ello lo hizo en el tiempo establecido en la ley.

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 demanda.

El Departamento de Sucre³, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que emitía, formalmente, el acto administrativo en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confería la Ley 91 de 1989, al artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005; así entonces, mal podría condenársele a reconocer y pagar una obligación, que no le correspondía al ente territorial, puesto que el Departamento de Sucre, no emitía sustancialmente tal decisión.

³ Folios 57 - 59, cuaderno de primera instancia.

La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho, que avalaran su prosperidad. Frente a los hechos manifestó, que en su mayoría eran ciertos.

Como razones de defensa, expuso, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tenía la función del pago de las prestaciones, mientras que el trámite de reconocimiento de las mismas, correspondía a la Secretaría de Educación del ente territorial y la administración de los recursos, estaban a cargo de una entidad fiduciaria, la cual ejercía el pago, conforme existiera disponibilidad presupuestal, acorde con la recepción y radicación de las solicitudes.

Sostuvo, que el pago de las cesantías de los docentes, se debe ajustar al turno de disponibilidad presupuestal, en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, de suerte que no es factible, que se generen intereses moratorios, dado que el pago de las cesantías, es producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal, legalmente destinada.

Concluyó diciendo, que a la actora, no le asiste el derecho al pago de la sanción moratoria que solicita en esta oportunidad, ya que las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contemplan la indemnización moratoria, por el no pago oportuno, sino que señalan, que el pago está sujeto a la condición suspensiva, de la disponibilidad presupuestal.

Como soporte jurídico de su defensa, propuso las siguientes excepciones, inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, buena fe, pago, excepción genérica o innominada.

⁴ Folio 87 - 94, cuaderno de primera instancia.

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de abril 16 de 2015, declaró probada la excepción propuesta por el Departamento de Sucre y declaró la nulidad del acto administrativo, contenido en el oficio No. SE O.P.S.M 2136 de agosto 22 de 2013, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no cancelación oportuna de las cesantías parciales a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio, a pagar por indemnización moratoria, ocasionada con el pago tardío de las cesantías parciales de la señora Edilma Rosa Julio Banquez, la suma de \$18.191.024.00.

Como fundamento de su decisión, consideró la juez *A quo*, que a partir de la solicitud del pago de cesantías (29 de junio de 2011), la entidad contaba con un término de quince (15) días hábiles para emitir el acto administrativo, es decir, hasta el 22 de julio de 2011, más cinco (5) días de ejecutoria (29 de julio de 2011) y a partir de esta última fecha, se empezaban a contar los 45 días, para que la entidad pública pagara, los cuales vencieron el 03 de Octubre de 2011. Adicional a los términos anteriores, la fiducia contaba con quince (15) días más, para revisar el proyecto de acto administrativo, esto es, hasta el 25 de octubre de 2011.

A partir, de esta última fecha, empezaba a correr la sanción moratoria y siendo que el pago efectivo de la prestación, se realizó el 14 de mayo de 2012, la entidad encargada de pagar las cesantías parciales, incurrió en mora, desde el 26 de Octubre de 2011, hasta el 13 de mayo de 2012, para un total de 201 días de mora.

⁵ Folios 164 - 172, cuaderno de primera instancia.

1.5.- El recurso.⁶

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandada **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”**, la impugnó, a fin que se revoque y en su lugar, se nieguen las súplicas de la demanda.

Alegó, que no podían generarse intereses moratorios o indexación alguna, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente a la demandante, era producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal, legalmente, destinada para tal efecto, de acuerdo al principio de igualdad.

Sostuvo, que la disponibilidad presupuestal para la fiduciaria, como ente administrador de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, era fundamental, ya que a partir de ella, se efectuaban las asignaciones prestacionales, de acuerdo al estricto turno de radicación; por lo tanto, no podía endilgársele negligencia alguna.

Señaló, que para el caso de los docentes, las reclamaciones de cesantías se regían por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989, ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, del que precisó: *“dicho procedimiento, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago del auxilio de cesantías”*.

Por lo anterior, indicó, que a la actora no le asistía derecho a la sanción moratoria pretendida, pues, en las disposiciones que regulaban el auxilio de

⁶ Folios 178-182, del cuaderno de primera instancia

cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se contemplaba la indemnización moratoria, por el no pago oportuno, ya que el mismo, estaba sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

-. Mediante auto de 22 de julio de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por entidad demandada⁷.

-. En proveído de 18 de agosto de 2015, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.

En dicho término, la parte demandante, reiteró los argumentos expuestos en las pretensiones de la demanda, conforme a la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral⁹.

-. A su vez, la parte demandada y el Agente del Ministerio Público, guardaron silencio en esta oportunidad procesal.¹⁰

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.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 16, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 29-32, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 33, cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta el debate planteado, el problema jurídico a desatar, estriba en determinar: ¿La señora **EDILMA ROSA JULIO BANQUEZ**, 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, solicitadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo los lineamientos y directrices previstos en la ley 1071 de 2006?

¿Es la inexistencia de disponibilidad presupuestal, un hecho que exonera a la entidad pagadora de la sanción estudiada?

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, se califican como un auxilio que ostentan los empleados, que 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 territorial¹¹, sin embargo, existen disposiciones especiales, para cierto tipo de servidores, como el caso de los docentes.

Los profesionales al servicio de la docencia, que se encuentren vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tienen un régimen prestacional especial¹², principalmente en lo relacionado con las

¹¹ 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.

¹² Sin perjuicio de lo relacionado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

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 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 1º 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 nacionalizados¹³, 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 liquida 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:¹⁴

¹³ 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.

¹⁴ 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.

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

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

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

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”¹⁵, 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 del Ahorro”¹⁶.

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 petitionarios, 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.

¹⁵ Artículo 1° ibídem.

¹⁶ Artículo 2° ibídem.

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".

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 Sala centra su atención, 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, 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.

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.

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 términos¹⁷:

“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 acarreen perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

*Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, **el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.***

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante”.

¹⁷ Sentencia de 27 de marzo de 2007, radicación No. 760012331000200002513 01, C. P. Dr. JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE.

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 sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes a la presentación 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.

(...)

“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:

(...)

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.

(...)

"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 (...)."

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 prestación¹⁸, hasta su efectivo pago.

¹⁸ 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, M. P. Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

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 éste, quien reconoce 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.

Finalmente, hay que anotarse, que en sentencia SU-014 del 23 de enero de 2002, aclaró el Alto Tribunal Constitucional, que la aprobación del acto administrativo de liquidación de las cesantías, por parte de la entidad Fiduciaria La Previsora¹⁹, no puede supeditarse a la existencia de **disponibilidad presupuestal**, pues, ello implicaría, una vulneración a los derechos de los trabajadores. Algunos apartes de la sentencia en alusión, refieren:

¹⁹ “numeral 4° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989: El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tendrá las siguientes funciones: 4. Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos. (...)”.

“... De otra parte, la Corte también ha reiterado que el reconocimiento de esta prestación no está sujeto a la disponibilidad presupuestal²⁰, al punto que fueron inicialmente inaplicadas, conforme lo dispone el artículo 4° superior, las expresiones “reconocerse y liquidarse” contenidas en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996²¹, y, posteriormente, en ejercicio del control de constitucionalidad, las mismas fueron excluidas del ordenamiento jurídico, puesto que se consideró que las cesantías parciales “ (..) no pueden negarse al trabajador so pretexto de no existir partida presupuestal, ni supeditarse a ella, pues son actos que apenas hacen explícita una obligación ya existente en cabeza del organismo estatal y, lo más importante, el correlativo derecho del trabajador solicitante, quien según las normas jurídicas en vigor, si se somete a esos requisitos, puede pedir que se le reconozcan y liquiden las sumas que por tal concepto le es posible retirar.”

4.3. Las expresiones “siempre y cuando exista disponibilidad presupuestal” y “Si no existe disponibilidad presupuestal los expedientes que no presten inconsistencia permanecerán en la entidad fiduciaria en espera de presupuesto” del artículo 2° del Acuerdo 34 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales deben ser inaplicadas por ser contrarias a la Constitución.

La facultad otorgada a La Fiduciaria La Previsora, por el artículo 2° del Acuerdo 34 de 1998, ya mencionado, relativa a que emita el visto bueno “siempre y cuando exista disponibilidad presupuestal” y la orden de que “Si no existe disponibilidad presupuestal los expedientes que no presenten inconsistencia permanecerán en la entidad fiduciaria en espera de presupuesto”, deben ser inaplicadas en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 4° constitucional.

Lo anterior por cuanto un Acuerdo no puede ampliar las facultades conferidas a la Fiduciaria mediante un Decreto de superior jerarquía; resulta claramente violatorio del derecho constitucional de petición facultar a una entidad de derecho privado para que suspenda el trámite administrativo encargada de satisfacerlo; se quebrantan los derechos de los trabajadores cuando se supedita el reconocimiento de su cesantía parcial a la disponibilidad presupuestal para atenderlo, y se desconoce el poder vinculante de las decisiones de ésta Corporación cuando se hace caso omiso de las diferentes decisiones de

²⁰ Ver entre otras las sentencias T-609, T-721, T-780 y T-794 de 1998, T-039, T-056, T-072, T-091, T-100, T-128, T-348, T-804 y T-836 de 1999 y T-1296 y T-1631 de 2000.

²¹ En las sentencias T-228 de 1997, T-363 y T-419 de 1997, se inaplicaron las expresiones “reconocer” y “liquidar”, que hacían parte del artículo 14 de la Ley 344 de 1996 -más tarde declaradas inexecutable, conforme la nota que sigue- por desconocer los artículos 53 y 345 de la Constitución Política.

constitucionalidad y de tutela, en las que se han inaplicado y excluido del ordenamiento jurídico disposiciones semejantes, – artículos 6º, 53, 121, 123, 230 y 243 C.P.- - notas 4, 5 y 6-”. (Negrilla y subraya fuera del texto)

2.4.- Caso concreto.

Abordando el *sub examine*, se evidencia, que la señora EDILMA ROSA JULIO BANQUEZ, se encuentra vinculada en el sector de la docencia, desde el 30 de septiembre de 1994²², nombrada por el Departamento de Sucre mediante Decreto No. 00150 de 29 de septiembre 1994²³, ejerciendo, últimamente, sus labores como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA JOSE YEMAIL TOUS del Municipio de TOLU - SUCRE.

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 posterioridad al 1º de enero de 1990, se advierte, que el régimen de cesantías al que pertenece, corresponde al anualizado.

Por su parte, se sabe que la señora JULIO BANQUEZ, elevó solicitud de retiro parcial de cesantías, el día 29 de junio de 2011²⁴, pedimento resuelto por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, mediante Resolución No. 0917 de diciembre 29 de 2011, mediante la cual, reconoció la suma líquida de \$18.231.646.00, por concepto de cesantía parcial, siendo notificada el 29 de diciembre de 2011²⁵.

²² Certificado de tiempo de servicios, folio 66, 122, y 133 del cuaderno de primera instancia.

²³ Folio 130, cuaderno de primera instancia.

²⁴ Si bien no obra prueba del escrito de petición de retiro de cesantías, dicha información se desprende de la Resolución No. 0917 de diciembre 29 de 2011, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²⁵ Folios 19-21, cuaderno de primera instancia.

El mencionado retiro parcial de las cesantías, fue debidamente colocado a disposición de la actora, el 14 de mayo de 2012²⁶.

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 30 de junio de 2011 y feneció el 25 de octubre de 2011.

No obstante, se sabe en el proceso, que las cesantías parciales fueron canceladas el 14 de mayo de 2012, 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 penalidad pecuniaria en contra del ministerio, establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

Luego entonces, el retardo, en el pago de las cesantías parciales, estriba en **201** días, contados a partir del día siguiente, al plazo máximo para su cancelación, esto es, 26 de octubre de 2011, hasta el día antes de su pago efectivo, ocurrido el 13 de mayo de 2012.

Ahora bien, para establecer el monto de la sanción moratoria, se debe tomar el salario²⁷ devengado por la accionante, para el reconocimiento de retiro parcial de las cesantías, de acuerdo a lo establecido en la Resolución No. 0917 de 2011, posteriormente, dividirlo entre 30, en aras de determinar el

²⁶ Folio 32, cuaderno de primera instancia.

²⁷ Cfr. Resolución No. 0917 de 29 de diciembre de 2011, esto es \$2.064.332.00.

día de salario como docente, multiplicando su resultado por 201, que corresponde a los días en mora²⁸. De allí, que se tiene lo siguiente:

\$ 68.811.06 (día de salario) X 201 (días de retardo del pago) = **\$ 13.831.023.06**

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 **EDILMA ROSA JULIO BANQUEZ**, por concepto de indemnización y/o sanción moratoria, por pagar las cesantías parciales *ex post*, al término legalmente señalado, la suma que resulte de la operación aritmética antes mencionada.

Finalmente, en cuanto lo expuesto por la entidad recurrente, referente a que solo podía pagar la prestación cuando existiera la disponibilidad presupuestal, ya que no contaba con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encontraran en trámite; al respecto se señala, que dicho argumento no es de recibo, toda vez que la normatividad analizada en el acápite antecedente, es clara en su objetivo, que no es otro, que imponer el pago oportuno de las cesantías de los trabajadores, dentro de los plazos legalmente establecidos.

En efecto, son las mismas normas sobre la materia, las que disponen el término de 80 días, para que la entidad pública nominadora cumpla con el pago de la respectiva obligación prestacional, por tanto, no se acepta la defensa expuesta por la demandada para justificar la mora en que incurrió.

En este orden de ideas, esta Sala de Decisión, **modificará** de la sentencia recurrida, en cuanto a la base de liquidación que se tomó para realizar la operación aritmética, a efectos de establecer el monto total de la

²⁸ Es de anotarse, que la **indexación** procede sobre la condena impuesta y no sobre el salario base de cálculo de la misma, conforme lo señalado en el art. 187 inciso final CPACA.

penalidad que debe asumir la demandada, por cancelar, tardíamente, las cesantías a la demandante; y la confirmará en lo restante.

3.- CONDENA EN COSTAS - SEGUNDA INSTANCIA.

En virtud de lo anterior, y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 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: MODIFICAR el numeral 3º de la sentencia proferida el 16 de abril de 2015, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en mención de lo considerado en la parte motiva de esta decisión, el cual queda de la siguiente manera:

*“Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNASE a título de restablecimiento del derecho a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, a pagar la indemnización moratoria ocasionada con el pago tardío de las cesantías parciales, de la señora EDILMA ROSA JULIO BANQUEZ -doscientos un (201) día de mora- por la suma de **TRECE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y UN MIL VEINTITRÉS PESOS CON SEIS CENTAVOS (\$ 13.831.023.06)**, de conformidad con lo expuesto.*

Dicha suma de dinero que resulta de la condena, se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula, en aplicación del art. 187 del CPACA:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}.$$

SEGUNDO: CONFÍRMESE en lo restante la sentencia apelada.

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. 00158/2015

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ