



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-003-2014-00058-00
DEMANDANTE: ÁNGEL FRANCISCO VERGARA MARTÍNEZ
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO "FOMAG" - MUNICIPIO DE SINCELEJO - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL - FIDUPREVISORA S.A.
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia de fecha 11 de junio 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:

El señor **ÁNGEL FRANCISCO VERGARA MARTÍNEZ**, 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 "FOMAG" - MUNICIPIO DE SINCELEJO - SECRETARÍA DE**

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

EDUCACIÓN MUNICIPAL - FIDUPREVISORA S.A, con el fin de que se acceda a las siguientes reclamaciones:

“PRIMERA: Declarar la nulidad absoluta del acto administrativo ficto o presunto originado de la incoada el pasado 30 de julio de 2010, ante la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SINCELEJO 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 **Nº 0200 DE JULIO 13 DE 2010**, de conformidad con la Ley 1071 de 2006 (...).

TERCERA: Que como consecuencia de la Declaratoria 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 el actor, que laboró al servicio de la docencia oficial en la Institución Educativa “SIMÓN ARAUJO”, en el Municipio de Sincelejo, Sucre. Que el día 6 de mayo de 2010 (sic), radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales ante la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo - Sucre, dependencia que mediante Resolución No. 0200 de julio 13 de 2010, resolvió la mencionada solicitud.

Dijo, que el pago de la correspondiente cesantía parcial, reconocida en la resolución anteriormente citada, se produjo el 25 de febrero de 2011.

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 12 de agosto de 2010, hasta la fecha efectiva del pago, esto es, 25 de febrero de 2011, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Manifestó, que el 30 de julio de 2013, solicitó ante la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, adeudados por la tardanza en el pago de las cesantías, entidad que frente a su solicitud, no emitió pronunciamiento alguno, configurándose el silencio administrativo negativo, con respecto a tal pedimento.

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.

La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales³, presentó escrito de contestación de la demanda, en el que manifestó, que los hechos en su mayoría, no lo son; se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones: Inexistencia del derecho por errónea interpretación, buena fe, pago y la genérica.

Como argumento central de su defensa, sostiene, que el Decreto 2831 de 2005, es una norma de carácter especial, por medio de la cual, se reglamentó el inciso 2º del artículo 3, el numeral 6º del Art. 7 de la Ley 91 de 1989 y el Art. 56 de la Ley 962 de 2005, por la que se crea un procedimiento exclusivo, para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de

³ Folios 62-67, cuaderno de primera instancia.

Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual se determinan, claramente, las etapas, términos y demás formalidades para este efecto.

Indicó, que el Decreto 2381 de 2005, no discrimina el tipo de prestación social o económica que debe someterse a su trámite, por lo tanto, todas las solicitudes de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo, no podrían sujetarse a otro procedimiento diferente, siendo que en el caso específico de las cesantías del Art. 15 de la Ley 91 de 1989, se le impone al Fondo, la obligación especial de realizar dicho pago, resultando que tal norma, además debe ser especial para el sector docente, difiere del trámite establecido en el Art. 4 de la Ley 1071 de 2006. Por consiguiente, asevera, que dicha entidad actuó dentro de las políticas y preceptos definidos por Ley.

El Municipio de Sincelejo⁴, se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló, que algunos hechos en su mayoría, no le constan.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y la genérica, solventado toda su defensa, en el primero de los medios exceptivos mencionados.

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de junio 11 de 2015, declaró la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la ley 1071 de 2006.

A título de restablecimiento del derecho, condenó a la entidad demandada, a reconocer y pagar al actor, la suma de \$10.360.854.00, como sanción moratoria, ocasionada con el pago tardío de las cesantías parciales.

⁴ Folios 72-8, cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 145-155, cuaderno de primera instancia.

Así mismo, condenó en costas a la parte demandada.

Como fundamento de su decisión, consideró la juez *A-quo*, que la entidad incurrió en retraso, para el pago de las cesantías parciales, ya que la petición fue radicada ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, el 6 de mayo de 2010, contándose con un término de 15 días hábiles, para emitir el acto administrativo correspondiente, esto es, el 28 de mayo de 2010, más los cinco (5) de ejecutoria -5 de junio de 2010-, empezándose a contar los primeros 45 días ante esa fecha, los cuales vencieron el 12 de agosto de 2010 y contándose con 15 días más, para la revisión del proyecto, es decir, se extiende el término, hasta el 3 de septiembre de 2010, fecha última, que define el cómputo de la sanción por mora.

De tal forma indica, que al tenerse los 80 días para el pago de la prestación, el cual feneció el 3 de septiembre de 2010 y el pago se realizó el día 25 de febrero de 2011, se detenta una mora que va, desde el 4 de septiembre de 2010, hasta la última de las fechas en mención.

1.5.- El recurso⁶.

Inconforme con la decisión de primer grado, la demandada – NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- la apeló, a fin de que se revoque y en su lugar, se denieguen la totalidad de las pretensiones del actor.

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

⁶ Folios 163-168, del cuaderno de primera instancia

Sostuvo, que la disponibilidad presupuestal para esta Fiduciaria, como ente eminentemente 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 endilgarse una negligencia, por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal.

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

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

Concluyó, que a la actora no le asistía derecho a la sanción moratoria pretendida, porque en las disposiciones que regulaban el auxilio de cesantías de los docentes, afiliados al fondo de prestaciones sociales del Magisterio, no se contemplaba la indemnización moratoria, por el no pago oportuno y señalaban, que el pago estaba sujeto a la condición suspensiva, de la disponibilidad presupuestal.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de septiembre 7 de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandada⁷.
- En proveído de octubre 13 de 2015, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.
- La parte demandante alegó⁹ en esta instancia procesal, reiterando los argumentos del escrito de demanda y solicitando la aplicación del principio de favorabilidad, en materia laboral a su favor¹⁰.
- La parte demandada y el Ministerio Público, no se hicieron partícipes en esta etapa procesal.

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.

Teniendo en cuenta el debate planteado, sujeto a lo señalado en el art. 320 y 328 del C. G. del P., aplicable por remisión del art. 306 del CPACA, el problema jurídico a desatar, estriba en determinar: ¿El señor **ÁNGEL**

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 15, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 24-27, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Frente a este principio, remite a la Honorable Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-168 de abril 20 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

FRANCISCO VERGARA MARTÍNEZ, 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, 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 territorial¹¹, 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 especial¹², concretamente, lo relacionado con las cesantías, pues, la forma de liquidación, depende de

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.

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 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 (...)”

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.

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”*¹³, y aplicable a *“los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del*

¹³ Artículo 1º ibídem.

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”¹⁴.

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, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

¹⁴ Artículo 2° ibídem.

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.

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, sería ir 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 ocasiones 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 términos¹⁵:

“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 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”.

¹⁵ 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 65 días hábiles siguientes a la radicación 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 prestación¹⁶, hasta su efectivo pago.

¹⁶ 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.

2.3.- Caso concreto.

Abordando el *sub examine*, se evidencia, que el señor **ÁNGEL FRANCISCO VERGARA MARTÍNEZ**, en su calidad de docente municipal en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA SIMÓN ARAUJO del Municipio de Sincelejo - Sucre, elevó solicitud de retiro parcial de cesantías, el día **6 de mayo de 2010**¹⁷, pedimento resuelto por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Sincelejo, mediante **Resolución No. 0200 de julio 13 de 2010**¹⁸, mediante la cual, reconoció el pago de las cesantías parciales, pagada por dicho fondo a través de la entidad fiduciaria.

El mencionado retiro parcial de las cesantías, fue debidamente cancelado a la actora, el **25 de febrero de 2011**, conforme lo señala la entidad fiduciaria FIDUPREVISORA, a través de oficio 2012EE00041188 de 29 de mayo de 2012, obrante a folio 26 del expediente - 1ra Instancia, el cual no fue tachado dentro del trámite procesal por la parte demandada, 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 7 de mayo de 2010 y feneció el 3 de septiembre de 2010.

No obstante, se sabe en el proceso, que las cesantías parciales fueron canceladas el 25 de febrero de 2011, de modo, que sin hacer mayores

¹⁷ Si bien no obra prueba del escrito de petición de retiro de cesantías, dicha información se desprende de la Resolución No. 0200 de 13 de julio de 2010, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura Municipal – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fl. 20-22 del C.1)

¹⁸ Folio 20-22 del Cuaderno de primera instancia

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.

Se puede apreciar, que el retardo, en el pago de las cesantías parciales, estriba en 174 días calendario, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, 4 de septiembre de 2010, hasta su efectivo pago 25 de febrero de 2011.

Como quiera que la generación de la sanción, ocurrió en el año 2010, se debía¹⁹ 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, el salario base de liquidación del señor VERGARA MARTÍNEZ, para la anualidad en mención, era \$2.023.854,00²⁰, dividido entre 30, arroja un valor de \$67.461,8.

Así las cosas, se debía proceder a 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 al señor Vergara Martínez, a saber:

$\$67.461,8$ (día de salario) X 174 (días de retardo del pago) = **\$11.738.353,2.**

En ese orden de ideas y como respuesta al primer planteamiento jurídico propuesto, la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO

¹⁹ Se utiliza esta inflexión del verbo deber, en tanto, no fue objeto de apelación por parte del demandante, el error en que incurrió la primera instancia, frente al cálculo de la sanción, tratándose la misma, de un derecho renunciable, por ende, que debía explicitarse en caso de no estar de acuerdo con el mentado error. Disponer lo contrario, es atentar contra el principio de la reformatio in pejus, contenido en el art. 328 del C.G. del P., que señala: "... El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella...".

²⁰ Folios 20-22 del Cuad. de 1ra Inst.

NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, debía cancelar al señor ÁNGEL FRANCISCO VERGARA MARTÍNEZ, por concepto de sanción moratoria, por pagar las cesantías parciales *ex post*, al término legalmente señalado, la suma de ONCE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS CON DOS CENTAVOS **(\$11.738.353,2)**.

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, 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, para lo cual, la entidad debe prever tales eventualidades, disponiendo lo necesario en su presupuesto.

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, confirmará la sentencia recurrida, modificándose por técnica, un numeral de la parte resolutive, en cuanto a su nomenclatura.

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: CONFIRMAR la sentencia de 11 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: MODIFICAR, el numeral 4º de la sentencia en mención, en el sentido de corregir, la irregularidad numérica consecutiva de la parte resolutive de dicha decisión.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia, al ente demandado. La Juez *A quo* liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

QUINTO: 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. 00195/2015

Los magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ