



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

---

Sincelejo, diecinueve (19) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

|                          |   |
|--------------------------|---|
| <b>RADICACIÓN:</b>       | <b>70-001-33-33-002-2014-00169-01</b>   |
| <b>DEMANDANTE:</b>       | <b>SAMUEL ANTONIO MACARENO<br/>CÁRDENAS</b>   |
| <b>DEMANDADO:</b>        | <b>NACIÓN - MINISTERIO DE<br/>EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO<br/>NACIONAL DE PRESTACIONES<br/>SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG</b> |
| <b>MEDIO DE CONTROL:</b> | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL<br/>DERECHO</b>   |

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 3 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

### 1. ANTECEDENTES:

#### 1.1 Pretensiones<sup>1</sup>:

**SAMUEL ANTONIO MACARENO CÁRDENAS**, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del acto ficto producto del silencio de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, frente a la petición que elevó el día 30 de enero de 2014 ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el

---

<sup>1</sup> Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

pago tardío de unas cesantías parciales, que le fueron concedidas mediante Resolución No. 0430 del 13 de julio de 2010.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene a la entidad demandada, le reconozca y pague la referida sanción. Insta además, el pago de indexación y las costas procesales a que haya lugar.

## **1.2.- Hechos<sup>2</sup>:**

El señor **SAMUEL ANTONIO MACARENO CÁRDENAS**, labora como docente en la Institución Técnica Agropecuaria de Albania del Municipio de San Juan de Betulia.

Manifiesta el accionante, que solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales ante la Secretaría Departamental de Sucre; dicha solicitud, fue tramitada con el Rad. 2010-CES-006057 del 17 de marzo de 2010.

Indica, que mediante Resolución No. 0430 del 13 de julio de 2010, la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales pedidas por el actor.

Señala, que radicó petición el 17 de marzo de 2010, "*por lo que los 65 días hábiles se cumplieron el 24 de junio de 2010*".

Relata, que dicho Fondo de Prestaciones Sociales, a través de su entidad fiduciaria, hizo efectivo el pago de las cesantías parciales, tan solo el día 25 de febrero de 2011, incurriendo así, en 245 días de retardo.

En razón de lo anterior, relata, que el 30 de marzo de 2014 solicitó ante la Secretaría Departamental de Sucre, el reconocimiento y pago de sanción

---

<sup>2</sup> Folio 4 del cuaderno de primera instancia.

moratoria, petición que no le fue contestada, ocasionado el acto ficto que se demanda.

### **1.3.- Contestación de la demanda:**

No hubo pronunciamiento por parte de la entidad accionada.

### **1.4. Sentencia impugnada<sup>3</sup>.**

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, a través de sentencia del 3 de octubre de 2016, declaró la nulidad ficto deprecado; como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho ordenó a la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, pagar a favor del señor **SAMUEL ANTONIO MACARENO CÁRDENAS**, la sanción moratoria.

Precisó, que de acuerdo con las pruebas aportadas, el ente accionado incurrió en 225 días de retardo, en el pago de las cesantías parciales que le fueron reconocidas al actor, configurándose la sanción moratoria, de conformidad con la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Concluyó, que en el presente asunto, no se configura la prescripción, pues, según la posición del Honorable Consejo de Estado en decisión que expresamente invoca, el derecho a reclamar la sanción moratoria, surge a partir de la terminación del vínculo laboral, lo cual, en el caso del accionante no sucedió.

### **1.5.- El recurso<sup>4</sup>.**

El apelante señaló, que no puede endilgarse negligencia por parte de la entidad accionada, debido a que el reconocimiento de las cesantías,

---

<sup>3</sup> Folios 115 – 126, del cuaderno de primera instancia.

<sup>4</sup> Folios 135 – 141, del cuaderno de primera instancia.

conlleva un procedimiento con sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal.

Adicionó, que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, se encuentran previstas solamente en el régimen del Decreto 2831 de 2005 y por tanto, no se le puede hacer extensiva una sanción establecida en normas de carácter general, para un procedimiento que se encuentra regulado en una normatividad que no la contempla.

Concluyó, que no se analizó la falta de competencia del Ministerio de Educación Nacional, pues, éste no intervenía en el reconocimiento, ni en el trámite del pago de la prestación, razón por la cual, no le asistía legitimación para ser parte como demandado en este proceso, ya que el acto que se solicita la declaración de nulidad, no fue emitido por él, ni en virtud de delegación, ni de la desconcentración de funciones, toda vez, que la competencia radicaba legalmente en las entidades territoriales empleadoras.

#### **1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.**

Mediante auto de 3 de febrero de 2017<sup>5</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

Posteriormente, a través de providencia de 24 de febrero de 2017<sup>6</sup>, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, llamado al que atendió solo la entidad accionada, reiterando los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en las distintas etapas previas del proceso.

El señor Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

---

<sup>5</sup> Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

<sup>6</sup> Folio 13, del cuaderno de segunda instancia.

## 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 los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben en determinar:

¿El Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentra llamado a responder por el pago de la sanción moratoria, por la no cancelación oportuna de las cesantías parciales del docente **SAMUEL ANTONIO MACARENO CÁRDENAS**?

¿Opera la prescripción del derecho a reclamar la sanción moratoria, aducida por el accionante?

### 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 territorial<sup>7</sup>, 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 especial<sup>8</sup>, concretamente, lo relacionado con las cesantías, pues, la forma de liquidación, depende de la condición de docente, bien sea nacional, nacionalizado o territorial, según el caso y de los que se encuentren vinculados, hasta el 31 de 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*

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Sin perjuicio de lo relacionado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

*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 (...)"*

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”* <sup>11</sup>, y aplicable a *“los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro”*.<sup>9</sup>

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.*

---

<sup>9</sup> Artículo 2° ibídem.

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

*Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

*Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*

*Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*

*Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

*Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.*

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 términos<sup>10</sup>:

*“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*

---

<sup>10</sup> Sentencia de 27 de marzo de 2007, radicación No. 760012331000200002513 01, C. P. Dr. JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE.

*conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante”.*

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

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

La sanción y/o indemnización moratoria, se causa cuando vencen los 65 días hábiles siguientes, a la 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 petionario 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 prestación<sup>11</sup>, hasta su efectivo pago.

---

<sup>11</sup> 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

### **2.3.3 Prescripción del derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria. Consideración jurisprudencial unificada.**

Los derechos que emanan de las relaciones legales y laborales, por regla general, deben hacerse efectivos durante cierto lapso, so pena que frente a ellos opere la prescripción. En lo tocante al derecho a reclamar la sanción moratoria, el Honorable Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en sentencia del 25 de agosto de 2016, ha unificado su posición al respecto, en los siguientes términos:

#### ***“i) Prescripción de los salarios moratorios***

*Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.*

*Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.*

***Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.***

***Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:***

***“Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes***

---

*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.*

**sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”**

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

## **ii) Reclamación de la sanción moratoria**

En lo que atañe al momento en que surge el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el incumplimiento de consignar las cesantías anualizadas en la fecha que dispone la ley, existen dos tesis definidas, así:

La primera de ellas sostiene que aunque la mora se causa desde el día siguiente a aquél determinado por el legislador para realizar la consignación de las cesantías anualizadas, la reclamación de la sanción sólo procede, una vez ha terminado la relación laboral, como se expuso en la sentencia cuyo aparte se transcribe a continuación, entre otras:

“De otra parte, en cuanto al análisis del término prescriptivo para reclamar el derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación oportuna establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esta Sección ha dicho que si bien la obligación de consignar en el Fondo el auxilio de cesantía surge para el empleador antes del 15 de febrero de cada año, la posibilidad de demandar nace desde el momento en que la administración, al retiro del servidor no hace entrega de la suma correspondiente a este concepto, es decir omite el cumplimiento de su obligación.

La otra tesis sostiene que la reclamación de la sanción moratoria surge desde el momento en que la obligación se hace exigible, entendiéndose como obligación la que el legislador impone al empleador de pagar la sanción cuando omite el deber de consignar las cesantías anualizadas en una fecha determinada, siendo así, la reclamación válidamente se puede realizar desde el momento mismo en que empieza a correr la mora. Posición que se plasmó, entre otras, en las siguientes providencias:

“De acuerdo con lo anterior, se tiene que la señora Rosiris Díaz Valencia, se encuentra vinculada a la Contraloría Distrital de

Barranquilla, y que al momento de la reclamación se encontraba vigente la relación laboral entre ella y dicha Entidad de conformidad con las certificaciones de 25 de mayo de 2010 y 13 de octubre de 2011, expedidas por el Secretario General de la Contraloría Distrital de Barranquilla (fls. 15 y 88).

(..)

Por lo tanto, le asiste razón a la demandante al reconocimiento de la sanción moratoria dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como quiera que la relación laboral con la Contraloría Distrital de Barranquilla se encuentra vigente, tal como lo señala el Secretario General de la Entidad en las Certificaciones de 25 de mayo de 2010 y 13 de octubre de 2011; así mismo de las pruebas allegadas al proceso se pudo establecer que la consignación del valor de las cesantías de los períodos correspondientes a los años 2004, 2005 y 2006 no se efectuó antes del 15 de febrero del año siguiente a su causación, pues las mismas sólo se consignaron el 12 de mayo de 2010, tal como lo certificó la Entidad el 10 de agosto de 2010 y el comprobante de Egreso de 12 de mayo de la misma anualidad.”

“Del recuento probatorio se tiene que la actora viene laborando en la Universidad del Atlántico y que se acogió al régimen anualizado de Ley 50 de 1990, como se desprende de los hechos de la demanda, de la constancia de Colfondos y de la Certificación de acreencias expedida por el Vicerector Administrativo de la Universidad del Atlántico donde claramente se observa que las cesantías fueron incorporadas a Ley 550 de 1990 y canceladas mediante cartas de instrucción a la docente Mariela Pertuz Parra con solicitud de Ley 50 de 1990, el 6 de junio de 2000.

(..)

En ese sentido le asiste el derecho al demandante al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al no haberse efectuado las consignaciones por concepto de cesantía por los años 2004, 2005 y 2006, pese a que la Universidad del Atlántico se encontrara en proceso de reestructuración de pasivos.”

Si bien las anteriores citas no señalan en forma expresa y concreta que el reclamo de la sanción moratoria por la consignación inoportuna de la cesantía pueda realizarse desde el momento mismo en que la sanción se hace exigible –cuando se produjo el incumplimiento- sí se estudió en ellas la legalidad de actos administrativos producto de reclamaciones realizadas antes de la terminación de la relación laboral. La tesis se abordó en forma precisa, en la siguiente providencia, entre otras, en la que se indicó que la reclamación procede desde cuando la obligación se hace

exigible, así:

*“Aunque la mora en la cual incurrió el Departamento del Atlántico empezó a correr desde el día 16 de febrero de 2001 y la misma cesó el 17 de mayo de 2004, la solicitud de pago de la referida sanción tan solo se cursó el 9 de agosto de 2006, configurándose de forma parcial el fenómeno de prescripción del derecho.*

*El numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que contiene la sanción moratoria solicitada, no condiciona la causación de tal derecho al pago efectivo de la prestación. Vale decir, la obligación de pago de la sanción moratoria no surge a partir de la cancelación efectiva de la cesantía, como parece entenderlo el apelante, sino que ella se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple con el deber de consignar el valor que corresponda en la cuenta individual del trabajador, a razón de un día de salario por cada día de retardo.*

*Un entendimiento contrario conllevaría al absurdo de afirmar que el reclamo de la sanción moratoria dependería de la voluntad del empleador incumplido, pues solo sería viable formularlo una vez se ha pagado la cesantía. Por el contrario, la intención del Legislador al establecer dicha sanción fue justamente castigar la omisión o el retardo en el pago de la prestación.*

*El apoderado del actor considera que el término de prescripción de tres años debe contabilizarse a partir del 17 de mayo de 2004, fecha en la que se emitió y cumplió la orden de pago de las cesantías correspondientes al año 2000, lo cual no es de recibo, dado que como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, dicho término se contabiliza, hacia atrás, desde el momento en que el interesado solicitó a la administración el pago de la sanción moratoria, pues con ello se interrumpe la prescripción. El razonamiento del recurrente equivale a ampliar el término de prescripción de los derechos laborales a más de tres años, sin ningún fundamento jurídico.” (Resalta la Sala).*

***Para efecto de acoger una de las tesis antes expuestas, se ha de decir que como se indicó previamente, la sanción moratoria está sujeta al término prescriptivo señalado en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, lo cual quiere decir que al transcurrir 3 años sin realizar la reclamación respectiva, el trabajador pierde el derecho a la sanción, por lo menos, en forma parcial.***

*Si se acogiera la primera argumentación, y bajo el entendido de que en algunas ocasiones la administración incurre en mora en la consignación de cesantías no solo por unos días o meses, sino por varios años -más de 3- llegaríamos a la conclusión de que al momento en que termina la relación laboral, el empleado podría cobrar la sanción moratoria por un término superior al de la*

prescripción de la misma, pues la fecha que se tendría como habilitante para reclamar o interrumpir la prescripción sería la del retiro del servicio.

La situación anterior haría incurrir a la administración o al empleador, en una carga adicional a la que ya ha impuesto a su costa el legislador -la sanción-, consistente en que esa sanción se deba pagar por un término superior al de la prescripción.

O, en una interpretación favorable al empleador, haría que el empleado perdiera, por virtud del fenómeno prescriptivo, porciones de sanción que no reclamó en forma antecedente, porque la interpretación sugiere que la petición sólo puede formularse hasta el momento del retiro y si el fenómeno prescriptivo empieza a correr desde el momento de la petición hacia atrás, las sumas anteriores a 3 años, que no se reclamaron, no por negligencia del empleado, sino porque la interpretación así lo dispuso, se perderían por efecto del fenómeno extintivo.

Para entender lo anterior, podríamos citar el ejemplo de un trabajador que estuvo vinculado a la administración desde el 2000 hasta el 2016 y durante toda la relación laboral, su empleador no realizó la consignación de cesantías anualizadas antes del 15 de febrero siguiente al año en que se causaron.

Según la tesis expuesta y con fundamento en el ejemplo dado, la reclamación de la sanción moratoria solamente podría realizarse hasta el año 2016, momento en el cual se dio por terminado el vínculo y así lo hace el empleador; caso en el cual para efectos prescriptivos, en esa misma tesis estaríamos ante dos supuestos, el primero de ellos, implicaría el absurdo de que la sanción moratoria no prescribió durante los 16 años, pues la fecha habilitante para la reclamación es la de la terminación de la relación laboral, y por ende, tendría que reconocerse la sanción desde el 15 de febrero de 2001 hasta el momento del retiro, interpretación sustancialmente lesiva del patrimonio de la administración.

En el segundo supuesto, dentro de la misma tesis, se tendría que considerar que como la prescripción se contabiliza desde la petición hacia atrás, al haber efectuado esta última en el año 2016, la sanción sólo se reconocería desde el año 2013, a pesar de que la administración incurrió en mora recurrente desde el año 2001, lo que lesiona los intereses del empleado.

El anterior análisis nos lleva a considerar que la segunda tesis planteada, es decir, la que sugiere la prescripción trienal de la sanción moratoria, incluso durante la vigencia del vínculo laboral, está más acorde, no solo con la realidad fáctica de la controversia, sino con la disposición legal que la consagra, como pasa a explicarse:

De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que “el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”. Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

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

La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1 del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

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

**Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.”<sup>12</sup>**

---

<sup>12</sup> Rad. 2011 00628-01 (0528-14), C.P: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

### **2.3.4.- Caso concreto.**

En el presente asunto, el recurrente alega que al actor no le asistía derecho a la sanción moratoria, porque las disposiciones que regulaban el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo, no contemplaban la indemnización moratoria, por el no pago oportuno y señalaban, que el pago estaba sujeto a la condición suspensiva, de la disponibilidad presupuestal.

Así mismo, alegó la falta de competencia del Ministerio de Educación Nacional, pues, éste no intervenía en el reconocimiento, ni en el trámite del pago de la prestación, razón por la cual, no le asistía legitimación para ser parte como demandado en este proceso, ya que el acto deprecado no fue emitido por él, ni en virtud de delegación, ni de la desconcentración de funciones, toda vez, que la competencia radicaba legalmente en las entidades territoriales empleadoras.

Frente a la falta de legitimación del Ministerio de Educación, debe decirse que tales alegaciones no son de recibo, pues, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, está a cargo de la Nación, las prestaciones sociales del personal docente Nacional o Nacionalizado.

Para dar cumplimiento a dichas obligaciones, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales, que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional –Art. 9 de la Ley 91 y art. 56 de la Ley 962.

Luego entonces, como lo reclamado en la demanda, corresponde a una prestación a cargo de la Nación, cuyo pago corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual a su vez, se encuentra representado en Sucre por la respectiva Secretaría de Educación, es evidente que la entidad accionada, es la llamada a responder por lo demandado por el actor.

Se precisa, que a pesar de que la Secretaría de Educación proyecta el acto administrativo relativo al pago de las prestaciones sociales, la decisión allí contenida no corresponde al ejercicio de una atribución exclusiva o autónoma de ella, sino a una función desconcentrada, que cumple, por disposición de la ley y del reglamento (Art. 3 del Decreto 2831 de 2005, 3 de la Ley 91 de 1989 y 56 de la Ley 962), funciones que, en principio, son propias del Ministerio de Educación, pero que, se encargan en aquellas como una estrategia de regionalización, de manera que es un atributo del órgano central competente el reconocimiento y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así las cosas, no son de recibo los argumentos de falta de competencia expuestos por la parte impugnante, pues, se estima que es la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quienes deben responder en conjunto, por el reconocimiento y pago de las cesantías y sus intereses, concedido al accionante en la sentencia que aquí se recurre.

En este orden de ideas, no hay lugar a declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, alegada por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG -.

Resuelto lo anterior, esta Sala de Decisión, precisa lo siguiente:

Analizado el expediente, se evidencia que el señor SAMUEL ANTONIO MACARENO CÁRDENAS, en su calidad de docente en la Institución Técnica Agropecuaria de Albania, en el Municipio de San Juan de Betulia - Sucre, elevó solicitud de retiro parcial de cesantías, el día **17 de marzo de 2010**<sup>13</sup>; pedimento resuelto por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, mediante

---

<sup>13</sup> Tal y como se reconoce en la Resolución No. 0430 de 13 de julio de 2010, visible a Folios 16-18, cuaderno de primera instancia.

Resolución No. 0430 de 13 de julio de 2010<sup>14</sup>, 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 al actor, el **25 de febrero de 2011**, conforme lo señala el Oficio No. 2013EE115378 emitido el Director de Afiliaciones y Recaudos de la FIDUPREVISORA, obrante a folio 14 del cuaderno de primera instancia.

Acreditados los anteriores supuestos, se evidencia, que conforme lo considerado en el acápite que antecede, la contabilización del término para cancelar las cesantías parciales, esto es, ochenta (80) días hábiles, para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, inició el día hábil siguiente a la radicación de la solicitud, es decir, a partir del 18 de marzo de 2010 y feneció el 16 de julio 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 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 5° de la Ley 1071 de 2006, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

Se puede apreciar, que el retardo, en el pago de las cesantías parciales, estriba en **223 días calendario**, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, 17 de julio de 2010, hasta el día anterior a su efectivo pago, 24 de febrero de 2011.

Ahora bien, para establecer el monto de la sanción moratoria, se debe tomar el salario base devengado por el accionante, para el reconocimiento

---

<sup>14</sup> Folios 16 – 18, cuaderno de primera instancia.

de retiro parcial de las cesantías, esto es, \$2.064.332,00<sup>15</sup>, posteriormente, dividirlo entre 30, en aras de determinar el día de salario como docente, multiplicando su resultado por 223, que corresponde a los días en mora<sup>16</sup>.

En ese orden de ideas, se tiene que el señor SAMUEL ANTONIO MACARENO CÁRDENAS, tenía derecho a reclamar por concepto de indemnización y/o sanción moratoria, la suma de \$15.344.868.00.

Pese a lo anterior, la Sala avizora que en el presente asunto operó la prescripción<sup>17</sup>, por las razones que se pasan a exponer.

Atendiendo que la mora en el pago de las cesantías parciales que le fueron reconocidas al actor, se constituyó a partir del día siguiente en que fenecía el plazo de los ochenta 80 días plurimencionado, es decir, desde el 17 de julio de 2010 y como quiera que la reclamación administrativa de la sanción moratoria (que en sede judicial se pretende), se presentó el 30 de enero de 2014<sup>18</sup>, la conclusión más clara es que se ha cristalizado el fenómeno de la prescripción, por no haberse ejercido el derecho dentro de los tres años siguientes al surgimiento de la obligación moratoria.

Evidentemente, la aparición del fenómeno de la prescripción conlleva las consecuencias y aplicaciones de que trata la jurisprudencia antes indicada, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia, disponiendo la declaratoria de oficio de la prescripción, tal como lo faculta el artículo 187

---

<sup>15</sup> Según comprobante de pago emitido por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, militante a Fl. 15.

<sup>16</sup> Resulta evidente que en este aspecto debe modificarse la decisión recurrida, pues, hay una diferencia en el conteo de los días en mora; lo que traduce en corrección por error aritmético, que bien puede hacerse en esta instancia, más aun, en tratándose de un asunto laboral, que no se somete estrictamente a los requerimientos de la congruencia por los derechos que entraña.

<sup>17</sup> Es de anotarse que si bien este Tribunal en épocas anteriores, no aceptaba el fenómeno de la prescripción, en eventos como el tratado, dada la vigencia de la relación laboral, el cambio de posición se reafirma a partir de la sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016, proferida por el Honorable Consejo de Estado. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016. C. P.: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Radicación: 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) CE-SUJ2 No. 004 de 2016 Actor: YESENIA ESTHER HEREIRA CASTILLO Demandado: MUNICIPIO DE SOLEDAD.

<sup>18</sup> Petición visible a Fl. 19 – 22, cuaderno de primera instancia.

del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

*“La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.*

***En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.***

*Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.*

*Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.”*

### **3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA**

En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto la Sala Primera 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: REVOCAR** la sentencia adiada 3 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo. En su lugar, **DECLARAR**

**PRESCRITOS** los derechos reclamados por el accionante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** No hay lugar a condena en costas de segunda instancia.

**TERCERO:** Ejecutoriada 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, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0086/2017

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**