



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

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

MAGISTRAO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACION:	70-001-23-33-000-2015-00423-00
DEMANDANTE:	GENYS MANUEL ARRIETA CANCHILA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso instaurado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por **GENYS MANUEL ARRIETA CANCHILA**, contra el **MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE**.

1. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones¹.

El señor **GENYS MANUEL ARRIETA CANCHILA**, a través de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control subjetivo de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el **MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE**, con el objeto que se declare la nulidad del Oficio No. 0101-10.02-801 del 30 de julio de 2015, emitido por la Oficina Jurídica del Municipio de Sincelejo.

En consecuencia, solicita el actor se condene al ente demandado al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, establecida en la Ley 50 de 1990, de un día de salario por cada día de retardo, por la afiliación tardía al

¹ Folios 1 - 2.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la consignación extemporánea de las cesantías, por la suma de cuatrocientos veintidós millones quinientos veintiséis mil trescientos setenta y dos pesos (\$422.526.372.00), liquidados hasta el 31 de agosto de 2015.

1.2.- Fundamentos fácticos y jurídicos de la acción².

El señor GENYS MANUEL ARRIETA CANCHILA, presta sus servicios como docente, nombrado en propiedad en el Municipio de Sincelejo, por medio del Decreto N° 133 del 2 de mayo de 1995.

Durante su vinculación siempre le han descontado de su sueldo, los aportes para pensión y salud, servicio que se le venía prestando normalmente hasta el 12 de diciembre de 2011, fecha en que la IPS Clínica las Peñitas le informa, que no puede seguir prestando el servicio de salud, a él y a su núcleo familiar.

El 13 de diciembre de 2011, la Doctora Gloria Alicia Mesia Velasco, de la Dirección de Afiliación y Recaudos de la FIDUPREVISORA S.A., vía telefónica, le informa que no figuraba en la base de datos de dicha entidad y que en el tiempo transcurrido, había recibido los servicios médicos asistenciales por error, ya que el convenio donde lo afiliaban con un número de 38 docentes más, no fue perfeccionado, por no ser tramitados, ni firmados los convenios de pago, información que también fue puesta en conocimiento de la Secretaria de Educación, mediante Oficio N° 2011ER244938.

Refiere el actor, que la omisión del Municipio de Sincelejo al no cumplir con su obligación legal de afiliarlo, le ocasionó el perjuicio de quedar junto con su núcleo familiar, desvinculados del servicio de salud a que tenían y tienen derecho.

² Folios 2 - 7.

Manifiesta, que debido a esa situación, se entera que no se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con ello que el Municipio de Sincelejo, no estaba consignando sus cesantías, ni sus demás prestaciones sociales, ante esta entidad.

El Municipio de Sincelejo, mediante Resolución N° 1700 de agosto 15 de 2012, procedió a hacer la afiliación extemporánea del demandante al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a partir del 24 de agosto de 2012, para darle cumplimiento al fallo proferido dentro de la acción de tutela N° 2012-002, presentada para tal fin.

Se agrega, que debido a que el Municipio de Sincelejo, no consignó las cesantías al 15 de febrero de cada año siguiente, como lo establece la Ley 50 de 1990, haciéndolo tan solo el 24 de agosto de 2012, se encuentra en incurso en una sanción moratoria de un día de salario, por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 1996; es decir, existe una mora de 7.123 días, liquidados hasta el 31 de agosto de 2015, fecha en la que solicitó la conciliación prejudicial.

El 13 de mayo de 2015, el actor presenta derecho de petición ante el Municipio de Sincelejo, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, por la afiliación tardía al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por lo tanto, la consignación extemporánea de las cesantías; sin embargo, la entidad mediante Oficio N° 0101-10.02-801 de julio 30 de 2015, responde que no le asiste el derecho reclamado, por considerar que la pretensión se encuentra prescrita, ya que se está reclamando desde el año 1996 y la petición, se presentó el 13 de mayo de 2015.

El demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 103 Judicial Administrativa, pero esta se declaró fallida el 15 de octubre de 2015, por no existir ánimo conciliatorio por la parte convocada.

Aduce como **normas vulneradas** los artículos 1, 13, 25, 29, 53, 58, 228 de la Constitución Política; y la Ley 50 de 1990.

En el **marco de violación**, establece que el acto administrativo acusado, es violatorio al desconocer los preceptos legales y constitucionales contenidos en la Ley 50 de 1990, en tanto que la sanción moratoria reclamada, se genera automáticamente por la afiliación tardía al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por la consignación extemporánea, de las cesantías por parte de la entidad demandada, dentro del plazo legalmente establecido por la ley, sin que sea necesario demostrar la mala fe del empleador cuando se trata de una entidad oficial.

Indica, que se trasgredieron las disposiciones constitucionales y legales citadas, por cuanto los empleados públicos tienen derecho a exigir del Estado, que el pago de sus derechos laborales y prestacionales, se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues, de lo contrario se generan irregularidades en desmedro de los derechos que le asisten a las personas que laboran con el Estado.

Señala el demandante, que el Municipio de Sincelejo manifiesta que a él, no le es aplicable el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por haberse vinculado a la entidad el 2 de mayo de 1995 y que la norma aplicable, es la Ley 91 del 28 de diciembre 1989; no obstante, aclara el actor, que la norma a que hace mención dicho ente, fue la que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que atiende las prestaciones sociales de los docentes afiliados a ese fondo, condición que él no cumplía, si no a partir del 24 de agosto de 2012, fecha en la que fue afiliado, por lo tanto, en el lapso de tiempo transcurrido, desde el inicio de la vinculación, hasta que se hizo efectivo su perfeccionamiento, es decir, el 24 de agosto de 2012 (17 años), el régimen aplicable se encontraba inmerso en un vacío jurídico, por la negligencia u omisión del municipio.

De manera que, como el principio de favorabilidad fue elevado a rango constitucional a través de lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta Política,

aplicable en escenarios de conflicto normativo o jurisprudencial, siendo un criterio orientador para los Jueces y una premisa, que debe aplicarse solo cuando ocurren los presupuestos exigidos para su utilización, debe acudir a la orientación más benéfica para el trabajador, cuando exista un conflicto de normas vigentes, que regulan idénticas situaciones.

1.3.- Contestación de la demanda³.

El Municipio de Sincelejo, a través de apoderado judicial, contestó la demanda, oponiéndose a sus pretensiones por carecer de fundamentos jurídicos. Respecto a los hechos, señaló que algunos eran ciertos o parcialmente ciertos, otros eran falsos, no eran un hecho o no le constaban.

Como argumento de su defensa, sostuvo, que el régimen jurídico de las cesantías de los docentes oficiales, es un régimen especial, que no contempla sanción moratoria, pues, no se debe perder de vista lo establecido en la Ley 115 de 1994, que contiene la Ley General de Educación.

Por ello y teniendo en cuenta la especialidad del régimen de liquidación de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se puede predicar que a este sector, le sea aplicable la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

Resalta, que dentro del presente litigio, sólo se debería vincular al Ministerio de Educación Nacional y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porque las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, no son de cargo del ente territorial, sino del mencionado Fondo; el cual es una cuenta especial de la Nación, adscrita a ese Ministerio y sin personería jurídica, cuyos recursos son administrados por la Fiduciaria LA PREVISORA S.A., la cual imparte el visto bueno previo, a los actos

³ Folios 70 - 87.

administrativos que conceden o niegan el reconocimiento de todas las prestaciones económicas del personal docente y realiza, el pago de las mismas una vez reconocidas, así como los respectivos descuentos legales.

Propuso las excepciones denominadas: falta de legitimación en la causa por pasiva; indebida escogencia de la acción; prescripción; inexistencia del derecho por disposición expresa del Decreto 3752 de diciembre 22 de 2003 y el régimen jurídico de las cesantías de los docentes oficiales, es un régimen especial, que no contempla sanción moratoria.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda fue admitida mediante auto del 2 de febrero de 2016⁴; providencia notificada a la parte demandante, el 3 de febrero de 2016, mediante estado electrónico⁵. Igualmente, se notificó personalmente, a través de correo electrónico, a la entidad demandada, al Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁶.

- La demanda fue contestada por el Municipio de Sincelejo, el día 16 de mayo de 2016⁷.

- Mediante auto del 2 de septiembre de 2016⁸, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la cual fue iniciada el día 27 del mismo mes y año⁹ y continuada el 7 de febrero de 2017¹⁰; en esta misma audiencia, se indicó que no se evidenciaba la necesidad de decretar la práctica oficiosa de algún medio probatorio, por lo que se prescindió de esta etapa y se instó a las partes, para que presentaran los alegatos de conclusión, de conformidad con el inciso final del artículo 181 del CPACA.

⁴ Folios 54 - 58.

⁵ Folio 155 reverso.

⁶ Folios 62 y ss.

⁷ Folios 70 - 87.

⁸ Folio 100.

⁹ Folios 110 - 112.

¹⁰ Folios 125 - 130.

Alegatos de conclusión:

- **Parte demandante**¹¹: alegó que estaba demostrado que el ente demandado, no cumplió con su obligación legal de afiliarlo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desde el momento de su vinculación como docente del Municipio de Sincelejo (2 de Mayo 1995), por lo tanto, no estaba cumpliendo con las consignaciones de sus cesantías y demás prestaciones sociales, haciéndolo tardíamente mediante Resolución No. 1700 de agosto 15 de 2012, para darle cumplimiento al fallo de tutela N° 2012-002, proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Sincelejo.

Refirió, que la Directora de Afiliaciones y Recaudos de la FIDUPREVISORA, mediante Oficio N°2012EE00285 de enero 3 de 2012, le respondió a la Secretaría de Educación Municipal, que el convenio por medio del cual se garantizaba la afiliación de 38 docentes municipales, no fue perfeccionado y le especificó, los parámetros a seguir para que ello se perfeccionara, como también los requisitos que se debían cumplir para el efecto, siendo uno de ellos, el pago de por lo menos la 5^{ta} parte del pasivo prestacional, establecido en los convenios interadministrativos; condición que no se cumplió.

Arguyó el actor, que de la ocurrencia de estos hechos, se enteró el 13 de diciembre de 2011, cuando le fueron suspendidos los servicios de salud y fue cuando también, conoció que no se encontraba afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sostuvo, que el ente demandado hizo una afiliación tardía, esto es, después de 17 años de la vinculación como docente, tal como se demostraba con la certificación de afiliación extemporánea al régimen de cesantías anualizado, a partir del 24 de agosto de 2012, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, de fecha 7 de marzo de 2014.

¹¹ Folios 132 - 134.

Señaló, que era claro que a los docentes le era aplicable todo lo concerniente a las sanciones por la no consignación oportuna de dicha prestación, que regía para los empleados del orden nacional, ya que de no hacerlo así, se daría un trato desigual, porque no existía prohibición expresa para no aplicar la figura de la sanción moratoria a los docentes oficiales.

Anotó, que la Ley 91 de 1989 que alegaba el Municipio de Sincelejo a su favor, era la aplicable a su caso, en tanto reguló el tema de las prestaciones sociales de los docente de diferente nivel, incluyendo en ella un régimen especial de cesantías; sin embargo, no dijo nada respecto al cobro de sanción moratoria por el no pago o por la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas. No obstante, la misma ley establecía en su artículo 15, que los docentes que se vincularan a partir del 1º de enero de 1990, se regirían por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

De otro lado, manifestó, que el régimen aplicable como docente se encontraba en un vacío jurídico, ya que a pesar de estar vinculado a la entidad territorial desde el año 1995, su nombramiento se legalizó mediante la afiliación al Fondo, a partir del año 2012, por lo que el derecho a la sanción moratoria reclamando, surgía a partir del año 2012 y para todas las causadas con anterioridad hasta 1996, por lo cual, la prescripción alegada no tenía vocación de prosperar, ya que su omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, no podía repercutir en contra de los derechos del trabajador.

Por lo anterior, el actor solicitó el reconocimiento de sus pretensiones y por ende, no se tuvieran en cuenta las excepciones propuestas por el ente demandado, por carecer de fundamentos jurídicos y probatorios.

- **Parte demandada**¹²: Reiteró lo dicho en la contestación de la demanda, indicando que los argumentos que se plantearon en esa etapa procesal, quedaron plenamente demostradas con las pruebas aportadas al proceso.

Sostuvo, que el demandante no tenía derecho al pago de sanción moratoria, porque no había solicitado pago de cesantías a la entidad, por lo tanto, no se generaba derecho alguno para reclamar sanción moratoria.

Indicó, que el régimen establecido para los docentes en materia de cesantías, no contemplaba sanción moratoria por la extemporaneidad en la afiliación, sino que contemplaba consecuencias de tipo fiscal y disciplinario. Tales consecuencias se encontraban contenidas en el parágrafo 1º del artículo 1º del Decreto 3752 de 2003, el cual indicaba que *"La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar"*.

En este caso, lo que correspondía era que el actor, denunciara a los responsables de dicha omisión, en caso de que hubiera existido.

Afirmó, que la Ley 91 de 1989 constituía el régimen legal especial, en lo tocante al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de conformidad con el numeral 3 del artículo 15 de la citada ley, se determinó que el Fondo era el único habilitado para la liquidación y pago del auxilio de cesantías, lo cual excluía a este sector del régimen previsto en la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, así como en la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; pues, conforme se estipulaba en la Ley 91/1989, el citado Fondo, no tenía la obligación legal de consignar el auxilio de cesantía del docente afiliado a un determinado fondo, en un periodo determinado.

¹² Folios 135 - 140.

Adujo, que se debía tener en cuenta que en materia sancionatoria, al igual que en el derecho penal, operaba el principio de interpretación restrictiva de la norma, es decir, que las normas que establecían sanciones o que fijaban límites a los derechos, se debían interpretar a la determinación literal de la conducta que se sancionaba, quedando proscrita todo tipo de interpretación extensiva, analógica o deductiva.

Finalmente, solicitó, que en caso que se determinara que el reclamante tenía derecho a la sanción moratoria, debía declararse su prescripción.

- Agente de Ministerio Público¹³: conceptuó que pese a que el docente fue vinculado bajo la vigencia de la Ley 91 de 1989, no había razón para establecer que ésta, sus decretos reglamentarios y demás normas complementarias que constituían en sí, un régimen especial prestacional, negaran en forma alguna la norma general que imponía la sanción moratoria, pues, aquellos cánones legales aludían al trámite, que era el especial para los docentes afiliados al Fondo, pero en manera alguna significaba que al empleador no le fuera aplicable la sanción por mora o que lo excluía de tal responsabilidad, en cuanto las normas que consagraban la sanción, no dejaban por fuera a ningún servidor público, al contrario, procuraban el pago oportuno de los dineros del trabajador, ganados como producto de su labor por años y la cual debía estar dispuesta, para el momento del cese de actividades o para los efectos excepcionales previstos por la ley, para desembolsos parciales.

No obstante lo anterior, concluyó, que el señor Genys Manuel Arrieta Canchila, aunque en principio tendría derecho a la sanción moratoria por no haber sido afiliado de manera oportuna al Fondo, cuestión que produjo una consignación tardía de sus cesantías y por ende, derivaría una sanción, lo cierto era, que sobre los períodos pretendidos, había ocurrido el fenómeno jurídico de la prescripción trienal, razón por la cual, no podía accederse a sus aspiraciones, dado que el hoy demandante no interrumpió

¹³ Folios 141 – 145.

el término extintivo en tiempo, ya que radicó la petición de reclamo el día 13 de mayo de 2015, momento para el cual, había expirado el derecho, incluso del último posible período que hubiese podido exigir, esto es, del año 2012, del cual su plazo prescriptivo había iniciado el día 15 de febrero de esa anualidad.

3. CONSIDERACIONES:

3.1. Competencia.

El Tribunal es competente, para conocer en **Primera Instancia**, de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 152 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

3.2.- Acto administrativo demandado.

- Oficio No. 0101-10.02-801 del 30 de julio de 2015, emitido por la Oficina Jurídica del Municipio de Sincelejo, mediante el cual, se niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no oportuna afiliación del docente Genys Manuel Arrieta Canchila, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁴.

3.3.- Problema jurídico.

Vistos los extremos de la litis, para esta Sala, el problema jurídico se centra en determinar:

¿Es procedente ordenar al Municipio de Sincelejo, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria - Ley 50 de 1990 - por la no afiliación al Fondo

¹⁴ Folio 31 - 34.

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la no consignación oportuna de las cesantías a favor del demandante, para el período comprendido entre el 15 de febrero de 1996, hasta la fecha de la presentación de la demanda?

3.4- Análisis de la Sala.

3.4.1.- 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 territorial¹⁵; 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 especial¹⁶, concretamente, en 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Sin perjuicio de lo relacionado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

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

"Artículo 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley (...)

3. Cesantías: A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año. B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional (...)"

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.

Sin que se avizore en tal normatividad, la existencia de sanción alguna por afiliación extemporánea al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales o pago atrasado de lo adeudado al mismo. Se resalta, que esta apreciación, no aplica para el docente, cuando reclama el pago parcial o total de sus cesantías, pues, el régimen jurídico será diferente.

3.4.2.- Indemnización moratoria, por el no pago oportuno de cesantías parciales al docente, que no al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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”¹⁷, 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”¹⁸.

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

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

“Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

- 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.*
- 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.*

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

¹⁷ Artículo 1° ibídem.

¹⁸ Artículo 2° ibídem.

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

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

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

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

Previo a resaltar, las características que distinguen el procedimiento, para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y su oportuno pago, así como las sanciones que se derivan, producto del no pago en los tiempos establecidos, la 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 términos¹⁹:

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

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

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

¹⁹ 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 prestación²⁰, hasta su efectivo pago.

²⁰ 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.

3.4.3.- Caso concreto.

Abordando el *sub examine*, se tiene que el señor GENYS MANUEL ARRIETA CANCHILA, solicita se declare la nulidad del Oficio No. 0101-10.02-801 del 30 de julio de 2015 y en consecuencia, se condene al MUNICIPIO DE SINCELEJO al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, consistente en un día de salario por cada día de retardo, por la afiliación tardía al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y la consignación extemporánea de las cesantías.

A su vez, el ente demandado, en resumen, sostiene que el actor no ha solicitado el pago de cesantías a la entidad, por lo que no tiene derecho a reclamar sanción moratoria; además, el régimen establecido para los docentes en materia de cesantías, no contempla tal sanción por la extemporaneidad en la afiliación, sino consecuencias de tipo fiscal y disciplinario.

Agrega, que la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial, en lo tocante al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de conformidad con el numeral 3 del artículo 15 ibídem, se determinó que el Fondo, era el único habilitado para la liquidación y pago del auxilio de cesantías, lo cual excluía a este sector, del régimen previsto en la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, así como en la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Adujo, que se debía tener en cuenta que en materia sancionatoria, operaba el principio de interpretación restrictiva de la norma, quedando proscrita todo tipo de interpretación extensiva, analógica o deductiva.

Ahora bien, verificado el caso puesto a consideración, la Sala es del concepto que **las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperar**, en razón a lo siguiente:

Conforme a los elementos de juicio que reposan en el expediente, se tiene, que mediante Decreto No. 133 de mayo 2 de 1995, el Municipio de Sincelejo - Sucre, nombró al señor Genys Manuel Arrieta Canchila como docente en la Institución Educativa Juanita García Manjarrez, jurisdicción de ese mismo municipio, cargo en el cual tomó posesión, el día 4 de mayo de 1995²¹.

Manifiesta el demandante, que el 12 de diciembre de 2011, la IPS Clínica las Peñitas le informa, que no puede seguir prestándole el servicio de salud; y el 13 de diciembre de 2011, la Doctora Gloria Alicia Mesia Velasco, de la Dirección de Afiliación y Recaudos de la FIDUPREVISORA S.A vía telefónica, le informa, que no figura en la base de datos de dicha entidad y que en el tiempo transcurrido, había recibido los servicios médicos asistenciales por error, ya que el convenio donde lo afiliaban con 38 docentes más, no fue perfeccionado, por no ser tramitados, ni firmados, los convenios de pago.

Señala, que debido a esa situación, se entera que no se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo cual, el Municipio de Sincelejo no estaba consignando sus cesantías, ni sus demás prestaciones sociales ante esta entidad.

En efecto, de las pruebas allegas se evidencia que mediante **Resolución N° 1700 de agosto 15 de 2012**²², se ordenó reconocer y pagar en favor de la Fiduprevisora S.A., por concepto de pasivo prestacional del docente Genys Manuel Arrieta Canchila, la suma de \$62.596.775,67.

En sus considerandos se extrae, el señor Genys Manuel presentó acción de tutela contra el Municipio de Sincelejo y el Juzgado Primero Penal Municipal mediante fallo de enero 30 de 2012, tuteló los derechos fundamentales del actor y ordenó al ente accionado, que respondiera de fondo su petición, indicándole el trámite a realizar y cuándo podría contar con los servicios de

²¹ Ver copia del certificado suscrito por la Secretaria de Educación Municipal y copia de los certificados de salarios y comprobantes de pago obrantes a folios 17 a 26 del expediente.

²² Folios 14 a 16.

salud e igualmente le ordenó, que iniciara el trámite correspondiente para afiliarlo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así mismo, se indica el trámite adelantado para el pago del pasivo adeudado a la FIDUPREVISORA, a fin de hacerse la respectiva afiliación.

Igualmente, se aprecia a folio 17, certificación de fecha 7 de marzo de 2014, suscrita por la Secretaria de Educación Municipal, en la cual se expresa que el docente Genys Manuel Arrieta Canchila, se encuentra afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a partir del 24 de agosto de 2012, con régimen de cesantías anualizadas y que los intereses de cesantías que el municipio adeuda por la afiliación extemporánea al Fondo, desde el año 1995 al 2012, correspondían a la suma de \$10.597.326.00.

Ante la tardía afiliación y consignación de las cesantías, el demandante, elevó petición de fecha 13 de mayo de 2015²³, ante el Municipio de Sincelejo, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 1996, hasta la fecha de presentación de dicha solicitud, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 50 de 1990.

Mediante Oficio No. 0101-10.02-801 de julio 30 de 2015²⁴, el Jefe de la Oficina Jurídica del Municipio de Sincelejo, respondió al peticionario, que su solicitud no era procedente, en atención a que la norma aplicable a su caso era la Ley 91 de 1989, que regulaba y determinaba las prestaciones sociales y las cesantías de los docentes, por tanto, no le era aplicable el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Además, que aun si no estuviera cobijado por un régimen especial, la sanción estaría prescrita, pues, estaba reclamando su reconocimiento desde el 1996 y la solicitud se presentó en mayo 13 de 2015.

Acorde con lo anterior recuento procesal, se considera, que la situación particular del demandante, no encuadra en el supuesto del mencionado

²³ Folios 27 - 29.

²⁴ Folios 31 – 34.

artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues, tal como quedó antes dicho, el actor, es un docente nacionalizado, vinculado después del año 1990 y afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por tanto, le resulta aplicable en materia de cesantías, el régimen especial previsto en la Ley 91 de 1989, que estipula lo referente al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes, con cargo a dicho Fondo, por consiguiente, corresponde acudir a dicha ley y a las normas que la reglamentan, para determinar todo lo concerniente a dicha prestación.

En ese sentido, se debe tener en cuenta, que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran exceptuados del régimen fijado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma esta que estipula que se debe consignar, antes del 15 de febrero de cada anualidad, en el fondo que el empleado elija, el valor del auxilio de cesantía, siendo que al empleador que incumpla dicho plazo, se le sanciona con la obligación de pagar un día de salario por cada día de retardo; pues, conforme se señala en la Ley 91 de 1989, el citado Fondo, no tiene la obligación legal, de consignar el auxilio de cesantía del docente afiliado a un determinado fondo, en un periodo determinado.

Así entonces, se precisa, que los docentes afiliado al Fondo, cuentan con un régimen especial en materia de cesantías, el cual no resulta comparable con la manera como se administran, liquidan y cancelan las cesantías de aquellos trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990; pues, tal como lo expone el demandado, en materia sancionatoria, opera la interpretación restrictiva de la norma, es decir, que no se pueden hacer juicios analógicos o deductivos, frente a las demás normas que rigen la materia; afirmación esta que se hace, sin perjuicio del análisis que este Tribunal ha venido haciendo frente a la aplicación de la Ley 1071 de 2006, pues ahí, tal análisis parte del supuesto de una norma general aplicable a todo tipo de servidor público.

A parte de lo anterior, recuerda la Sala en connivencia con el demandado, que el parágrafo primero del artículo primero del Decreto 3752 del 22 de diciembre de 2003, es claro en señalar, para casos como el estudiado:

“... Parágrafo 1º.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar”.

Luego, si la entidad afilió al docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y calculó el valor adeudado, bien puede asumirse que respondió, conforme a su criterio, a la totalidad de las prestaciones sociales que le correspondían y en relación con el aquí accionante, si alguna reclamación tiene el mismo frente a tal valor, al momento de serle reconocido y ordenado el pago de las correspondientes cesantías, bien puede controvertirlo, lo que no puede hacer a la fecha, pues, el acto administrativo que dispuso el reconocimiento y pago del valor adeudado como cesantías a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no le vincula en forma alguna, dado que la relación solo se establece entre el Municipio y el Fondo en mención, pese a que se trate de unos dineros que afectarán en su momento su patrimonio, pero que al no hacerlo ahora, le resta interés para recurrir.

En este punto, es bueno aclarar, que frente a la eventual pérdida de poder adquisitivo de la moneda o la disminución de su cesantía, por ausencia de crecimiento de su dinero, para el accionante, el interés de alegar un daño, solo podría surgir cuando a él se dirija el reconocimiento y pago de sus cesantías, por ende, solo la oposición al acto que así lo disponga, permitirá tener consideraciones como las que ahora se pretende.

Ahora, si bien queda claro que el régimen prestacional de los profesionales vinculados a la docencia o al sector docente, concretamente, el de las cesantías, se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989, también se dejó esclarecido en el acápite que antecede, las connotaciones de la Ley 1071

de 2006, específicamente, lo concerniente a la causación de la indemnización moratoria.

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

Siendo ello así, se observa que la Ley 1071 de 2006, dispuso 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; recordándose, que 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.

En ese orden, se evidencia que en el presente caso, el Señor Genys Manuel Arrieta Canchila, en su calidad de docente de la Institución Educativa Juanita García Manjarrez, no ha elevado solicitud de retiro parcial de sus cesantías²⁵, por lo cual, no podría hablarse de la penalidad pecuniaria establecida en el parágrafo 5º de la Ley 1071 de 2006, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo; aspecto que por demás, tampoco fue solicitado en tales términos por el actor en sede administrativa, ni judicial.

Así las cosas, esta Sala considera que el actor no tiene derecho al pago de la sanción moratoria reclamada, por ende, el acto acusado, no está viciado

²⁵ Conforme da cuenta la certificación de fecha 29 de septiembre de 2016, suscrita por la Profesional Universitario de la Oficina de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación Municipal, visible a folio 114 del expediente.

de nulidad, lo cual conlleva a que se nieguen las pretensiones de la demanda, conforme lo anotado.

4.- Costas procesales.

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011 dispone, que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del ordenamiento civil.

En ese sentido, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. G. del P.

DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo dicho en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C.G. del P.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

CUARTO: DEVUÉLVASE el saldo de los gastos del proceso a la parte demandante, en caso de existir.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA