



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-001-2014-00109-01
DEMANDANTE:	MILADIS ESTHER RAMÍREZ REYES
DEMANDADO:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 14 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

MILADIS ESTHER RAMÍREZ REYES, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del Oficio S.E OPMS 2850 del 15 de octubre de 2013, a través del cual, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por intermedio de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago tardío de unas

¹ Folios 1 – 2 del cuaderno de primera instancia.

cesantías parciales que le fueron concedidas mediante Resolución No. 0664 del 3 de septiembre 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 intereses moratorios y las costas procesales a que haya lugar.

1.2.- Hechos²:

La señora **MILADIS ESTHER RAMÍREZ REYES** laboró como docente en la Institución Educativa Millán Vargas del Municipio de Sampedra (Sucre).

Manifiesta la accionante, que el 12 de mayo de 2010, solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales ante la Secretaría Departamental de Sucre. Tal entidad a su vez, tramitó dicha solicitud ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Indica, que mediante Resolución No. 0664 del 3 de septiembre de 2010, la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, en representación del mencionado fondo, ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

Relata, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de su entidad fiduciaria, hizo efectivo el pago de las cesantías parciales, tan solo el día 10 de marzo de 2011, incurriendo así en 203 días de retardo.

En razón de lo anterior, relata, que el 26 de septiembre de 2013, solicitó ante la Secretaría Departamental de Sucre el reconocimiento y pago de sanción moratoria, petición que le fue negada mediante el Oficio S.E OPMS 2850 del 15 de octubre de 2013, acto que se demanda.

² Folios 2 - 3 del cuaderno de primera instancia.

1.3.- Contestación de la demanda³:

La entidad accionada, por conducto de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda. Adujo, que el fondo actúa conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente, de acuerdo a los parámetros del Consejo Directivo del Fondo.

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.

Sostuvo, que no puede endilgarse negligencia por parte de la entidad accionada, debido a que el reconocimiento de las cesantías conlleva un procedimiento, con sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal.

1.4. Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo, a través de sentencia adiada 14 de diciembre de 2016, declaró la nulidad del Oficio S.E OPMS 2580 del 15 de octubre de 2013; como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, pagar a favor de la señora **MILADIS ESTHER RAMÍREZ REYES**, la suma de \$10.230.120.00, por concepto de sanción moratoria.

Precisó, que de acuerdo con las pruebas aportadas, el ente accionado incurrió en 181 días de retardo en el pago de las cesantías parciales que le fueron reconocida al actor, configurándose la sanción moratoria, de conformidad con la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

³ Folios 109 – 120, del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 242 – 253, del cuaderno de primera instancia.

1.5.- El recurso⁵.

El apelante reiteró, que no puede imputársele una negligencia a la entidad accionada, toda vez que el reconocimiento de las cesantías conlleva un procedimiento con sujeción expresa a parámetros 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 abril de 2017⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

Posteriormente, a través de providencia de 8 de mayo de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión; solo el apoderado judicial de la accionante⁸, hizo su intervención, reiterando los fundamentos jurídicos expuestos en las distintas etapas previas.

⁵ Folios 262 – 268, del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 10, del cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folios 25 – 28, del cuaderno de segunda instancia.

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

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 de la docente **MILADIS ESTHER RAMÍREZ REYES**?

¿Procede reconocer y ordenar el pago de la sanción moratoria pretendida por el demandante? ¿Se halla prescrita la sanción moratoria reclamada?

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 territorial⁹; 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 especial¹⁰, 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 1° 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 1° 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 (...).”

⁹ 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.

¹⁰ Sin perjuicio de lo relacionado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

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.

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”* 11, 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”*.¹¹

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:

¹¹ Artículo 2° ibídem.

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.

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

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

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

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 términos¹²:

“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.

¹² Sentencia de 27 de marzo de 2007, radicación No. 760012331000200002513 01, C. P. Dr. JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE.

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

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) días¹³, para la cancelación

¹³ E incluso, debe entenderse que tal plazo se adiciona en cinco días, por virtud de la ley 1437 de 2011, dado el término de ejecutoria de los actos administrativos.

de las cesantías parciales, desde la presentación de la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación¹⁴, hasta su efectivo pago.

2.3.3.- Caso concreto.

El recurrente alega que el 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.

¹⁴ En este sentido la Corte Constitucional, señala: "*Tanto la Ley 962 de 2005, como el Decreto 2831 del mismo año son claros en asignar las consecuencias que siguen al incumplimiento del requisito de aprobación de los proyectos de resoluciones por parte de la sociedad fiduciaria y de sus textos se desprende, con total nitidez, que, sin esa aprobación, las referidas resoluciones no podían prestar mérito ejecutivo y que, por lo tanto, el juez no estaba habilitado para proferir mandamiento de pago ni para disponer que prosiguiera la ejecución.*" Sentencia T-042 de 2012, M. P. Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

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, dando respuesta al segundo de los problemas jurídicos planteados:

Analizado el expediente, se evidencia que la señora MILADIS ESTHER RAMÍREZ REYES, en su calidad de docente en la Institución Educativa Millán Vargas del Municipio de Sampués, elevó solicitud de retiro parcial de cesantías, el día **12 de mayo de 2010**¹⁵; pedimento resuelto por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, mediante Resolución No. 00664 de 3 de septiembre de 2010¹⁶, 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 **10 de marzo de 2011**, conforme lo señala el Oficio No. 2011EE74137 del 12 de septiembre de 2011 expedido por la Directora de Prestaciones Económicas de la Fiduciaria La Previsora S.A, obrante a folio 26 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 hábiles¹⁷, 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 13 de mayo de 2010 y feneció el 9 de septiembre de 2010.

No obstante, se sabe en el proceso, que las cesantías parciales fueron canceladas el 10 de marzo 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

¹⁵ Tal y como se reconoce en la Resolución No. 00664 de 3 de septiembre de 2010, visible a Folios 20 -22, cuaderno de primera instancia.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Como quiera que la resolución que concedió el retiro de cesantías parciales, se expidió en vigencia de la Ley 1437 de 2011, debe adicionarse 5 días hábiles más para que cobre firmeza.

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 **181 días calendario**, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, 10 de septiembre de 2010, hasta el día anterior a su efectivo pago, 9 de marzo 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 de retiro parcial de las cesantías, esto es, \$2.295.308.00¹⁸, posteriormente, dividirlo entre 30, en aras de determinar el día de salario como docente, multiplicando su resultado por 181, que corresponde a los días en mora¹⁹.

En ese orden de ideas, se tiene que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, debería cancelar a la señora MILADIS ESTHER RAMÍREZ REYES, por concepto de indemnización y/o sanción moratoria, la suma de \$13.848.358,26; sin embargo, tal derecho se ve afectado por el fenómeno de la prescripción, lo cual por demás, impide continuar con el análisis de los cargos formulados en apelación por el recurrente.

Al efecto, precisa la Sala, que las obligaciones derivadas de la relación de trabajo, bien sean de carácter salarial, pensional o indemnizatorias, deben ser reclamadas dentro de los tres años siguientes a su causación, so pena que se extingan por el simple transcurso del término de Ley.

Lo anterior, en tanto, la prescripción es definida como una acción o efecto de *“adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier*

¹⁸ Según la Resolución No. 0664 de 3 de septiembre de 2010, visible a Folios 20 -22, cuaderno de primera instancia.

¹⁹ Resulta evidente que en este aspecto debería modificarse la decisión recurrida, pues, hay una diferencia en la base de liquidación, en el sentido de que la suma \$1.695.618 (tomada por el A quo) no corresponde al último valor básico devengado por el actor; lo que traduce en corrección por error aritmético, que bien puede hacerse en esta instancia, más aun, en tratándose de un asunto laboral, no se somete estrictamente a los requerimientos de la congruencia por los derechos que entraña.

clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley”²⁰ o en otra acepción como “concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo”.

Normativamente, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968²¹, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969²², prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”

Y ante la ausencia de norma que regule la figura de la prescripción frente a otros derechos laborales, bien sea salariales o de carácter pensional, se aplica por analogía el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que establece:

*“Las acciones que emanen de las leyes 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 una prestación debidamente determinado, interrumpirá la Prescripción pero solo por un lapso igual”. (Texto original sin negrillas).*

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-745 de 1999, al respecto, expresó:

“En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades²³, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término

²⁰ Citado por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”- sentencia del 9 de mayo de 2013. Expediente No. 0800123310002011001760. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

²¹ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

²² “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”.

²³ Pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la sección segunda del Consejo de Estado del 28 de marzo de 1960, del 24 de febrero y julio 1 de 1961, del 21 de septiembre de 1982, del 2 de diciembre de 1982. Igualmente, la sentencia del 19 de noviembre de 1982 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C. P. Carlos Betancur Jaramillo.

de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues "la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales".

En lo referente el momento en el cual se debe comenzar al conteo del término de prescripción, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de noviembre 19 de 1999, expediente No. 15096, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, señaló:

"... Hallándose definido por la Jurisdicción Contencioso Administrativa que la dotación de vestido y calzado a los servidores estatales, ostenta el carácter de prestación social, en orden a definir la validez de la reclamación de esta prestación por parte del actor, se requiere precisar que salvo la consagración del fenómeno prescriptivo de la acción de reclamación de los derechos sociales, que se da cuando su satisfacción se requiere después de transcurrido tres años, **contados a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible**, en el ordenamiento jurídico ..."
(Texto original sin negrillas).

Consideración ratificada de manera más específica, por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en **Sentencia de Unificación** del 25 de agosto de 2016, que acogió el criterio anterior, señalando que efectivamente el término de la prescripción de las cesantías y de la sanción moratoria corren por separado, no dependiendo este último de la vigencia o no de la relación laboral pública, sino de la fecha en que se configura el incumplimiento de la obligación que genera la sanción²⁴

Así las cosas, el estado actual de la línea decisional de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado y por ende, la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable²⁵, indica que la fecha de exigibilidad de la sanción moratoria

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala Plena, Sentencia del 15 de agosto de 2016, Radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C. P. Luis R. Vergara Q.

²⁵ Sentencia T- 292 de 2006. Citada por Manuel Fernando Quinche Toro, en su texto, "el precedente judicial y sus reglas". Página 38. Ediciones doctrina y ley.

inicia a partir del vencimiento del término que tenía la entidad, para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales (80 días).

En el sub examine, la actora petitionó **debidamente** la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 ante la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre, el día 26 de septiembre de 2013 (folios 27 - 28), la cual dio lugar al Oficio 700.11.03. SE OPSM 2580 del 15 de octubre de 2013, emitido por la Secretaría de Educación de Departamento de Sucre, que se constituye en el acto administrativo traído a control judicial.

En orden de lo anterior, cuando se realizó debidamente la petición de pago de sanción moratoria en debida forma y ante la autoridad competente, la indemnización solicitada se encontraba prescrita, en atención a que la exigibilidad de la misma (momento que da inicio igualmente al conteo de la prescripción) como se vio en líneas anteriores, se dio desde el 10 de septiembre de 2010 y los tres años para reclamar, vencieron el 10 de septiembre de 2013, es decir, días antes de haberse formulado en debida forma la petición.

Vale anotar en este punto, que para esta Sala el escrito presentado a la FIDUPREVISORA, tal y como se comprueba con el sticker que obra a folio 24 del expediente fechado a 30 de junio de 2011, si bien tiene anotación de ser dirigido al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE, no interrumpe la prescripción, dada la ausencia de competencia de dicha entidad para resolver²⁶, aunado a que si se tuviera como tal, la decisión resultante de dicha petición (expresa o ficta), debió ser entonces la sometida a control judicial, lo cual no aconteció, dado que lo juzgado en este asunto, corresponde a un acto expreso producto de petición formulada el día 27 de septiembre de 2013.

²⁶ En acápite previo de esta providencia, se resolvió lo relativo a la entidad responsable en el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de los docentes.

Ahora, si bien es cierto asistía obligación a la FIDUPREVISORA de considerar la competencia que tenía frente al asunto y no se verificó remisión alguna de la petición al competente (Cfr. Folio 26), también lo es que el interesado debía estar pendiente ante tal eventualidad, máxime cuando se sabe que el oficio de respuesta fue librado el día 19 de septiembre de 2011, lo cual indicaría que la recepción por el aquí accionante, debía haberse efectuado en fechas prácticamente inmediatas, dándole así oportunidad de adelantar las diligencias pertinentes, como el re direccionamiento de la petición.

También es de anotar, que en otras oportunidades, el Tribunal ha aceptado que la petición dirigida a la FIDUPREVISORA puede dar origen al acto ficto, como acto administrativo que “responde” una petición, bajo la interpretación que lo demandado es un acto ficto, lo que no ocurre en esta ocasión, cuando desde el mismo contenido de la demanda se avizora que la actuación administrativa culminó con un acto expreso y fue precisamente ese, el demandado.

En ese orden, la sentencia deberá ser revocada y en su lugar se declarará probada la excepción de prescripción del derecho reclamado, la cual puede de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, ser reconocida de oficio por el Juez de lo contencioso administrativo.

3. Solicitud de reconocimiento de personería.

Reposa en el expediente poder otorgado a la Dra. Lucía Cabarcas Navarro²⁷, para que asuma la defensa del Departamento de Sucre; sin embargo, esta Sala se abstendrá de reconocerle personería, toda vez que, en el transcurso de la audiencia inicial, llevada a cabo el día 18 de agosto de 2015²⁸, a dicha entidad se le desvinculó como parte dentro del proceso.

²⁷ Folios 16 – 23, cuaderno de segunda instancia.

²⁸ Acta de audiencia visible a Fl. 196, cuaderno de primera instancia.

4. Condena en costas. Ambas Instancias.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas de las dos instancias a la parte demandante y se ordenará su liquidación, de manera concentrada, por el *A quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

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: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción de **prescripción** de la sanción moratoria reclamada, de conformidad con lo anotado. En consecuencia, **REVOCAR** la sentencia adiada 14 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Sincelejo, **NEGÁNDOSE** las pretensiones de conformidad con lo anotado.

SEGUNDO: SIN LUGAR A PRONUNCIARSE respecto de la solicitud de reconocimiento de personería adjetiva, presentada por la Jefe de Oficina Jurídica del Departamento de Sucre, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0144/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA