



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, cinco (5) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2015-00263-01
DEMANDANTE: DANIEL DAVID ATENCIA JIMÉNEZ
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL – FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
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 de fecha 14 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se declaró la nulidad del acto acusado y ordenó el restablecimiento pedido.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **DANIEL DAVID ATENCIA JIMÉNEZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A.**, con el fin de que se declare la

¹ Folio 1 - 2, del cuaderno de primera instancia.

nulidad absoluta del acto administrativo **SED LAPF 700.11.03. N° 2202 de fecha Junio 22 de 2015**, expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, mediante el cual, se resolvió negar el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por haberle cancelado, tardíamente, una cesantía parcial mediante Resolución No. 0777 del 14 de Julio de 2014.

Como consecuencia de lo anterior, se declare que tiene derecho a que le liquiden, reconozcan y paguen la sanción por mora, a la que tiene derecho, por habersele cancelado tardíamente una cesantía parcial, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Se condene a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios desde la ejecutoria de la respectiva sentencia, y al pago de las costas procesales.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indicó el actor que es docente, perteneciente a la nómina del Sistema General de Participaciones del Departamento de Sucre y es afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que el día 14 de mayo de 2014, radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, ante la Secretaría de Educación Departamental del Sucre, dependencia que mediante Resolución No. 0777 del 14 de julio de 2014, resolvió la mencionada solicitud.

Dijo, que el pago de la correspondiente cesantía parcial, reconocida en la resolución anteriormente citada, se produjo el 15 de octubre de 2015.

Anotó, que en su parecer, existió morosidad en el pago de las cesantías parciales, la cual se configuró, a partir de los 65 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, es decir, el 14 de mayo de 2014, hasta la fecha

² Folios 2 - 4, del cuaderno de primera instancia.

efectiva del pago, esto es, 15 de octubre de 2015, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Manifestó, que el 24 de junio de 2015, solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, adeudados por la tardanza en la pago de las cesantías.

Dicha entidad, mediante Oficio SED.LAPF 700.1103 N° 2202 DE FECHA Junio 22 de 2015, negó la sanción moratoria, aludiendo a que no le asistía obligación alguna en el pago de las prestaciones sociales, sino en el trámite de la prestación y que ello se hizo en el tiempo establecido en la ley.

Adujo, que se llevó a cabo audiencia de conciliación ante la Procuraduría Delegada para Asuntos Administrativos, no obstante la misma se declaró fallida.

Como **soportes normativos** de su pretensión, anotó preceptos de carácter constitucional y legal, como son los artículos 1, 25, 23 y 53 de la Constitución Política; Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

En su **concepto de violación**, manifestó, que cuando una entidad sobrepasara los límites señalados en la ley para cancelar las cesantías definitivas o parciales de un servidor público, se hacía merecedor de una sanción, consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se hiciera efectivo el pago de la misma.

Sostuvo, que en el presente asunto estaba demostrada la violación del ordenamiento jurídico con la expedición del acto administrativo demandado, por lo que se debía declarar su nulidad y ordenar el restablecimiento de lo pedido.

1.3. Contestación de la demanda.

- **La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**³, presentó, extemporáneamente⁴, escrito de contestación de la demanda.

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 14 de marzo de 2017, proferida en audiencia inicial, declaró la nulidad del acto acusado y en consecuencia, condenó a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a favor del señor Daniel David Atencia Jiménez, la suma de \$2.440.719.00, por concepto de sanción moratoria.

Negó las demás pretensiones de la demanda.

Fundamentó el A-quo, que acatando la línea jurisprudencial trazada por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en materia de contabilización de términos para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, se observaba que la entidad demandada incurrió en una tardanza que se tornaba en injustificada e ilegal, en el reconocimiento y pago de la prestación reclamada por el demandante. Lo que conllevaba a que la autoridad incumplida, debía reconocer y pagar la sanción por mora consagrada en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006.

1.5.- El recurso⁶.

Inconforme con la decisión de primer grado, la demandada - NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES

³ Folios 50 - 58, cuaderno de primera instancia.

⁴ Folio 67.

⁵ Folios 69 - 75, cuaderno de primera instancia.

⁶ Folios 78 - 84, del cuaderno de primera instancia

SOCIALES DEL MAGISTERIO -, la apeló, a fin de que se revoque y en su lugar, se denieguen la totalidad de las pretensiones de la demandante.

Como argumentos del recurso, destaca que a la parte actora, no le asistía derecho a la sanción moratoria pretendida, porque en las disposiciones que regulaban el auxilio de cesantías de los docentes, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se contemplaba la indemnización moratoria, por el no pago oportuno y señalaban, que el pago estaba sujeto a la condición suspensiva, de la disponibilidad presupuestal.

Indicó, 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 22 de junio de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la demandada⁷.

- En proveído de 9 de agosto de 2017, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁸.

La parte demandante⁹, no atendió en debida forma el traslado de los alegatos en segunda instancia dentro del presente asunto, toda vez, que

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 10, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 19 - 23, cuaderno de segunda instancia.

hizo referencia fue una reliquidación pensional y no a la sanción moratoria objeto de debate.

La parte demandada¹⁰, alegó en esta instancia procesal, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de apelación.

El Ministerio Público¹¹, conceptuó en esta instancia procesal, señalando que el demandante tenía derecho a la sanción moratoria, por no haberse pagado de manera oportuna las cesantías parciales por él solicitadas; por tanto, solicitaba se confirmara la decisión de primera instancia.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

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

¿El Ministerio de Educación, se encuentra llamado a responder por el pago de la sanción moratoria, por la no cancelación oportuna de las cesantías parciales del docente Daniel David Atencia Jiménez?

¿Procede reconocer y ordenar el pago de la sanción moratoria, pretendida por el demandante?

¹⁰ Folios 13 – 18 del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 24 - 29 del cuaderno de segunda instancia.

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 territorial¹²; 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 especial¹³, concretamente, lo relacionado con las cesantías, pues, la forma de liquidación, depende de la condición de docente, bien sea nacional, nacionalizado o territorial, según el caso y de los que se encuentren vinculados, hasta el 31 de diciembre de 1989 y los que se vinculen con posterioridad al 1º de enero de 1990.

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

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con

¹² 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.

¹³ Sin perjuicio de lo relacionado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

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.

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”*¹⁴, 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”*¹⁵.

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

¹⁴ Artículo 1º ibídem.

¹⁵ Artículo 2º ibídem.

previstos, so pena del empleador o aquella que tenga a cargo la administración de las cesantías, incurran en sanciones de tipo pecuniario.

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

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

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

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

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

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

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, sus regímenes de

vinculación, salarial y prestacional, son ostensiblemente disímiles, 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 términos¹⁶:

“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***

¹⁶ Sentencia de 27 de marzo de 2007, radicación No. 760012331000200002513 01, C. P. Dr. JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE.

cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

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

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 prestación¹⁷, hasta su efectivo pago.

2.3.- Caso concreto.

Aterrizando al **sub examine**, se tiene que el A-quo, mediante sentencia de 14 de febrero de 2017, condenó a La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a favor del señor DANIEL DAVID ATENCIA JIMÉNEZ, la indemnización moratoria ocasionada por el pago tardío de las cesantías parciales.

A su vez, la parte demandada, recurre la anterior decisión, alegando que al actor no le asistía derecho a la sanción moratoria, porque las disposiciones que regulaban el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo, no contemplaban la indemnización moratoria, por el no pago oportuno y señalaban, que el pago estaba sujeto a la condición suspensiva, de la disponibilidad presupuestal.

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

¹⁷ 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 Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

funciones, toda vez, que la competencia radicaba legalmente en las entidades territoriales empleadoras.

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

Para dar cumplimiento a dichas obligaciones, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales, que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional –art. 9 de la Ley 91 y art. 56 de la Ley 962. Luego entonces, como lo reclamado en la demanda, corresponde a una prestación a cargo de la Nación, cuyo pago corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual a su vez, se encuentra representado en Sucre por la respectiva Secretaría de Educación, es evidente que las entidades accionadas, son las llamadas a responder por lo demandado por la actora.

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 a la actora 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 el Ministerio de Educación Nacional.

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 el señora **DANIEL DAVID ATENCIA JIMÉNEZ**, en su calidad de docente en el Centro Docente Rural Santa Isabel, ubicado en el Municipio de San Pedro - Sucre, elevó solicitud de retiro parcial de cesantías, el día **14 de mayo de 2014**¹⁸; pedimento resuelto por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, mediante **Resolución No. 0777 del 14 de julio de 2014**¹⁹, mediante la cual, reconoció el pago de las cesantías parciales, pagada por dicho fondo a través de la entidad fiduciaria.

El mencionado retiro parcial de las cesantías, fue debidamente cancelado a la actora, el **15 de octubre de 2014**, conforme se desprende del comprobante de pago, obrante a folios 23 del cuaderno de primera instancia.

Acreditados los anteriores supuestos, se evidencia, que conforme lo considerado en el acápite que antecede, la contabilización del término para cancelar las cesantías parciales, esto es, ochenta (80) días hábiles, para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, inició el día hábil siguiente a la radicación de la solicitud, es decir, a partir del 15 de mayo de 2014 y feneció el 10 de septiembre de 2014.

¹⁸ Si bien no obra prueba del escrito de petición de retiro de cesantías, dicha información se desprende de la Resolución No. 0777 del 14 de julio de 2014, expedida por la Secretaría de Educación Departamental del Sucre – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fl. 21 - 22 del C.1)

¹⁹ Folio 21 - 22 del Cuaderno de primera instancia.

No obstante, se sabe en el proceso, que las cesantías parciales fueron canceladas el 15 de octubre de 2014, de modo, que sin hacer mayores esfuerzos, se infiere que el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, canceló extemporáneamente la erogación social mencionada, en consecuencia, se configura la penalidad pecuniaria en contra del ministerio, establecida en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

Se puede apreciar, que el retardo, en el pago de las cesantías parciales, estriba en **34 días calendario**, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, 11 de septiembre de 2014, hasta el día anterior a su efectivo pago, 14 de octubre de 2014.

Ahora bien, para establecer el monto de la sanción moratoria, se debe tomar el salario base devengado por la accionante, para el reconocimiento de retiro parcial de las cesantías (salario del año 2013), de acuerdo a lo establecido en la Resolución No. 0777 del 14 de julio de 2014, posteriormente, dividirlo entre 30, en aras de determinar el día de salario como docente, multiplicando su resultado por 34, que corresponde a los días en mora²⁰.

En ese orden de ideas, se tiene que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, debe cancelar al señor DANIEL DAVID ATENCIA JIMÉNEZ, por concepto de indemnización y/o sanción moratoria, las cesantías parciales ex post, al término legalmente señalado, la suma que surge de la anterior operación aritmética.

Ahora bien, en cuanto lo expuesto por la entidad recurrente, referente a que solo podía pagar la prestación cuando existiera la disponibilidad presupuestal, ya que no contaba con los recursos suficientes para el pago

²⁰ Es de anotarse, que la **indexación** procede sobre la condena impuesta y no sobre el salario base de cálculo de la misma, conforme lo señalado en el art. 187 inciso final CPACA.

de todas las cesantías que se encontraran en trámite, se señala, que dicho argumento no es de recibo, toda vez que la normatividad analizada en el acápite antecedente, es clara en su objetivo, que no es otro, que imponer el pago oportuno de las cesantías de los trabajadores, dentro de los plazos legalmente establecidos, para lo cual, la entidad debe prever tales eventualidades, disponiendo lo necesario en su presupuesto.

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

En este orden de ideas, esta Sala de Decisión, modificará de la sentencia recurrida, en cuanto a la base de liquidación que se tomó para realizar la operación aritmética, a efectos de establecer el monto total de la penalidad que debe asumir la demandada, por cancelar, tardíamente, las cesantías a la demandante, modificación que responde al criterio de corrección matemática y acoge las garantías laborales que favorecen al demandante, por ende, en nada afectan el postulado de la reformatio in pejus y la confirmará en lo restante.

3.- CONDENA EN COSTAS – SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo anterior, y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C. G. del P., se condena en costas a la parte demandada, en segunda instancia.

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: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2017, por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme lo considerado en la parte motiva de esta decisión, el cual queda de la siguiente manera:

*“Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNASE a título de restablecimiento del derecho a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO “FOMAG”, al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por pago tardío de las cesantías parciales establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, a favor del señor DANIEL DAVID ATENCIA JIMÉNEZ, que consiste en un (1) día de salario por cada día de retardo, para lo cual, se tomará el salario base devengado por la accionante en el año 2014²¹, posteriormente, dividiendo su resultado entre 30 y multiplicando este último producto por **34**, que corresponde a los días de retardo, mora constituida entre el 11 de septiembre de 2014 hasta el 14 de octubre de 2014.*

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

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

SEGUNDO: CONFÍRMESE en lo restante la sentencia apelada.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia, al ente demandado. El a quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

²¹ Como lo sostuvo la primera instancia, como la mora se presentó en el año 2014, el salario base de liquidación debe ser aquel vigente para cuando ocurrió la misma y no el que sirvió de base para liquidar la prestación en mora, pues, el art. 4 ley 1071 de 2006 que impone la sanción crea un tipo sancionatorio propio.

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 Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0011/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA