



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, doce (12) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-003-2015-00213-01
DEMANDANTE:	JOSELINA PÉREZ LARA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A.
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 16 de junio de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, declaró el fenómeno extintivo de la prescripción y en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

La señora **JOSELINA PÉREZ LARA**, 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 nulidad absoluta del acto administrativo **S.E. O.P.S.M 2446 de septiembre 26 de 2013**, 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

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

haberle cancelado, tardíamente, una cesantía parcial mediante Resolución No. 074 del 16 de febrero de 2009.

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 la parte actora, que laboró al servicio de la docencia oficial en la Institución Educativa Gabriel García Márquez, en el Municipio de Corozal – Sucre.

Que el día 13 de mayo de 2008, radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, dependencia que mediante Resolución No. 0074 del 16 de febrero de 2009, resolvió la mencionada solicitud.

Dijo, que el pago de la correspondiente cesantía parcial, reconocida en la resolución anteriormente citada, se produjo el 11 de junio de 2009.

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 19 de agosto de 2008, hasta la fecha efectiva del pago, esto es, 11 de junio de 2009, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

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

Manifestó, que el 3 de octubre de 2011, 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 (petición que en el parecer de la actora, interrumpe la prescripción trienal), siendo remitida dicha petición, a la FIDUPREVISORA S.A., quien mediante oficio, resolvió dicho pedimento afirmando que no tenía competencia para emitir actos administrativos.

Adujo, que por esa razón y lo anotó como hecho relevante, la mencionada petición y el comunicado expedido por la FIDUPREVISORA S.A., satisfacían los requisitos del trámite para la demanda ordinaria laboral, jurisdicción en donde se ventiló por mucho tiempo, la presente controversia.

Por esa circunstancia, señaló, que ante el cambio repentino de la jurisdicción que conocía de éstos asuntos, sufrió un grave perjuicio, ya que, a raíz de tal determinación, se vio obligada a direccionar todo el trámite ante la jurisdicción contenciosa administrativa, de manera que mediante petición de 13 de septiembre de 2013, pidió ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, como órgano representativo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, dependencia que a través de oficio No. S.E. O.P.S.M 2446 de septiembre 26 de 2013, negó dicha solicitud, aludiendo que no le asistía obligación, en el pago de prestaciones sociales, sino en el trámite de éstas.

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 los artículos 29 y 53 de la Constitución Política; artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

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.

- **El Departamento de Sucre³**, frente a los hechos indica que en su mayoría son ciertos y se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, al considerar que emitía, formalmente, el acto administrativo en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confería el artículo 61 de la Ley 962 de 2005; además, que no era del resorte de la Secretaría de Educación, actuar como órgano autónomo e independiente cuando se trate de dilucidar situaciones relacionadas con el pago de la sanción moratoria, por el no pago oportuno de las cesantías, máxime cuando le delegan la facultad de expedir los actos administrativos en representación de las entidades del orden nacional.

- **La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales⁴**, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad. Frente a los hechos manifestó, que algunos eran ciertos y otros, ni los afirmaba ni los negaba, por lo que se atenía a lo probado en el proceso.

³ Folios 63 - 73, cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 92 - 103, cuaderno de primera instancia.

Como razones de defensa, expuso, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tenía la función del pago de las prestaciones, mientras que el trámite de reconocimiento de las mismas, correspondía a la Secretaría de Educación del ente territorial y la administración de los recursos, estaban a cargo de una entidad fiduciaria, la cual ejercía el pago, conforme existiera disponibilidad presupuestal, acorde con la recepción y radicación de las solicitudes.

Sostuvo, que el pago de las cesantías de los docentes, se debe ajustar al turno de disponibilidad presupuestal, en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, de suerte que no es factible, que se generen intereses moratorios, dado que el pago de las cesantías, es producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal, legalmente destinada.

Concluyó diciendo, que a la actora, no le asiste el derecho al pago de la sanción moratoria que solicita en esta oportunidad, ya que las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contemplan la indemnización moratoria por el no pago oportuno, sino que señalan, que el pago está sujeto a la condición suspensiva, de la disponibilidad presupuestal.

Como soporte jurídico de su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe y la excepción genérica o innominada.

1.4.- Sentencia impugnada⁵.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de junio 16 de 2017, declaró el fenómeno extintivo de la prescripción y en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

⁵ Folios 148 - 160, cuaderno de primera instancia.

Fundamentó el A-quo, que era claro que en el presente asunto la entidad demandada incurrió en mora, en el pago de las cesantías desde el día 10 de septiembre de 2008 hasta el 10 de junio de 2009, para un total de 273 días; sin embargo, la demandante solo presentó reclamación administrativa el 3 de octubre de 2011 ante la Fiduprevisora, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías parciales; el cual fue resuelto mediante oficio 2011ER170570 del 1º de diciembre de 2011, donde se le indicó que esa entidad no tenía competencia para realizar pronunciamiento alguno referida a su pedimento.

Consideró la Juez, que tal petición no agotó la reclamación administrativa en debida forma, puesto que no se radicó ante la autoridad competente, como lo era la Secretaría de Educación Departamental, por lo que no se podía hablar de acto ficto; y como quiera que la Fiduprevisora se limitó a responder cuando puso a disposición el pago de las cesantías, hasta ahí agotó su procedimiento, adicionando que no era un acto administrativo.

Que si en gracia de discusión se aceptaba que dicho pedimento interrumpió la prescripción, entonces se debía aceptar que la respuesta dada por la Fiduprevisora fue de fondo, por lo que habría lugar a declarar la caducidad dado que la demanda no fue presentada en término.

Indicó, que posteriormente la actora elevó nueva solicitud el 3 de octubre de 2013 ante la Secretaría de Educación Departamental, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, no obstante, para ésta fecha ya habían pasado los tres años para hacer tal reclamo, puesto que la exigibilidad de la obligación empezó el 10 de septiembre de 2008.

1.5.- El recurso⁶.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandante, la apeló, a fin de que se revoque y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

⁶ Folios 164 - 166, del cuaderno de primera instancia

Como argumentos del recurso, la parte actora cita una sentencia del 3 de marzo de 2016⁷, proferida por este Tribunal, donde sobre la aplicación de la prescripción en materia de indemnización moratoria de cesantías parciales de los docentes, se citó una providencia del 9 de mayo de 2013, proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la cual se concluyó, que para efectos de contabilizarse el término de la prescripción de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, debía tenerse como inicio del conteo, el momento de la terminación de la vinculación laboral, que es cuando verdaderamente se causaba o se hacía exigible tal prestación social.

En ese mismo sentido, señaló, que la Sala Segunda de Decisión Oral de este Tribunal, en sentencia del 26 de mayo de 2016⁸, anotó que la docente que solicitó el pago de las cesantías parciales, a la fecha de presentación de la demanda, aun prestaba sus servicios como tal, por lo que la sanción moratoria causada a su favor, no se encontraba afectada de prescripción extintiva.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

Mediante auto de 28 de agosto de 2017⁹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

En proveído de 3 de octubre de 2017¹⁰, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo.

La parte demandante¹¹ alegó en esta instancia procesal, indicando que existía una errada interpretación de la norma (Ley 1071 de 2006) por parte del A-quo, respecto de la fecha a partir de la cual se empezaba a correr el

⁷ Proferida dentro del proceso radicado No. 70-001-006-2014-00018-01.

⁸ Proferida dentro del proceso radicado No. 70-001-006-2014-00061-01.

⁹ Folio 4, del cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 8, del cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folio 12 - 13, cuaderno de segunda instancia.

término de prescripción en materia de indemnización moratoria, pues, resultaba inadecuado hacerlo a partir del día 66, pues, en este punto existiría una incertidumbre sobre el tiempo de mora y el valor de la misma, además de desconocerse si al momento del pago de la prestación, la entidad procedería también al pago de la mora en que había incurrido en cumplimiento de un deber legal, hecho que no se podía desconocer con case en el principio de la buena fe.

Así las cosas, sostuvo, que en su caso, no existía prescripción del derecho pretendido, puesto que el inicio para el conteo de la prescripción no sería el 3 de octubre de 2013, fecha de vencimiento del plazo dispuesto en la ley para el pago oportuno de las cesantías, sino el día 11 de junio de 2009, fecha efectiva del pago de la prestación, siendo entonces, que el término de la prescripción comenzaría a correr a partir del 12 de junio de 2009 hasta el día 12 de junio de 2012 y resultando que la reclamación administrativa se hizo el día 11 de octubre de 2011, debe entenderse que se efectuó dentro del término legal.

La parte demandada¹² alegó extemporáneamente, reiterando que a la actora no le asistía el derecho al pago de la sanción moratoria, ya que las disposiciones que regulaban el auxilio de cesantías de los docentes, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contemplaban la indemnización moratoria, por el no pago oportuno, sino que señalaban, que el pago estaba sujeto a la condición suspensiva, de la disponibilidad presupuestal.

El Ministerio Público, no conceptuó en esta instancia procesal.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia. Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el

¹² Folio 14 - 19, cuaderno de segunda instancia.

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:

¿Procede reconocer y ordenar el pago de la sanción moratoria, pretendida por la 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 territorial¹³; 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.

¹³ 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.

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 especial¹⁴, concretamente, lo relacionado con las cesantías, pues, la forma de liquidación, depende de la condición de docente, bien sea nacional, nacionalizado o territorial, según el caso y de los que se encuentren vinculados, hasta el 31 de diciembre de 1989 y los que se vinculen con posterioridad al 1º de enero de 1990.

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

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley (...).

3. Cesantías: A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción 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

¹⁴ Sin perjuicio de lo relacionado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

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

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

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

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

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

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al petitionario dentro de los diez

¹⁵ Artículo 2° ibídem.

(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 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 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”.

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

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

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

La sanción y/o indemnización moratoria, se causa cuando vencen los 65 días hábiles siguientes, a la radicación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías, sean definitivas o parciales, indistintamente de que hubiese pronunciamiento posterior al vencimiento del plazo otorgado y finaliza su causación, cuando se produzca el efectivo pago al servidor o ex servidor, según sea el tipo de cesantías retiradas.

Sin embargo, debe precisarse, que estos términos albergan a los empleados públicos en general - verbi gracia empleados del orden nacional o territorial, de sector central o descentralizado por servicio -, cuestión que habría que adicionar, para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como quiera que éstos ostentan normas especiales, que regulan el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías, como son la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, en donde intervienen las Secretarías de Educación certificada, a la cual esté vinculado el docente y la fiduciaria, encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que para el caso es la FIDUPREVISORA S.A.

Sobre el particular, la Ley 962 de 2005, en su artículo 56, determinó el procedimiento enunciado, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”.

Por su parte, el Decreto 2831 de 2005, que reguló el articulado transcrito, estableció el trámite en sede administrativa para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al fondo, en los siguientes términos:

“Artículo 2°. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

- 1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*
- 4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.*
- 5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.*

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial,

que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley".

De esta manera, se deduce de las preceptivas anotadas, que se debe adicionar a los 65 días que establecen la Ley 1071 de 2006, quince (15) días más, correspondientes a la revisión del proyecto de acto administrativo, por parte de la fiduciaria que administre dichos recursos, por lo que, para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el plazo total será de ochenta (80) días¹⁷, para la cancelación de las cesantías parciales, desde la presentación de la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación¹⁸, hasta su efectivo pago.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

2.3.3.- Caso concreto.

Analizado el expediente, se evidencia que la señora JOSELINA PÉREZ LARA, en su calidad de docente en la Institución Educativa Gabriel García Márquez del Municipio de Corozal, elevó solicitud de retiro parcial de cesantías, el día 13 de mayo de 2008¹⁹; pedimento resuelto por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, mediante **Resolución No. No. 0074 de febrero 16 de 2009**²⁰, 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 **11 de junio de 2009**, conforme lo señala el Oficio No. 2011EE99218 del 1 de diciembre de 2011²¹, expedido por la Directora de Prestaciones Económicas de la Fiduciaria La Previsora S.A.

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 14 de mayo de 2008 y feneció el 9 de septiembre de 2008.

No obstante, se sabe en el proceso, que las cesantías parciales fueron canceladas el 11 de junio de 2009, 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

¹⁹ Tal y como se reconoce en la Resolución No. 0074 de febrero 16 de 2009, visible a Folios 21 - 23, cuaderno de primera instancia.

²⁰ Ibíd.

²¹ Folio 27, cuaderno de primera instancia.

5º de la Ley 1071 de 2006, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

Se puede apreciar, que el retardo, en el pago de las cesantías parciales, estriba en **273 días calendario**, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, 10 de septiembre de 2008, hasta el día anterior a su efectivo pago, 10 de junio de 2009.

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, esto es, \$1.698.112.00²², posteriormente, dividirlo entre 30, en aras de determinar el día de salario como docente, multiplicando su resultado por 273, que corresponde a los días en mora.

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 JOSEFINA PÉREZ LARA, por concepto de indemnización y/o sanción moratoria, la suma de \$15.452.819,2; sin embargo, tal derecho se ve afectado por el fenómeno de la prescripción.

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 clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley”*²³ o en otra acepción como *“concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo”*.

²² Según la Resolución No. 0074 de 16 de febrero de 2009, visible a Folios 21 – 23, cuaderno de primera instancia.

²³ 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.

Normativamente, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968²⁴, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Nacional 1848 de 1969²⁵, 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 oportunidades²⁶, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término 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,

²⁴ “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”.

²⁵ “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”.

²⁶ 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.

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 sanción²⁷.

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 aplicable²⁸, indica, que la fecha de exigibilidad de la sanción moratoria 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, se observa que la demandante radicó petición de pago de la sanción moratoria, ante la Fiduprevisora S.A., el día 3 de octubre de

²⁷ 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.

²⁸ 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.

2011²⁹. De igual forma se advierte, que petitionó **debidamente** la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006, ante la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo, el día 13 de septiembre de 2013³⁰, la cual dio lugar al acto administrativo traído a control judicial.

En orden de lo anterior, cuando se realizó formalmente 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 2008 y los tres años para reclamar, vencieron el 10 de septiembre de 2011, es decir, mucho antes de haberse formulado la petición.

De ahí que, la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción del derecho reclamado, debe ser confirmada.

3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas 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.

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,

²⁹ Folios 24 – 25, cuaderno de primera instancia.

³⁰ Folios 32 - 33, cuaderno de primera instancia.

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 16 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante. 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. del P.

TERCERO: 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. 0034/2018

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA