



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES
OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA
LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA
OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

SENTENCIA N° 035

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, dictar sentencia dentro del medio de control de la referencia, en dónde el objeto del proceso gravita en determinar si es procedente o no declarar la nulidad del acto presunto, originado por la petición presentada el 30 de julio de 2013, ante la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, en la que se negó de forma tácita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, al señor DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

II. DEMANDANTE

La presente acción fue instaurada por el señor DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 92.507.425 expedida en Sincelejo - Sucre.

III. DEMANDADO

La acción está dirigida en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- MUNICIPIO DE SINCELEJO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE SINCELEJO- FIDUPREVISORA S.A.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda¹

El señor DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado en contra las entidades previamente enlistadas, pretende lo siguiente:

- Se declare la nulidad absoluta del acto administrativo presunto originado de la petición incoada el 30 de julio de 2013, ante la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles, después de haber radicado la solicitud de cesantías parciales, ante la dependencia municipal antes mencionada y hasta cuando se hizo el pago efectivo del mismo.
- Se reconozca y pague los intereses moratorios de las cesantías reconocidas, mediante la Resolución N° 350 del 8 de octubre de 2008, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles, después de haber radicado la

¹ Fl. 1-18, C. N° 1.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

solicitud de cesantías parciales, ante la dependencia municipal antes mencionada y hasta cuando se hizo el pago efectivo del mismo.

- A título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada, al reconocimiento de los intereses moratorios, establecidos en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles, después de haber radicado la solicitud de cesantías parciales, ante la dependencia municipal antes mencionada y hasta cuando se hizo el pago efectivo del mismo
- Se condene a las entidades demandadas al pago de la indexación e intereses a que haya lugar, conforme al artículo 195 del CPACA.
- Que se condene a las entidades demandadas, al cumplimiento del fallo que se profiera en el presente proceso, de acuerdo con los artículos 192 y Ss. del CPACA.
- Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del artículo 188 del CPACA.

4.2. Hechos².

La Sala los compendia, así:

El señor DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ, indicó en la demanda que, laboró al servicio de la docencia oficial, asignado a la Institución Educativa Rafael Núñez del Municipio de Sincelejo.

Refirió que, el día 18 de junio de 2008, radicó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales, ante la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, entidad encargada de tramitar dicho asunto ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005.

² Fl. 2-3.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

En virtud de lo anterior, a través de la Resolución No. 350 de fecha 8 de octubre de 2008, suscrita por la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo, siendo puestos a disposición del docente por la FIDUPREVISORA S.A., el día 10 de febrero de 2011.

En efecto, señaló se estableció diáfamanamente la existencia de mora en el pago de la prestación mencionada, lo cual afirmó generó obligaciones adicionales para él, debido al retardo en el pago del auxilio deprecado, moratoria que expresó, se configuró a partir de los 65 días hábiles después de la radicación de la solicitud, es decir, el 19 de septiembre de 2008, hasta la fecha efectiva del pago, esto es, el 10 de febrero de 2011, conforme con la Ley 1071 de 2006.

En ese orden, manifestó que elevó una solicitud ante la Secretaria de Educación Municipal de Sincelejo, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a efectos de que se reconociera y ordenara el pago de los intereses moratorios adeudados por la tardanza en el pago del auxilio de cesantías, petición esta, que fue remitida a la FIDUPREVISORA S.A. quien contestó dicho requerimiento aludiendo a que su respuestas no constituían actos administrativos, dada su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Posteriormente, enunció que, acudió el 30 de julio de 2013, ante la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, requiriendo nuevamente el reconocimiento y pago de los intereses de mora; solicitud que aseveró hasta ahora, no ha suscitado una respuesta de la dependencia pública; razón por la cual, consideró se ha producido la existencia de un acto administrativo ficto o presunto negativo.

Por último, declaró que, se presentó el agotamiento de la vía gubernativa al convocar audiencia de conciliación extrajudicial que resultó fallida por no haber ánimo conciliatorio.

4.3. Normas violadas y concepto de violación³.

Esgrimió como normativas conculcadas, la Constitución Nacional de forma genérica y los principios de debido proceso y favorabilidad; de otra parte, como normas de

³ Ver folio 3 – 10 C. Ppal.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

orden legal, esgrimió los artículo 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 desarrollo del concepto de violación argumentó que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contaba con un término de 65 días, después de haber realizado la petición para el pago del auxilio de cesantías, para disponer la entrega del mismo; no obstante, al haberse acreditado la no cancelación dentro del término previsto en las normas citadas, se generó el pago de los intereses moratorios, en calidad de sanción por el no pago oportuno de la prestación social.

Adicionalmente, citó antecedentes jurisprudenciales emanados del Consejo de Estado y la Corte Constitucional para apoyar sus pretensiones.

4.4. Contestación de la demanda.

4.4.1. Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por carecer del sustento fáctico y jurídico necesario para su prosperidad.

En ese sentido, sostuvo que el acto administrativo demandado, se encuentra amparado por la presunción de legalidad, la cual no ha sido desvirtuada en la demanda, puesto que, no se acreditó que este haya sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, sin competencia, en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

Igualmente, expuso que de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, reglamentada por el Decreto 2831 de 2005 la FIDUPREVISORA S.A, es la entidad que administra los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y por ende le corresponde efectuar los pagos prestacionales conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁴ Fl. 96 – 106 reverso.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Así mismo, indicó que esta sujeción presupuestal, es la que precisamente constituye la mora en el pago de las prestaciones sociales, dado que los pagos solo se realizan cuando existe la disponibilidad presupuestal y en estricto orden cronológico tanto de aprobación como de recepción de las resoluciones que las reconocen, conforme lo establece la Ley 344 de 1996.

De otra parte, manifestó que en el caso específico de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado en la ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, razón por la cual, al no establecerse en estos preceptos legales la existencia de una sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio, no le asiste tal derecho al actor.

Adicionalmente, como apoyo a sus razonamientos, citó tres providencias de la Corte Constitucional, identificadas como T-293 de 1996, C-314 de 1998 y C-552 de 1998, una providencia del Tribunal Administrativo de Antioquía (Rad. 2012-168) y una providencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (Rad. 2012-452-01).

Por último, propuso las excepciones de “*inexistencia de la obligación*”, “*cobro de lo no debido*”, “*prescripción*”, “*compensación*”, “*caducidad*”, “*excepción genérica o innominada*” y “*buena fe*”.

V. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se presentó el 22 de mayo de 2014⁷; seguidamente se inadmitió mediante auto del 13 de junio siguiente⁸, realizado en término legal el saneamiento de la demanda⁹, se admitió mediante auto del 23 de julio de 2014¹⁰, notificándose personalmente a la parte demandada, por mensaje dirigido al buzón electrónico de la entidad, el día 26 de septiembre de los corridos¹¹; a continuación, por auto del 9 de marzo de 2015¹², se fijó fecha de audiencia inicial de conformidad con lo preceptuado en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la cual se celebró el 7 de abril de este año¹³,

⁷ Fl. 18 y 32.

⁸ Fl. 34-35.

⁹ Fl. 39.

¹⁰ Fl. 45-46

¹¹ Fl. 53.

¹² Fl. 137 y reverso.

¹³ Fl. 146-153.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

en la que entre otras se resolvió la excepciones previas planteadas, declarando la falta de legitimación del Municipio de Sincelejo y la FIDUPREVISORA S.A., en la controversia, disponiendo finalmente la fecha para la celebración de la audiencia de pruebas, la cual se llevó a cabo el 5 de mayo del año en curso¹⁴, en la que se ordenó prescindir de la audiencia de alegatos y juzgamiento, corriendo traslado a las partes para que presentarán por escrito los alegatos de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante.¹⁵

En esta oportunidad insistió en los argumentos expuesto en el libelo introductorio de la demanda, según los cuales teniendo en cuenta la flagrante moratoria en la que incurrió el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, después de transcurrido los 65 días hábiles siguientes a la radicación de los documentos en la Secretaría de Educación respectiva, se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

6.2. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹⁶.

Iteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda, solicitando la negativa de las pretensiones esgrimidas.

6.3. Ministerio Público¹⁷

El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, rindió concepto de fondo, sugiriendo que se nieguen las pretensiones de la demanda, aduciendo que a pesar de que el actor tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, esta se encuentra prescrita, puesto que desde el 10 de febrero de 2011, fecha en que se hizo el pago del auxilio de cesantías reconocido en la Resolución N° 350 de 2008, hasta la fecha de presentación de la demanda, ya han transcurrido más de tres años;

¹⁴ Fl. 231-234.

¹⁵ Fl. 243-246.

¹⁶ Fl. 247-249.

¹⁷ Fl. 238-242.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

luego entonces, se encuentra configurado el fenómeno citado, por lo que no puede acceder al reconocimiento y pago solicitado por el demandante.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

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

Previó a entrar a resolver el fondo del asunto, considera este Sala pertinente señalar que el tema objeto de la *litis*, ha sido tratado por este Tribunal con suficiencia en anteriores oportunidades¹⁸; por lo tanto, se reiterará lo ya expuesto sobre este tema.

7.2. Acto administrativo demandado.

Con la demanda se pretende la nulidad del acto presunto, originado por la petición presentada el 30 de julio de 2013, ante la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías, que fue aprobado mediante la Resolución N° 350 del 8 de octubre de 2008.

7.3. Problema jurídico.

Conforme el marco establecido en la etapa de fijación del litigio, dentro de la audiencia inicial celebrada en el *sub judice*, el problema jurídico se centra en determinar si:

¿El señor DOMINGO JOSÉ MADERA tiene derecho a que se declare la nulidad del acto ficto o presunto a la petición presentada el 30 de julio de 2013 ante la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, y en consecuencia se le reconozca y pague la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, o por el contrario no le asiste ese derecho por encontrarse prescrita la sanción deprecada?

¹⁸ Sala Primera de Decisión Oral, Sentencia N° 146 del 18 de septiembre de 2014, M.P. Dr. Luis Carlos Alzate Ríos, Radicado N° 2012-00147-01.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

¿Es la inexistencia de disponibilidad presupuestal, un hecho que exonera a la entidad pagadora de la sanción estudiada?

Para solventar el mérito del *sub examine*, la Sala hará alusión a los siguientes temas a saber: (i) Régimen legal de las cesantías para los docentes públicos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; (ii) La sanción moratoria consagrada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 y su aplicabilidad a los servidores públicos docentes; (iii) Prescripción de la sanción moratoria; (iv) Caso concreto; y (v) Conclusión.

7.4. Régimen legal de las cesantías para los docentes públicos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Teniendo en cuenta el tema en debate, se hace necesario estudiar la prestación principal de la que se pretende derivar la sanción moratoria, como obligación económica accesoria a la primera.

Las cesantías son claramente una prestación social que busca proteger al trabajador, como su nombre lo indica, cuando quede cesante. Por lo anterior, se han regulado varios sistemas de causación, reconocimiento, liquidación y pago, pero con relación al último punto, el pago, siempre se busca que se consiga el fin perseguido, limitando el mismo a la finalización de la relación laboral (liquidación definitiva) o a casos excepcionales regulados por la ley, como son la financiación de los gastos por estudio, o para la compra o mejoramiento de vivienda (liquidación parcial).

El tema de las cesantías de los docentes, se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989, así:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1.º de enero de 1990, para efecto de las **prestaciones económicas y sociales se registrarán 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:

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.

A. *Para los docentes que se vinculen a partir del 1.º 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 1.º 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.”*

Según lo expuesto, existen dos regímenes de liquidación de cesantías del personal docente, acorde con la fecha de vinculación al servicio público, así:

1. Los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, que poseen el régimen conocido como de cesantías retroactivas, y por ende regidos por el literal A, ya transcrito.
2. Y los vinculados con posterioridad a la fecha indicada, que poseen un régimen de liquidación anual de dicha prestación social, y regulados por el literal B, ya indicado.

Se aclara que, conforme el aparte resaltado en negrilla de la norma ya transcrita, la forma de liquidar las cesantías, salario base de liquidación y factores a tener en cuenta, claramente se rige por las normas de los servidores públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, punto este del que se

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

llama la atención y se volverá sobre el mismo al momento de determinar la viabilidad de aplicarles a estos servidores públicos, la sanción moratoria en estudio.

Sobre el tema de las cesantías y para mayor claridad, se trae a colación la siguiente providencia del Consejo de Estado sobre el tema, que reitera y aclara lo ya indicado:

“DE LAS CESANTÍAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS

La Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

*En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los **nacionalizados**, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del **Gobierno Nacional**, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los **vinculados a partir de** esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975¹⁹.*

El artículo 4º de esta Ley señala, que el Fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de su promulgación²⁰ y con observancia de lo dispuesto por su artículo 2º, que a su turno en su numeral 2º establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975 así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión o entidades que hicieran sus veces y a las cuales venía vinculado este personal.

El Parágrafo del artículo 2º de esta Ley establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, hasta la fecha de su promulgación se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

*Por su parte, el Numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: los **docentes nacionalizados** que figuren vinculados hasta el 31*

¹⁹ Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”. Artículo 10º.- “En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional”.

²⁰ Resalta la Sala que la Ley 91 de 1989 entró en vigencia el 29 de diciembre de esa anualidad.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

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, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, 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.

De manera particular, en lo que a las **cesantías** hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, **para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, dicho Fondo 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. Y 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 solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 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 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 continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.”²¹

²¹ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Consejero ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 25 de marzo de 2010. Radicación número: 2003-01125-01 (0620-09).

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Aclarado el tema de las cesantías de los docentes, pasa la Sala a estudiar la obligación accesoria a esta, como es la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas o parciales.

7.5. La sanción moratoria consagrada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 y su aplicabilidad a los servidores públicos docentes.

La ley ha propendido porque las cesantías sean pagadas a buen término, dado que, como ya se indicó, las mismas buscan proteger al trabajador cesante (pago de cesantías definitivas) o financiar una serie de bienes y servicios de finalidad prioritaria para el trabajador (vivienda y estudio, pago de cesantías parciales); por lo que ha consagrado una sanción por su no pago oportuno, de la siguiente forma, aclarando la Sala que, por la falta de unidad en las decisiones en torno al punto, transcribirá las normas que la consagran, *in extenso*, para plantear la interpretación propia que sobre el tema se desarrollará:

“Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

*Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley 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.*

*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

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

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.*

Artículo 6°. Inspección, vigilancia y control. Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los Servidores Públicos, cumplan con los términos señalados en la presente ley.

Igualmente, vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución.

Artículo 7°. La presente ley rige a partir de su promulgación.”

Para dar un correcto entendimiento a la norma en comento, y en especial a su alcance y aplicación, se acudirá a los debates dados al momento de su aprobación, en los que encontramos:

Exposición de motivos al momento de presentar el proyecto:

“PROYECTO DE LEY 44 DE 2005 SENADO.

...

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Presento a consideración del Congreso de la República el proyecto de ley, por medio de la cual se reglamenta el pago de las cesantías parciales a los servidores públicos y se fijan términos para su cancelación.

Los incisos dos y tres del artículo 53 de la Constitución Política, al referirse a la facultad del Congreso para expedir el estatuto del trabajo, aseguran que la Corporación Legislativa tenga en cuenta como mínimo algunos principios fundamentales entre los que podemos destacar:

"... Igualdad de oportunidades para los trabajadores;...

"El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales".

Como está redactada la norma constitucional, se deduce fácilmente que las leyes expedidas en materia laboral deben tener en cuenta, **primero el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, para todos los trabajadores, sin excepción.** Ello quiere decir que la normatividad no puede ser diferente entre el sector público y el sector privado.

Sin embargo, en Colombia, mientras en el sector privado, los trabajadores pueden acceder a sus cesantías parciales para financiar la compra de vivienda, construcción, reparación, etc..., o para financiar estudios en diferentes campos, ya sea de ellos o de sus hijos en diferentes niveles, en el sector público no es posible.

Por ello creemos que **el régimen prestacional debe ser unificado**, no sólo en lo que tiene que ver con las cesantías totales, sino en lo que hace al retiro de las cesantías parciales, evitando con ello la diversidad de regímenes que es precisamente lo que pretende esta iniciativa legislativa.

Lo anterior sirve también de sustento para explicar el ámbito de aplicación del proyecto de ley que pongo a su consideración, el cual cubre **a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder** e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos **y de educación**. Es decir involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial.

...

Germán Vargas Lleras,
Senador de la República.²²

(Énfasis Añadido)

Ponencia primer debate en Senado:

"Esta diferencia hace necesario que se **unifique el régimen prestacional** especialmente en lo que tiene que ver con el retiro de las cesantías parciales, el cual cubriría y beneficiaría **a todos los funcionarios públicos y servidores estatales** de las tres Ramas del Poder Público, incluida

²² Ver el siguiente enlace:

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=44&p_consec=11239

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

la Fiscalía General, los Órganos de Control, las Entidades que prestan servicios públicos y de educación. Se busca involucrar a todo el aparato del Estado tanto al nivel nacional como territorial.

...

Flor M. Gnecco Arregocés, Jesús Puello Chamié,
Senadores Ponentes.²³

(Énfasis Añadido)

Ponencia para primer debate Cámara de Representantes:

Antecedentes del proyecto

El presente proyecto de ley tiene sus antecedentes en la necesidad del Estado de garantizar a **todos los colombianos el derecho a la igualdad** que contempla el artículo 13 de la Carta y de manera muy especial la igualdad de oportunidades para el trabajador colombiano **en cuanto al régimen prestacional** que tiene claras diferencias entre el sector público y privado, en lo que concierne a la utilización de sus cesantías parciales o totales. Se pretende entonces complementar el contenido de la Ley 244 de 1995 en donde se reglamentó esta materia, pero que aún quedan vacíos que es necesario entrar a reglamentar. Así las cosas, la presente iniciativa que fue presentada inicialmente en la Legislatura de 2003 al 2004 por el honorable Senador Germán Vargas Lleras (quien también había sido autor de la Ley 244 de 1995), pero que no cumplió satisfactoriamente su trámite legislativo en aquel momento, ha sido presentada nuevamente para su respectivo estudio, surtiendo los dos debates respectivos, en la Comisión Séptima de Senado y la respectiva Plenaria, para ser considerado por esta Cámara a partir de la presente ponencia.

2. Constitucionalidad del proyecto

El presente proyecto de ley cumple con lo dispuesto en los artículos 154 y 158 de la Constitución Nacional, en cuanto a que es de iniciativa legislativa y cumple con el requisito de Unidad de Materia.

A su turno, el artículo 53 de la Carta Magna, faculta al Congreso de la República para que expida el Estatuto del Trabajo. Pero exige la Constitución que esta ley debe reunir los principios mínimos fundamentales, los cuales no puede el legislativo omitir, pues estaría violando un mandato constitucional. Se encuentra entonces los siguientes preceptos: igualdad de oportunidades para los trabajadores; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; el Estado garantizará el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Como se puede observar, se consagra la igualdad de oportunidades para los trabajadores, lo que indica que no se debe hacer ninguna distinción, discriminación o clasificación de los trabajadores colombianos, ya sea por su nivel salarial, por trabajar en empresas públicas o privadas, por tener

²³ Ver el siguiente enlace:

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=44&p_consec=11478

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

una profesión o desempeñar un cargo específico o por el tiempo laborado, entre otros. Y aunque bien es cierto, que aún no existe un Estatuto del Trabajo, no quiere ello decir que el legislativo no puede presentar proyectos de ley que favorezcan a los trabajadores colombianos.

...

Sin embargo, se encuentra una diferencia notoria en cuanto al Régimen Especial de Auxilio de Cesantías para el sector público y privado.

...

3. Objetivo del proyecto

*El proyecto plantea como objetivo regular el pago de las cesantías ya sean parciales o definitivas a **los servidores públicos**, establecer sanciones y fijar términos para su cancelación. Esta regulación se propone adicionando y modificando la Ley 244 de 1995, por cuanto en ella se fijan los términos para el pago definitivo de las cesantías y se establecen algunas sanciones.*

...

5. Análisis del proyecto

*Esta iniciativa legislativa pretende dar cumplimiento **al principio de igualdad** para los trabajadores colombianos, por cuanto se conoce por todos, que los empleados del sector privado con la Ley 50 de 1990 se encuentran en mejores condiciones para acceder a las cesantías tanto en forma parcial como definitiva. Esta situación favorece al empleado del sector privado en el sentido en que puede él continuar sus estudios universitarios, apoyar a su cónyuge, hijos o compañero(a) permanente o adquirir o mejorar su vivienda y así satisfacer una necesidad sentida en el núcleo familiar. ...*

*César Augusto Andrade Moreno,
Representante Ponente”²⁴*

(Negrillas para resaltar)

De las anteriores referencias, no quedan dudas al interprete que la finalidad del legislador no fue otra que incluir dentro de la regulación de lo que posteriormente sería la Ley 1071 de 2006, a TODOS los servidores públicos, considerando de forma expresas en sus debates a los del sector educativo. Así, la interpretación histórica de la norma, claramente nos indica que se aplica a los docentes.

²⁴ Ver el siguiente enlace:
http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=208&p_consec=12179

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Por su parte, la misma norma en su tenor literal, igualmente nos lleva a interpretar que se aplica a todos los funcionarios al servicio del Estado, tal como se infiere del texto mismo de los artículos 1, 2 y parágrafo del 5, que se redactan de forma genérica, y por ende, predicable los trabajadores y empleados estatales en términos universales.

A igual resultado nos conduce, el interpretar la integridad de la Ley 1071 de 2006, a la luz del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, estudiado en el acápite anterior, al momento que esta norma remite a las normas generales de los empleados públicos del orden nacional (Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978) por lo que en este punto es claro que los docentes no poseen un régimen especial, y se rigen por las normas generales sobre el tema.

Adicionalmente, en caso de que la interpretación nos genere duda sobre su aplicabilidad al sector docente, la misma se nos despejará al momento en que acudimos al principio universal del derecho laboral del *in dubio pro operario*, de consagración constitucional (artículo 53 de la C.P.) y el derecho a la igualdad (artículo 13 de la misma obra) por lo que la interpretación conforme a la constitución, igualmente nos enfoca en la aplicabilidad de la norma al sector docente.

La anterior explicación, es menester realizarla, dado que la aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 a los docentes, ha dado lugar a que se presenten interpretaciones diferentes por parte de los operadores judiciales, que en su autonomía e independencia, pueden llegar a resultados disimiles al analizar la misma norma²⁵.

Aclarado el campo de acción, que para este Tribunal incluye al sector de los empleados públicos de la educación, es menester estudiar en sí la forma como se

²⁵ En este punto, se puede observar la siguiente providencia del Consejo de Estado, en donde esta alta corporación al momento de estudiar una tutela contra providencia judicial, avala la interpretación autónoma que hace un tribunal administrativo, por no existir unidad de criterios sobre el punto en la jurisprudencia. Ver: Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P.: DR. Bertha Lucía Ramírez De Páez. Sentencia del 27 de junio de 2013. Ref: Expediente No. AC-1100103-15-000-2013-00446 00. “Un aparte de esta, nos ilustra: “Teniendo en cuenta lo expuesto, actualmente no existe un criterio unificado por esta Alta Corporación en lo relacionado con el pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías a los Docentes, por lo que mal podría exigirse una única postura al respecto, pues como quedó evidenciado, los criterios encontrados se encuentran debidamente fundamentados, bajo criterios jurídicos razonables.”

En el mismo sentido la siguiente providencia de la misma corporación, sala y sección: Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 5 de julio de 2012. Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00947-00(AC).

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

causa la sanción en análisis y para ello, basta con traer las palabras del máximo tribunal de lo contencioso administrativo sobre el punto:

“De conformidad con la normatividad transcrita, se concluye²⁶:

- 1. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas;*
- 2. La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de esta ley es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, aquella donde laboró el ex empleado, y por lo tanto, según la norma, es aquella a quien se le concede un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, para hacer efectiva la prestación liquidada;*
- 3. La liquidación de la cesantía definitiva debe estar contenida en una resolución correspondiente a la petición de la persona interesada, entendiéndose retirada, para lo cual la entidad donde prestó sus servicios -liquidadora- tiene un término de quince (15) días hábiles para emitirla. Por lo anterior debe entenderse que las entidades diseñan o señalan mecanismos para que los interesados hagan la solicitud pertinente en relación con la prestación que corresponde a su retiro de la entidad empleadora;*
- 4. La entidad pagadora debe realizar la cancelación de los valores liquidados por este concepto dentro del término de los 45 días hábiles de que trata el artículo 2º precedente so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.”²⁷*

Sobre el mismo tópico, esa Corporación en otro pronunciamiento, manifestó:

“Sobre el cómputo de la sanción moratoria, la Sala Plena del Consejo de Estado, dejó en claro a partir de qué fecha se debe contabilizar, con el siguiente tenor literal:

“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

²⁶ Consejo de Estado, sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. No. 4597-01, M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, precisa la forma de contabilizar los términos señalados en la anterior norma, ante la ausencia de pronunciamiento de la administración en relación con el pago de las cesantías definitivas. La Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 27 de marzo de 2007, Expediente No. 2777-04. M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, al respecto ha hecho igual precisión.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P: Dra. Bertha Lucia Ramírez De Páez. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 2005-01994-01(2624-07).

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

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

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante.”²⁸

Como quedó establecido, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995, previendo que luego de presentada la solicitud la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, 5 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago.”²⁹

Así las cosas, queda claro de conformidad con la exposición contenida en los apartes jurisprudenciales antecedentes, que la sanción moratoria por el no pago de las cesantías parciales o definitivas regulada en la Ley 1071 de 2006, inicia su conteo a partir del día 65 al cual se presentó la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación, finalizando el día que se cancele al trabajador o ex trabajador, dicho monto.

Se aclara que el anterior resulta ser el plazo aplicable a los empleados públicos en general, dado que en tratándose de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, las normas especiales que regulan la materia, los artículos 56

²⁸ Sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. No. 2000-02513- 01. (2777-2004).

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P: Dra. Bertha Lucia Ramírez De Páez. Sentencia del 21 de mayo de 2009. Radicación N° 2004-00069-02 (0859-08).

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

de la Ley 962 de 2005³⁰ y 4 del Decreto 2831 de 2005³¹, al establecer en dichos trámites la intervención de las secretarías de educación de los entes territoriales descentralizados en educación y la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo del fondo, adicionan a dicho plazo quince (15) días, para la revisión del proyecto de acto administrativo por parte de la fiduciaria que administre dichos recursos, por lo que para este caso el plazo total será de ochenta (80) días desde la presentación de la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación³².

7.6. Prescripción de la sanción moratoria.

La doctrina y la jurisprudencia han definido la prescripción como *“La extinción de un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado [...] Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular...”*

En tratándose del acaecimiento de este fenómeno en materia de prestaciones sociales, resulta menester recurrir a lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, el cual señala:

“Artículo 41º.- 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.

³⁰ “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.”

³¹ “Artículo 4º. 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.”

³² En este sentido la Corte Constitucional nos ilustra: *“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. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

El simple reclamo 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.”.

Ahora bien, debe aclararse que no existe una norma expresa que reglamente esta penalidad en relación de otros derechos laborales que trata la normativa en cita; sin embargo, esto no indica que la sanción moratoria sea imprescriptible, sino que apareja la aplicación analógica del artículo 151 del C.P.T., con la excepción que exista una disposición específica que regule tal asunto en determinado caso.

Precisamente, el H. Consejo de Estado al respecto ha puntualizado³³:

Al respecto, en sentencia del 21 de marzo de 2002, Subsección B, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, M. P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado³⁴, radicado Interno No. 4238-2001, se manifestó:

“(…) No cree la Sala que el vacío normativo que presenta el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, conlleve radicalizar la tesis de la imprescriptibilidad del derecho salarial o permitir subsidiariamente la vigencia del término veintenario contemplado en el artículo 2536 del C.C., puesto que en una interpretación sistemática, es preciso reconocer que la PRESCRIPCIÓN de los derechos laborales no previstos en dicha norma se regula por otras disposiciones que establezcan la materia.

En este sentido, es de recibo aplicar el trienio prescriptivo que se enuncia en el artículo 151 del C.P.L. y que consagra este fenómeno para “las acciones que emanen de las leyes sociales”, norma que por su carácter de orden público y ante la ausencia de precepto normativo de carácter especial, es viable para suplir esta falencia por aplicación analógica. La Ley 153 de 1887 artículo 8° al preceptuar los principios de interpretación jurídica, acepta como regla de hermenéutica la analogía cuyo alcance se explica en que “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes,…”.

Acudiendo al artículo 151 del C.P.L. en vigor de la pauta analógica, es dable concluir, que aun otorgando a esta norma un alcance estrictamente privatista, contiene una materia común extensible para los empleados públicos, porque es innegable la relación laboral que surge

³³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de mayo de 2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 1219-12.

³⁴ Posición reiterada por esta Subsección, en sentencia del 28 de enero de 2010, Expediente No. 050012331000199901198-01 (0005-2008) Actor: Carlos Mario Jaramillo López, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

respecto de ambas modalidades, luego existe una “materia semejante” que colma el vacío normativo regulador del régimen prescriptivo salarial para los empleados públicos.

La norma referida no tiene un alcance estrictamente privatista y siendo así, no existen elementos indicadores que permitan deducir que la expresión trienal está limitada a temas tratados específicamente para regular el sector privado. En consecuencia, la PRESCRIPCIÓN contemplada en el artículo 151 del C.P.L., abarca los derechos tanto de los servidores públicos como de los trabajadores particulares, a menos que existan normas especiales que regulen términos prescriptivos, verbigracia el artículo 23 del Decreto-Ley 1045 de 1978.”.

Definido entonces el anterior eje temático, sin ahondar en mayores elucubraciones se adentra ahora este Cuerpo Colegiado a estudiar el caso concreto.

7.7. Caso Concreto

El actor solicitó la liquidación y pago parcial de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 18 de junio de 2008, y de ello de cuenta la Resolución N° 350 del 8 de octubre de 2008, expedida por el Secretario de Educación del Departamento de Sucre en nombre de la entidad demandada (Fl. 23-25, 80-82).

Que los ochenta (80) días, como plazo del que ya se habló, fenecieron el 14 de octubre de 2008. Que el pago se realizó el día 10 de febrero de 2011 (Fl. 27) por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía parcial reclamada, incurrió en una mora entre el 15 de octubre de 2008 y el 9 de febrero de 2011, para un total de 834 días de mora.

En este contexto, es preciso señalar que la Sala entrará a examinar ahora, el acaecimiento o no de la excepción prescripción de la sanción moratoria, la cual fue propuesta por la parte demanda con la contestación de la demanda; sin embargo, en el trámite de la audiencia inicial, se dispuso su solución en esta etapa.

Según se detalla en la demanda y se corrobora en el plenario, el día 19 de abril de 2011 (Fl. 26 y 26 bis), por conducto de apoderado y mediante derecho de petición, dirigido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación y Cultura Municipal de Sincelejo, pero presentado ante la FIDUPREVISORA S.A., el señor Domingo José Madera Pérez, solicitó el reconocimiento de intereses moratorios, ante la relacionado con el reconocimiento

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

y pago de las cesantías parciales, las cuales habían sido reconocidas a través de la Resolución N° 350 del 8 de octubre de 2008, de conformidad con lo prescrito en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

La FIDUPREVISORA S.A., resolvió la petición presentada, argumentando que no era procedente la petición presentada.

Con posterioridad, el actor presentó una nueva petición 30 de julio de 2013 (Fl. 28-29), dirigida contra las mismas entidades, en el cual reiteró en los mismos términos el reconocimiento de los intereses moratorios adeudados por la consignación tardía de sus cesantías parciales.

En este orden de ideas, el artículo 489 del C.S.T., sobre la interrupción de la prescripción dispone:

*“ARTICULO 489. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, **interrumpe la prescripción por una sola vez**, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.”*

Acorde con lo dispuesto en la norma en comentario, se advierte que la prescripción de la sanción moratoria, debe contabilizarse a partir de la *primera petición* de reconocimiento de la penalidad, la cual como se señaló fue elevada el **19 de abril de 2011**; luego entonces, el actor tenía como plazo límite para requerir el reconocimiento por la vía judicial de su sanción el día **19 de abril de 2014**, so pena de no poder acceder a ella; así las cosas, la demanda fue interpuesta el **22 de mayo de 2014** (Fl. 18), momento para el cual aparentemente se había estructurado la prescripción extintiva de la respectiva sanción moratoria.

Empero, debe observarse que el 25 de marzo de 2014³⁹, el actor presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 44 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual llevó a cabo la diligencia de conciliación el 15 de mayo de 2014, declarándose fallida por no existir animo conciliatorio y se dispuso la expedición de la respectiva constancia el **21 de mayo de 2014**.

³⁹ Faltando 25 días para vencer el término.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Conforme, lo anteriormente examinado, se advierte que el fenómeno aludido no se configuró en este caso, puesto que el término de prescripción se encontró suspendido entre las fechas 25 de marzo de 2014 y 21 de mayo de 2014, en virtud del artículo 3° del Decreto 1716 de 2009⁴⁰; luego entonces, es dable el reconocimiento de la sanción moratoria al extremo activo de la *litis*.

De otra parte, quiere la Sala indicar respecto a los parámetros dispuestos en la Ley 1071 de 2006, que la finalidad y objetivo de esta disposición no es otro que compeler el pago oportuno de las cesantías de los trabajadores, en igualdad de condiciones; por lo tanto, no puede ser un argumento de recibo el hecho de que la entidad no cuente con la disponibilidad presupuestal para atender dentro de los perentorios y claros plazos consagrados en la ley, para justificar la mora que incurrió en el pago efectivo de la prestación reclamada, por lo que la Sala desecha este argumento de la parte demandada.

En todo caso, respecto a las excepciones de fondo planteadas en la contestación de la demanda a saber: “*inexistencia de la obligación*”, “*cobro de lo no debido*”, “*compensación*”, “*excepción genérica o innominada* y “*buena fe*”, se avista que al encontrarse demostrada la mora en el pago de las cesantías por la entidad demandada, estos medios exceptivos no tienen sustento alguno; por lo tanto, se negaran.

Colofón, la liquidación de la sanción moratoria se efectuara de la siguiente forma, los 834 días correspondientes al retardo en la consignación del auxilio de cesantías, se multiplicaran por el valor del día de trabajo del actor para el año 2008, el cual se encuentra constituido por la sumatoria de la asignación básica, más el subsidio de alimentación (Fl. 228 C. N° 2), cálculo que se estima así:

⁴⁰ Artículo 3°. Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

- a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o
- b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de la Ley 640 de 2001, o
- c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.

En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanuda a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.

La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES- LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 - PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

$$\$1.013.132 + \$37.533 = \$1.050.665$$

$$\$1.050.665 / 30 \text{ días} = \$ 35.022,16$$

$$\$ 35.022,16 \times 834 \text{ días} = \$ \mathbf{29.208.481,44}$$

Corolario de lo anterior, la suma de VEINTINUEVE MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL PEOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$ 29.208.481,44), será indexada de conformidad con el inciso final del artículo 187 del CPACA, con la fórmula:

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice final (julio de 2015)}}{\text{Índice inicial (octubre de 2008)}}$$

$$Ra = \$29.208.481,44 \times \frac{122,08236}{99,28265} = \$ \mathbf{36.134.116.}$$

Por lo tanto, la parte demandada, sufragará al señor DOMINGO MADERA PÉREZ por concepto de sanción moratoria, es la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO DIECISÉIS PESOS (\$ 36.134.116.); suma que se seguirá actualizando hasta la fecha del pago

VIII. CONCLUSIÓN

En este contexto, considera esta Corporación que la respuesta al primer problema jurídico planteado es positiva, por cuanto se acreditó que el legislador en la Ley 1071 de 2006, no excluyó a los docentes oficiales de la aplicación de la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantías, *a contrario sensu* su inclusión fue asentada en la exposición de motivos de la norma en cita, dado que el propósito de la misma era unificar el régimen prestacional a todos los servidores públicos, incluyendo los del sector de educación, los cuales no tienen un régimen especial y por lo tanto, se rigen por las normas generales sobre el tema; aunado a ello, la sanción moratoria conforme se analizó en el *sub examine* no se encuentra prescrita, luego es dable su reconocimiento.

Relativo al segundo interrogante jurídico hilvanado, la respuesta será negativa, dado que la inexistencia de la disponibilidad presupuestal, como causal de exculpación para

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES– LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

el incumplimiento del pago oportuno del auxilio de cesantías, no es un argumento viable, en tanto son las mismas normas reguladoras de la materia las que establecen 80 días como término en los cuales debe cumplir la entidad pública nominadora con el pago de la respectiva obligación prestacional.

8.1. Condena en Costas

En lo que respecta a la condena en costas, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En ese sentido, al prosperar las pretensiones de la demanda, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Sucre - Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probada las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, excepción genérica o innominada y buena fe, propuestas por la apoderada de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad absoluta del acto administrativo presunto, suscitado por la petición de 30 de julio de 2013, presentada ante la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, a través del cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria al señor DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

Expediente: 70-001-23-33-000-2014-00116-00
Actor: DOMINGO JOSÉ MADERA PÉREZ
Demandados: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES- LA SANCIÓN MORATORIA DE QUE TRATA LA LEY 1071 DE 2006 – PLAZO PARA LA RESPUESTA OPORTUNA, EN LOS CASOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por los días de mora que se configuraron desde el 15 de octubre de 2008 y el 10 de febrero de 2011, equivalentes numéricamente a 834, los cuales se tasan como valor indexado en la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO DIECISÉIS PESOS (\$ 36.134.116). Suma que se seguirá actualizando hasta la fecha del pago.

CUARTO: CONDENAR en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, conforme lo establece el Código General del Proceso en sus artículos 365 y 366.

QUINTO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación y **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 103.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

(Con salvamento de voto)

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado