



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BÁNQUEZ
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

SENTENCIA No. 006

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, resolver las apelaciones impetradas, tanto por la parte demandante como por la demandada¹, Nación - Ministerio de Educación Nacional -

¹ Se aclara que, si bien, en el auto admisorio del recurso de data 6 de agosto de 2015 (fl. 6 del C. de alzada No. 2) sólo se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, ello obedeció a un error

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia del 07 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. Objeto de las pretensiones.

NANCY DEL CARMEN CANCIO BÁNQUEZ, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra de la I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A., pretendiendo la declaración de nulidad del acto administrativo No 700.11.03 SE OPSM 2171 del 15 de octubre de 2013, expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber sido radicada la solicitud de cesantía ante la respectiva autoridad y hasta cuando se hizo el pago efectivo del mismo; en su lugar, se declare que tiene derecho a la misma.

Como consecuencia de tales declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a las entidades demandadas, a reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías reconocidas, causada desde los sesenta y cinco (65) días siguiente a la solicitud de reconocimiento parcial, hasta que se hizo efectivo el pago de las mismas.

2.2. Hechos.

La *causa petendi*, en síntesis, se sustentó en los siguientes hechos:

involuntario que no puede atar al fallador, dado que no se puede desconocer el recurso presentado por la parte demandante, dentro del término, razón por la cual se procederá a estudiar.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

Asegura la demandante que, en calidad de docente oficial adscrita a la Institución Educativa José Yemail Tous del municipio de Santiago de Tolú, Sucre, el 21 de agosto de 2012 solicitó a la Secretaría de Educación de este departamento, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales. Añade que el reconocimiento aludido, se hizo mediante la Resolución No. 1124 del 28 de octubre de 2012, siendo notificada el día 15 de noviembre de 2012; sin embargo, advierte que, sólo el 10 de julio de 2013, se dispuso su pago ante la FIDUPREVISORA SA.

Sostiene que el 27 de septiembre de 2013, solicitó a la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago retrasado de sus cesantías, de conformidad a lo establecido en la Ley 1071 de 2006, dependencia que la remitió a la FIDUPREVISORA SA, quien en respuesta a la misma, denegó ese reconocimiento.

Mediante Oficio No 700.11.03 SE OPMS 2571 del 15 de octubre de 2013, la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre niega la solicitud de intereses moratorios, aludiendo que no le asiste obligación en el pago de prestaciones sociales, si no en el trámite de la prestación ello lo hizo en el tiempo establecido en la ley.

Ante dicha negativa, procedió a solicitar ante la procuraduría judicial delegada para asuntos administrativos fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar algún acuerdo, trámite que se declaró fallido.

2.2. Trámite procesal.

La demanda se presentó el 12 de marzo de 2014², admitida por auto del 15 de mayo de 2015³ y notificada por medio electrónico al Ministerio Público, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Ministerio de Educación Nacional, Departamento de Sucre y la Fiduprevisora S.A. el 09 de junio de 2014⁴.

² Fl. 17 C. N° 1.

³ Fl. 31 - 32 C. N° 1.

⁴ Fl. 36 - 42 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

2.3. Contestación.

2.3.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.⁵

Presentó su escrito de contestación de forma oportuna, abogando por la improsperidad de las pretensiones. En ese sentido, como fundamentos argumentativos expuso que:

La actora carece de sustento fáctico y jurídico, aduciendo que el acto administrativo atacado se encuentra amparado por la presunción de legalidad y la demandante no acreditó siquiera sumariamente que el mismo acto haya sido expedido con la infracción de la ley.

Además describe el trámite de las solicitudes a su cargo, destacando que los pagos de prestaciones sociales se realizan cuando exista disponibilidad presupuestal respetando el orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, según los recursos provenientes del ministerio de hacienda.

Concluye que, no puede generarse intereses moratorios ni indexación pues lo reconocido y pagado es producto del turno de atención y la asignación presupuestal de acuerdo al principio de igualdad.

Finalmente, propuso las excepciones de “inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma”, “buena fe”, “pago”, “prescripción” y “genérica o innominada”

⁵ Fl. 79 - 88 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

2.3.2. Departamento de Sucre⁶.

El ente territorial, por medio de apoderado judicial debidamente constituido contestó la demanda en término legal, oponiéndose a las pretensiones de la misma y aceptando como ciertos la mayoría de los hechos expuestos.

Como argumento recalco, que el Oficio No 11.700.03 SE OPSM 2571 de octubre de 2015 solo fue expedido formalmente por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre en nombre de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confiere la ley 91 de 1989. El Departamento de Sucre nunca emitió sustancialmente la decisión, por lo que solicita excluirlo del proceso.

Con base en las anteriores consideraciones, planteó la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva”.

2.4. La sentencia recurrida⁷.

El Juez de instancia accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad parcial del acto demandando, ordenando a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FIDUPREVISORA SA - Secretaría de Educación Departamental de Sucre, reconocer y pagar a la demandante la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por ciento cincuenta y nueve (159) días de mora que se configuraron desde el 25 de enero 2013 al 02 de julio de 2013, tomando como base el salario devengado por la actora cuando ocurrió la mora.

Con relación al cálculo de la sanción moratoria, señaló que las normas aplicables son la Ley 91 de 1989, Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006; en ese orden, sostuvo que al actor radico la solicitud ante la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre el 21 de agosto de 2012 y los quince (15) días hábiles con que

⁶ Fl.46 – 48 C. N° 1.

⁷ Fl. 120 - 127 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

contaba la entidad para la expedición de la correspondiente resolución vencieron el 11 de septiembre de 2011, y fue solo hasta el 28 de octubre de 2012 que se profirió la Resolución No. 1124 a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de las cesantías parciales reclamadas.

2.5. El recurso de apelación.

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la parte demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, interpusieron recurso de apelación así:

2.5.1. Parte demandante⁸.

Solicitó la revocatoria parcial de la sentencia proferida por el A quo, argumentando que el reconocimiento de la sanción moratoria debe contarse a partir del término de 65 días hábiles, contados desde la fecha de radicación de la solicitud, conforme lo establecen los artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006, acorde con la jurisprudencia vigente del H. Consejo de Estado, y no como lo estimó el juez de instancia, esto es, desde la ejecutoria del acto administrativo que reconoció las cesantías parciales.

2.5.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio⁹.

Sustentó su inconformismo, aduciendo que la Fiduciaria la Previsora S.A. es quien procede con los pagos prestacionales, luego de contar con el acto administrativo emitido por la secretaría de educación de la entidad certificada y previo trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente; conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, atendiendo la Ley 34 de 1996 en su artículo 4º, el cual establece que el pago se realizará cuando exista la disponibilidad presupuestal para efecto de las cesantías parciales o anticipos de cesantías de servidores públicos.

⁸ 132 - 134

⁹ Fl. 135 – 138 C. Ppal

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

Precisa además, que no pueden generarse intereses moratorios, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente a la demandante, es aquel producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

Por otra parte, señala que para el caso específico de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye entonces el procedimiento especial aplicable, de lo que se precisa que *“dicho procedimiento, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.”*¹⁰

De lo anterior, concluye que la demandante no le asiste derecho a la sanción moratoria pretendida, por cuanto las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contemplan la indemnización moratoria por el no pago oportuno, por el contrario, señalan que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

2.6. Actuación en segunda instancia¹¹.

Mediante auto de 06 de agosto de 2015¹², se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida el 07 de mayo de 2015, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo; por auto de 31 de agosto de 2015, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión¹³.

¹⁰ Tribunal Administrativo de Antioquia, M.P.: Gonzalo Zambrano Velandia, en sentencia de 9 de mayo de 2014, del proceso con radicado 2012-168.

¹¹ Fl. 1 al 26 C. alzada. N 3.

¹² Fl. 6 C. alzada N 3.

¹³ Fl. 17 C. Alzada. N 3.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

2.7. Alegatos de conclusión.

2.7.1. Parte demandante.

En esta oportunidad, la parte demandante no alegó de conclusión.

2.7.2. Parte demandada.

A su turno, el apoderado de la parte demandada guardó silencio.

2.8. Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público no adujo vista fiscal.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones ya identificadas.

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 oportunidades¹⁴; por lo tanto, se reiterará lo ya expuesto sobre este tema.

3.1. Problemas jurídicos.

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará los siguientes problemas jurídicos:

¿Le asiste el derecho a la señora NANCY DEL CARMEN CANCIO BÁÑQUEZ al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías,

¹⁴ 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: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

contemplada en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, a los docentes afiliados al 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) Caso concreto; y (iv) Conclusión.

3.2. 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:

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

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:

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. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”

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.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

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 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 1975¹⁵.

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 promulgación ¹⁶ 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.

¹⁵ 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 comisarías, 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”.

¹⁶ Resalta la Sala que la Ley 91 de 1989 entró en vigencia el 29 de diciembre de esa anualidad.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

El Parágrafo del artículo 2° 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 1° 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 1° de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: 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, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° 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 3° 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 1° 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 1° 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 1° de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

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.”¹⁷

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.

3.3. 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 1º. 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 2º. 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.

¹⁷ 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: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

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.

...

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

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

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.”¹⁸

(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 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 Chamí,
Senadores Ponentes.”¹⁹

(Énfasis Añadido)

Ponencia para primer debate Cámara de Representantes:

Antecedentes del proyecto

¹⁸ Ver el siguiente enlace, consultado el 05-09-2014 a las 09:24:
http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=44&p_consec=11239

¹⁹ Ver el siguiente enlace, consultado el 05-09-2014 a las 09:29:
http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=44&p_consec=11478

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

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 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

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

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”²⁰

(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.

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

²⁰ Ver el siguiente enlace:

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

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

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 disímiles al analizar la misma norma²¹.

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 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 concluye²²:

²¹ 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-1100103-15-000-201300446 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: 11001-0315-000-2012-00947-00(AC).

²² 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.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

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, entiéndase 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.”²³

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 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

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P: Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 2005-01994-01(2624-07).

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

(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.”²⁴

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.”²⁵

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

²⁴ Sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. No. 2000-02513- 01. (27772004).

²⁵ 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). ²⁷ “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.”

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

materia, los artículos 56 de la Ley 962 de 2005²⁷ y 4 del Decreto 2831 de 2005²⁶, 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 prestación²⁷.

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

3.4. Caso Concreto.

La señora NANCY DEL CARMEN CANCIO BÁÑQUEZ solicitó la liquidación y pago parcial de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, el día 21 de agosto de 2012²⁸; las cuales se reconocieron, mediante la Resolución No. 1124 de 28 de octubre de 2012²⁹, expedida por ésta última, en nombre de la primera.

En ese sentido, como líneas atrás se dijo, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contaba con ochenta (80) días a partir de que la demandante presentó la solicitud para su pago, esto es, hasta el 14 de diciembre de 2012.

²⁶ “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.”

²⁷ 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.

²⁸ Así se desprende, de las consideraciones de la Resolución No. 1124 de 28 de octubre de 2012.

²⁹ Folios 19 – 20 - 21 C Ppal.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

Ahora, como el pago se realizó el día 02 de julio de 2013³⁰, por parte de la FEDUPRIVISORA S.A., en su calidad de pagadora de las prestaciones a cargos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es claro entonces que ésta incurrió en una mora entre el **15 de diciembre de 2012** y el **01 de julio de 2013**, para un total de ciento noventa y nueve (199) días, por lo que habrá de modificarse la decisión del A quo, pero sólo frente al término en que se incurrió en mora, es decir, en su numeral tercero y por las razones aquí delineadas.

Así las cosas, se deberá efectuar la operación matemática, a efectos de establecer el monto total de la penalidad que debe asumir la demandada, por cancelar, tardíamente, las cesantías a la demandante.

Correspondiendo a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A., cancelar a la señora NANCY DEL CARMEN CANCIO BÁNQUEZ, por concepto de sanción moratoria, por pagar las cesantías parciales extemporáneamente, al término legalmente señalado las sumas que resultaren de tal liquidación.

Adicionalmente, por ser procedente, se indexará el valor de la suma anterior aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final (fecha del pago)}}{\text{Índice inicial (Julio de 2013)}}$$

En donde el valor presente (R), se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es la suma a que equivale la sanción moratoria causada, por el guarismo que resulte de dividir, el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha en que deban hacerse los pagos, por el índice inicial, vigente en la fecha en que cesó la mora.

³⁰ Folio 23. C Ppal

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

Cabe advertir que, de la claridad fijada por la Ley 1071 de 2006 y su objetivo, que no es otro que compeler el pago oportuno de las cesantías de los trabajadores, en igualdad de condiciones, 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 del apelante.

Como último, observa la Sala que en la sentencia de primer grado, se incluyó en la condena a la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, en el **numeral tercero**, de forma solidaria con la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - FIDUPREVISORA SA, e igual en el **numeral cuarto**, en cuanto al cumplimiento de la sentencia; y el **numeral quinto**, respecto la condena en costas.

Las anteriores decisiones deben ser objeto de modificación debido a que, en la audiencia inicial, concretamente en el folio 102 y reverso del C. Ppal., el A-quo declaró probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa del Departamento de Sucre – Secretaría de Educación; por esta razón, no podía ser condenada en la parte resolutive, y por ello debe ser excluida de la condena, sin necesidad de nuevamente declarar probada dicha excepción, debido a que fue un lapsus del juez de primera instancia.

3.5. 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.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

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

En consecuencia, esta Sala modificará el fallo de alzada, en el sentido de determinar el lapso de mora para el pago de las cesantías parciales en el término de ciento noventa y nueve (199) días, bajo el entendido de que el plazo con que contaba la identidad para no incurrir en el retardo era de 80 días, a partir del día siguiente de la solicitud, los cuales al haberse superado suscitaron la sanción anotada hasta la fecha de pago de la prestación social.

Adicionalmente, se realizará la aclaración en los numerales 3º, 4º y 5º del fallo de primera instancia, en el sentido de excluir a la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, por lo antes expuesto.

3.6. 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 registrarán por las normas del Código General del Proceso.

Ese sentido, se condenará en costas en esta instancia a la parte demandada, Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cuales serán tasadas por la secretaría del juzgado de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. General del Proceso, respectivamente.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Contencioso 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: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 07 de mayo de 2015, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia. En su lugar:

“**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FIDUPREVISORA S.A., al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por ciento noventa y nueve (199) días de mora contados desde el 15 de diciembre de 2012, hasta el 01 de julio de 2013, tomando como base el salario devengado por la actora cuando ocurrió la moratoria.”

SEGUNDO: La suma que resultare de aquella liquidación será indexada, según el inciso final del artículo 187 del CPACA, de acuerdo con lo señalado anteriormente.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto, en el sentido de excluir del cumplimiento de la sentencia a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: MODIFICAR el numeral quinto, en el sentido de excluir del pago de condena en costas a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Expediente: 70-001-33-33-008-2014-00077-02
Actor: NANCY DEL CARMEN CANCIO BANQUEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES - 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 - FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás el proveído apelado, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: CONDENAR en **costas** en esta instancia a la parte demandada, Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme lo anotado.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta de Sala No. 008.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado