



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente:	70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor:	YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado:	I. NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FOMAG – MUNICIPIO DE SINCELEJO 2. 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.

SENTENCIA No. 032

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, resolver la apelación impetrada por la parte demandada, contra la sentencia del 26 de junio de 2015, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

2.1.1. Pretensiones¹.

YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurado en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL – FIDUPREVISORA S.A., solicitó la declaración del acto administrativo ficto o presunto producto de la petición incoada el 16 de julio de 2013, ante 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.

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 de las cesantías reconocidas, mediante Resolución N° 088 de 29 de abril de 2011, de conformidad con lo previsto 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 hasta que se hizo efectivo el pago de las mismas.

2.1.2. Los supuestos fácticos².

Asegura la demandante que, en calidad de docente oficial adscrita a la Institución Educativa 20 de Enero del municipio de Sincelejo, Sucre, el día 03 de mayo de 2010, solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas. Señala que el reconocimiento aludido, se hizo mediante la Resolución No. 088 del 29 de abril de 2011, siendo notificada el día 05 de mayo de 2011, sin embargo, advierte que sólo hasta el 11 de octubre de 2011 la entidad Fiduprevisora S.A. puso a su disposición el pago de las cesantías reconocidas.

Aduce la actora que, de acuerdo con lo anterior se puede establecer la existencia de mora en el pago de la prestación aludida, debido al retardo en la entrega de las cesantías; tardanza que estimó a partir de los 65 días hábiles después de la radicación de la solicitud, es decir, desde el 06 de agosto de 2010, hasta la fecha efectiva del pago, el día 11 de octubre de 2011, conforme a lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006.

¹ Fl. 1-2 C. N° 1.

² Fl. 2-3 C. N° 1.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

Refiere la demandante que, el 16 de julio de 2013 solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago inoportuno de sus cesantías, la cual, después de transcurridos los tres meses correspondientes no ha sido objeto de pronunciamiento por parte del ente demandado, configurándose así el acto administrativo ficto o presunto.

2.2. Recuento procesal.

La demanda fue presentada el 12 de mayo de 2014³; admitida por auto del 22 de mayo de 2014⁴ y notificada por medio electrónico al Ministerio de Educación Nacional, Fiduprevisora S.A., Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 08 de septiembre de 2014⁵.

2.3. Contestación de la demanda.

2.3.1. Municipio de Sincelejo⁶.

El ente territorial, contestó la demanda en término legal, señalando su oposición a las pretensiones de las mismas, por carecer de fundamentos legales y aceptando como cierto la mayoría de los hechos.

Como argumento de base, citó los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 2005, así como los artículos 3 y 5 de la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, mediante el cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se establecen sus objetivos.

A su vez, precisó que la Ley 962 de 2005 estableció un trámite complejo para la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes, en el cual, participa la Secretaria de Educación del ente territorial al cual se encuentra adscrito el solicitante, así como el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, encargado del reconocimiento y pago de las prestación de los docentes oficiales.

Con base en las anteriores consideraciones, planteó las excepciones de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*inexistencia en la obligación con fundamento en la ley*”.

³ Fl. 17 y 32 C. N° 1.

⁴ Fl. 34 reverso C. N° 1.

⁵ Fl. 38- 40 reverso C. N° 1.

⁶ Fl. 52-60. C. N° 1.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

Por último, señaló que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 2831 de 2005 las Secretarías de Educación, sólo están facultadas para atender las solicitudes relacionadas con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, además de ser las encargadas de elaborar los proyectos de resolución de la prestación económica reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y cuya aprobación solo corresponde a la entidad que administra el fondo, que en este caso es la FIDUPREVISORA S.A, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

2.3.2. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.⁷

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

De acuerdo con el artículo 5° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, reglamentada por el Decreto 2831 de 2005, la Fiduprevisora S.A. es la entidad encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, encargada de efectuar los pagos prestacionales en la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En este orden de ideas, señaló que de acuerdo con el artículo 2° del Decreto 2831 del 2005, las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales se deberán realizar ante las secretarías de educación, de la respectiva entidad territorial a la que pertenezca o haya pertenecido el solicitante, de acuerdo con el formulario adoptado para tal efecto por la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al respecto, destacó que la entidad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para el caso en cuestión es la FIDUPREVISORA S.A.

Por otro parte, refiere que el pago solo se realizará cuando exista la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, tal y como lo estipula la circular 01 de 23 abril de 2002, expedida por el Consejo Directivo del Fondo, atendiendo a la sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001 de la Corte, que al respecto señala:

“(…) el pago de la prestación reconocida y liquidada, solo puede efectuarse en cuanto exista la correspondiente aprobación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos que correspondan”.

⁷ Fl. 80-90 C. N° 1.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

Dicha sujeción presupuestal, es la que precisamente constituye la mora en el pago de las prestaciones sociales por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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.

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 y una providencia del Tribunal Administrativo de Antioquía (Rad. 2012-168).

En consecuencia, 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, que constituye el procedimiento especial aplicable; razón por la cual, al no establecerse en estos preceptos legales la indemnización moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, no le asiste a la actora el derecho a reclamar la sanción moratoria deprecada.

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

2.4. La sentencia recurrida⁸.

El Juez de instancia accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo ficto o presunto originado de la petición elevada por la accionante el día 16 de julio de 2013, ordenando a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduciaria la Previsora S.A., reconocer y pagar a la demandante la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006 art. 5, por los días de mora que se configuraron desde el 10 de agosto de 2010 hasta el 10 de octubre de 2011, consistente en (427) días de mora, para un total de diecisiete millones cuatrocientos veintiún mil seiscientos pesos (\$17.421.600); pero sin derecho al reconocimiento de la indexación.

De conformidad con lo expuesto, precisó que con la expedición de la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, el legislador dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial, con independencia económica, encargada de pagar las prestaciones sociales a sus afiliados, que en este caso corresponde a los docentes.

⁸ Fl. 151 -157 reverso C. N° 1.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

Al respecto, citó los artículo 5° de la precitada ley y el 56 de la Ley 962 de 2005, los cuales, señalan que las prestaciones sociales del personal docente nacional o nacionalizado están a cargo de la nación, y en caso de configurarse mora por el pago tardía de las cesantías, corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizar el respectivo pago de la sanción.

Con relación al cálculo de la sanción moratoria, señaló que la norma aplicable es la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, en ese orden, sostuvo que la actora radicó la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas el 03 de mayo de 2010 ante la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre, siendo resuelta favorablemente mediante la Resolución N° 0088 de 29 de abril de 2011, efectuándose el pago de la misma el 11 de octubre de 2011.

Como consecuencia de lo anterior, señaló que la accionante elevó solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas ante la Secretaría de Educación Departamental, solicitud que nunca fue objeto de pronunciamiento por parte de dicha entidad.

Teniendo en cuenta lo expuesto, refiere el *A quo* que, la administración incurrió en retraso tanto para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías parciales de la actora, así como en el pago de las mismas, dado que la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, contaba con 15 días hábiles para proferir la resolución de reconocimiento, término que venció el 25 de mayo de 2010 y fue sólo hasta el 29 de abril de 2011 que se profirió la Resolución N°. 0088, ordenando el pago del auxilio requerido.

Así las cosas, procede el Juez de primera instancia a calcular la sanción moratoria, teniendo en cuenta lo siguiente:

Radicación de la solicitud:	03 de mayo de 2010
Vencimiento (15) días para expedir la resolución:	25 de mayo de 2010
Vencimiento (5) días firmeza acto administrativo :	01 de junio de 2010
Vencimiento (45) días para pago de cesantías:	09 de agosto de 2010
Pago de las cesantías:	11 de octubre de 2011
Período de Sanción Moratoria:	Desde: 10 de agosto de 2010 Hasta: 10 de octubre de 2011
Días de mora:	427
Valor del Salario Diario:	\$40.800
Total de la Sanción Moratoria:	427 X 40.800= \$17.421.600

Finalmente, declaró no probadas las excepciones de “inexistencia de la obligación”, “cobro de lo debido”, “compensación” y “buena fe”, propuestas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

2.5. El recurso de apelación.

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, el extremo pasivo de la litis interpuso recurso de apelación así:

2.5.1. Parte demandada⁹.

La entidad accionada presentó escrito de apelación, actuando a través de apoderada judicial, solicitando la revocatoria de la sentencia proferida por la *A quo*, apoyándose en los siguientes argumentos:

En primer lugar, señaló que las prestaciones sociales de los docentes, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, tal como lo consagra el artículo 5° de la Ley 91 de 1989, para tal efecto se diseñó un trámite en el que las secretarías son encomendadas en la expedición del acto y trámite de solicitudes en general.

Aunado a ello, anotó que la sociedad fiduciaria después de emitido el acto por parte de la Secretaría de Educación procede con los pagos prestacionales, previo al trámite legal para su concesión, que comprende los reportes a todos los entes comprometidos con el salario del docente; según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, atendiendo a la Ley 34 de 1996 la cual en su artículo 4 establece que el pago de las cesantías parciales o anticipos de los servidores públicos, solo podrán realizarse cuando exista apropiación presupuestal para tal efecto, regulación que obedece a que no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encuentran en trámite.

Así mismo señaló, que de acuerdo con la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo Directivo del Fondo atendiendo a la sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001, se dispuso:

“que el pago de la prestación reconocida y liquidada, solo puede efectuarse en cuanto exista la correspondiente apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos que correspondan.”

En efecto, precisó que no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente a la demandante, es producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada de acuerdo al principio de igualdad.

Corolario de lo anterior, sostuvo que la disponibilidad presupuestal de la Fiduciaria, como ente eminentemente administrador de los recursos del Fondo Nacional de

⁹ Fl. 162-167 C. N° 1.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

Prestaciones Sociales del Magisterio, es fundamental, ya que a partir de ella se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo al estricto turno de radicación. Por lo tanto, no puede endilgarse una negligencia por parte de la entidad condenada, debido a que por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal. Lo anterior, está regulado en el Decreto 2831 de 2005, que reglamentó el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el cual determina claramente las etapas, términos y demás formalidades para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

De lo anterior, concluye que a la actora no le asiste derecho a la sanción moratoria pretendida, toda vez que en las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno; recalcando además, que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

2.6. Actuación en segunda instancia¹⁰

Mediante auto de 14 de octubre de 2015, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada¹¹; por auto del 13 de noviembre de 2015, se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para alegatos de conclusión¹².

2.7. Alegatos de conclusión.

2.7.1. De la parte demandante¹³.

Insistió en la existencia de la sanción moratoria y la inexistencia de la prescripción sobre la misma; además, citó antecedentes jurisprudenciales emanados del Consejo de Estado y de este Tribunal para apoyar su tesis.

2.7.2. De la parte demandada¹⁴.

Estando dentro de la oportunidad para alegar de conclusión, el apoderado de la entidad demandada, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada; adicionalmente, expresó que el Tribunal Administrativo de Antioquia, en sentencia del 09 de mayo de 2014, y el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en sentencia del 17 de junio de 2014, de forma palmaria ratificaron aspectos como: i) De conformidad con el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se determinó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el único habilitado para la liquidación y pago

¹⁰ Fl. 1 al 35 C. Alzada.

¹¹ Fl. 3 C. Alzada

¹² Fl. 15 C. Alzada.

¹³ Fl. 25-28 C. Alzada.

¹⁴ Fl. 29-34 C. Alzada.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

del auxilio de cesantías; ii) Reiteran que la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías parciales, es una disposición de carácter general regulada por la Ley 1071 de 2006, que no se hace extensiva a los docentes, dado que estos están regulados por un régimen especial contemplado en la Ley 91 de 1989.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación ya identificada.

Previó a entrar a resolver el fondo del asunto, considera esta Sala pertinente señalar que el tema objeto de la litis, ha sido tratado por este Tribunal con suficiencia en anteriores oportunidades; 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 a la demandante, el derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, contemplada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio o por su parte, se encuentra prescrito el derecho, por no haber sido reclamadas en tiempo?

¿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) De la prescripción de las prestaciones sociales; (iv) Caso concreto; y (v) 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.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

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.*

*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 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. 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:

- I. 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.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

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 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.

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.

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 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”.

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

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

*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 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.”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.

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: 200301125-01 (0620-09).

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

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, transcribiré 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 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

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

*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.

...

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.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
 Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
 Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
 Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
 Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
 Instancia: SEGUNDA

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 Chamié,
 Senadores Ponentes.”¹⁹

(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

¹⁸ Puede ser consultado en la página web del Senado de la República <http://190.26.211.102/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2002-2006/2005-2006/article/45-pormedio-de-la-cual-se-reglamenta-el-pago-de-las-cesantias-parciales-a-los-servidores-publicos-y-se-fijan-terminos-parasu-cancelacion>

¹⁹ Ib.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

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

*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

²⁰ Ib 17.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

mismo de los artículos 1, 2 y parágrafo del 5, que se redactan de forma genérica, y por ende, predicable a 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 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-1100103-15-000-2013-00446 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: 11001-0315-000-2012-00947-00(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: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

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 (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.”²⁵

²³ 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). ²⁵ Sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. No. 2000-02513- 01. (27772004).

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

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.”²⁴

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 DEL MAGISTERIO, las normas especiales que regulan la materia, los artículos 56 de la Ley 962 de 2005²⁵ 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.

²⁴ 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).

²⁵ “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.”

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.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

3.4. De la prescripción de las prestaciones sociales.

Por otro lado, la Sala adentrará a estudiar el fenómeno de la prescripción en las prestaciones sociales, las cuales tienen un término de tres (3) años que se debe contar desde que la obligación se hace exigible, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 41 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968²⁸, que estipula:

“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. 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.”

A su vez el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969²⁹, en su artículo 102, señala:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.” (Negrillas de la sala)

Sobre la manera de contar el término de prescripción en casos de sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías, se pronunció el Consejo de Estado de la siguiente manera³⁰:

“Aunque la mora en la cual incurrió el Departamento del Atlántico empezó a correr desde el día 16 de febrero de 2001 y la misma cesó el 17 de mayo de 2004, la solicitud de pago de la referida sanción tan solo se cursó el 9 de agosto de 2006, configurándose de forma parcial el fenómeno de prescripción del derecho.

El numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que contiene la sanción moratoria solicitada, no condiciona la causación de tal derecho al pago efectivo de la prestación. Vale decir, la obligación de pago de la sanción moratoria no surge a partir de la cancelación efectiva de la cesantía, como parece entenderlo el apelante, sino que ella se causa desde el día siguiente a aquél en que se incumple con el deber de consignar el valor que corresponda en la cuenta individual del trabajador, a razón de un día de salario por cada día de retardo.

Un entendimiento contrario conllevaría al absurdo de afirmar que el reclamo de la sanción moratoria dependería de la voluntad del empleador incumplido, pues solo sería viable formularlo una vez se ha

²⁸ “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”.

²⁹ “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 17 de abril de 2013, expediente 2664-11, actor: José Luis Acuña Henríquez.

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

pagado la cesantía. Por el contrario, la intención del Legislador al establecer dicha sanción fue justamente castigar la omisión o el retardo en el pago de la prestación.

El apoderado del actor considera que el término de prescripción de tres años debe contabilizarse a partir del 17 de mayo de 2004, fecha en la que se emitió y cumplió la orden de pago de las cesantías correspondientes al año 2000, lo cual no es de recibo, dado que como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, dicho término se contabiliza, hacia atrás, desde el momento en que el interesado solicitó a la administración el pago de la sanción moratoria, pues con ello se interrumpe la prescripción. El razonamiento del recurrente equivale a ampliar el término de prescripción de los derechos laborales a más de tres años, sin ningún fundamento jurídico.”

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

3.5. Caso Concreto.

La actora solicitó la liquidación y pago definitivo de las cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 03 de mayo de 2010, tal como se observa en la Resolución N° 0088 de 29 de abril de 2011³¹, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre.

Como anteriormente se señaló, el Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio contaba con un término de ochenta (80) días, para realizar el pago efectivo de las cesantías definitivas solicitadas por la demandante, término que feneció el 31 de agosto de 2010.

Ahora, como el pago se realizó el día 11 de octubre de 2011 (Fl. 26), por parte de la FIDUPREVISORA S.A, en su calidad de pagadora de las prestaciones a cargos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es claro entonces, que esta incurrió en mora entre el 01 de septiembre de 2010 hasta el 10 de octubre de 2011, para un total de cuatrocientos cinco (405) 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.

Entonces bien, como quiera que la generación de la sanción, ocurrió en el año 2010, se debe tomar el salario base devengado por la accionante en esa anualidad, posteriormente, dividirlo entre 30 en aras de determinar el día de salario como docente. En ese sentido, se avizora que, de acuerdo con los certificados de salarios emitidos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fl. 144-145), el salario base De liquidación de la señora YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA, era \$1.224.009.00, que dividido entre 30, arroja un valor de \$40.800.30, que equivale al día de salario devengado en el año de 2010.

³¹ Fl. 22 - 24 C. N° 1

Expediente:	No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor:	YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia:	SEGUNDA

Así las cosas, se procede efectuar la siguiente operación matemática, a efectos de establecer el monto total de la penalidad que debe asumir la demandada, por cancelar, tardíamente, las cesantías definitivas a la demandante, a saber:

$$\$40.800.30 \text{ (día de salario)} \times 405 \text{ (días de retardo del pago)} = \$16.524.121.50$$

Corresponde entonces a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A., cancelar a la señora YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA, por concepto de sanción moratoria, por pagar las cesantías definitivas extemporáneamente, al término legalmente señalado, la suma de DIECISÉIS MILLONES QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL CIENTO VEINTIÚN MIL PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$16.524.121.50).

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

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final (fecha del pago)}}{\text{Índice inicial (Octubre de 2011)}}$$

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; por lo habrá que modificarse la decisión del *A quo*, en su numeral tercero inciso final.

Por último, observa la Sala 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.

3.6. 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

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

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.

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 definitivas en el término de 405 días, bajo el entendido de que el plazo con que contaba la identidad para no incurrir en el retardo era de 80 días, los cuales al haberse superado suscitaron la sanción anotada hasta la fecha de pago de la prestación social.

3.7. 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, 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.

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 26 de junio de 2015, el cual quedará así:

Expediente: No. 70-001-33-33-009-2014-00144-01
Actor: YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- SECRETARIA DE EDUCACIÓN- FIDUPREVISORA S.A.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO
Instancia: SEGUNDA

“TERCERO: A título de restablecimiento del derecho **CONDENAR a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., a reconocer y pagar a favor de la señora YOLY DEL CARMEN JIMÉNEZ OZUNA, identificada con C.C. N° 42.209.206, la suma de DIECISÉIS MILLONES QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL CIENTO VEINTIÚN MIL PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$16.524.121.50), por concepto de la sanción moratoria, generada desde el 01 de septiembre de 2010 hasta el 10 de octubre de 2011, para un total de cuatrocientos cinco (405) días de mora, por el no pago oportuno de las cesantías definitivas reconocidas a través de la Resolución N° 0088 de 2011, expedida por la entidad demandada, conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.**

La suma anterior será indexada, según el inciso final del artículo 187 del CPACA, de acuerdo con lo señalado anteriormente”.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada, las cuales serán tasadas por el juez de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

TERCERO: 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. 053.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado