



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

SENTENCIA No. 060

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, resolver la apelación impetrada, por la parte demandante, contra la sentencia del 30 de septiembre de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se declaró la nulidad del acto demandado, pero negó el restablecimiento del derecho por haber operado la prescripción.

II. ANTECEDENTES

2.1. Objeto de las pretensiones.

ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN, 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.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

DEPARTAMENTO DE SUCRE - SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL - 3. FIDUPREVISORA S.A., pretendiendo la declaración de nulidad del Acto Administrativo S.E O.P.S.M.2153 del 4 de septiembre 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:

Asegura la demandante que, en calidad de docente oficial adscrita a la Institución Educativa "BUENA VISTA" del municipio de Santiago de Buenavista- Sucre, el 22 de mayo de 2008 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. 0917 del 2 de septiembre de 2008, notificada ese mismo día; sin embargo, advierte que, sólo el 30 de abril de 2009, se dispuso su pago ante la FIDUPREVISORA S.A.

Aduce, que el pago tardío configuro la sanción moratoria a partir de los 65 días hábiles después de la radicación de la solicitud, es decir, del 28 de agosto de 2008, hasta el 30 de abril de 2009, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Sostiene, que el 11 de febrero de 2011, 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 S.A, quien en respuesta a la misma, denegó ese reconocimiento por ser incompetente para ellos, pues solo obra en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

Refiere la demandante que, el 16 de julio de 2013, por segunda vez solicitó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre el reconocimiento de la sanción moratoria por el pargo inoportuno de sus cesantías, la cual le fue negada, mediante Oficio O.P.S.M.2153 del 4 de septiembre de 2013, esgrimiendo para ello la falta de obligación para el pago alguno de prestaciones sociales, dado que su función consiste en el trámite de las mismas; razón por la cual, al haber cumplido en el tiempo establecido, resulta inexistente la mora.

2.2. Trámite procesal.

La demanda se presentó el 12 de marzo de 2014¹, admitida por auto del 6 de mayo de mismo año² y notificada por medio electrónico a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Ministerio de Educación Nacional, Departamento de Sucre y la Fiduprevisora S.A. el 08 de septiembre de 2014³.

2.3. Contestación.

2.3.1. Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴

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

El acto administrativo que se demanda cuenta con la presunción de legalidad de que habla el artículo 88 del CPACA, sin contar que la parte demandante no acreditó en la demanda que el acto administrativo hubiese sido expedido con infracción en las normas en que debía fundarse o con ningún otro vicio que afectara su legalidad.

Aunado a ello, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, caducidad, excepción genérica o innominada y buena fe.

Siendo enfáticos en que ellos proceden a efectuar los pagos, según los trámites y la disponibilidad presupuestal provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo que se hace en estricto orden cronológico tal como lo sostuvo la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el consejo directivo del Fondo de Prestaciones

¹ Fl. 35-C. Ppal

² Fl. 37 C. Ppal

³ Fl. 42-53 C. Ppal

⁴ Fl. 68 - 78 C. Ppal.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

Sociales del Magisterio, por lo que la espera del turno de pago no constituye mora en atención al principio de igualdad y a la disponibilidad presupuestal.

2.3.2. Departamento de Sucre⁵.

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

Como argumento de base, señaló que el Departamento de sucre como la secretaria de educación, solo tienen la labor de tramitar las prestaciones sociales de los docentes que se encuentran vinculados dentro del Departamento de Sucre, expidiendo el correspondiente acto administrativo de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta que este Acto Administrativo se hace a nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y no del Departamento de Sucre como entidad territorial.

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

2.4. La sentencia recurrida⁶.

El Juez de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto demandando, sin embargo, declaró que se configuró la excepción de prescripción extintiva del derecho del demandante a recibir el pago de la sanción moratoria causada con base en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, desde el 19 de septiembre de 2008, hasta el 29 de abril de 2009, es decir todo el tiempo en que se generó la sanción moratoria.

Como fundamento de la anterior decisión, explicó que, si bien está probado que a favor de la demandante se causó la sanción moratoria establecida en la ley 1071 de 2006, desde el día 19 de septiembre de 2008, hasta el 29 de abril de 2009, también está probado que, la demandante solicitó el pago de este derecho el 16 de agosto de 2013 ante la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre, entidad competente para decidir en nombre del Fondo de Prestaciones Sociales de Magisterio, se encuentra entonces probado que, se le extinguió por prescripción el derecho a recibir el pago de la sanción moratoria.

⁵ Fl. 106-108 C. Ppal.

⁶ Fl. 136 -145 C. N° 1.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

Como complemento de sus argumentos, trajo a colación la Sentencia del 18 de septiembre de 2014, proferida por este Tribunal, con M.P Dr. Luis Carlos Alzate Ríos, tomando de la anterior providencia como aspecto determinante que, la prescripción se cuenta a partir de cuándo es exigible el derecho, y que el derecho a la sanción moratoria surge y se configura día a día a partir del incumplimiento del término concedido por la ley a la administración para reconocer y pagar las cesantías parciales, y hasta cuando dure la mora.

Para el despacho, no se tiene certeza de que el vínculo laboral de la accionante se encuentre activo, ya que solo se tiene la fecha de la Resolución 0917 de 2008 en la que se afirma que, la demandante aportó certificados de tiempo de servicios, según el cual ella trabajó hasta el 30 de diciembre de 2007, situación que le correspondía demostrar a ella y en su oportunidad procesal no lo hizo, por lo tanto, al tener en cuenta dicha fecha, y la fecha de la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria ante la Secretaria de Educación Departamental 16 de agosto de 2013, igualmente se tiene que concluir que operó la prescripción del derecho.

2.5. El recurso de apelación.

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, parte demandante interpuso recurso de apelación así:

2.5.1. Parte demandante⁷.

Sustentó su inconformismo, aduciendo que, es necesario precisar que el apoderado judicial del actor, presentó petición el día 11 de febrero 2011 ante las entidades demandadas, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías, petición que no puede ser desconocida y que sin duda interrumpe los términos de prescripción trienal, aunado a que frente a la misma no hubo respuesta por parte de la entidad competente, razón por la cual, con el fin de obtener respuesta y acceder de manera efectiva a la administración de justicia, se reiteró mediante petición de 16 de agosto de 2013, situación que se encuentra plenamente establecida en el proceso, razón por la cual frente al presente asunto, jamás podrá predicarse del fenómeno de la prescripción trienal.

Con el propósito de respaldar lo dicho anteriormente, trajo a colación una providencia del 18 de marzo de 2013, dictada por este Tribunal-Sala Primera de Decisión Escritural-Segunda Instancia, con M.P Dra Silvia Rosa Escudero, en lo que se refiere a que, por el

⁷ Fls. 149-150.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

hecho de que las dos peticiones guardan identidad, se estaría hablando de la misma petición, y si entre una y otra no pasaron más de tres años no existe el fenómeno de la prescripción trienal.

2.5.2. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio⁸.

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.

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.”*

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.

⁸ FI 151-155 C.Ppal.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

2.6. Actuación en segunda instancia⁹

Mediante auto de 18 de diciembre de 2015¹⁰, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia de la referencia; por auto de 1 de marzo de 2016, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión¹¹.

2.7. Alegatos de conclusión.

2.7.1. Parte demandante¹².

En sus alegatos de conclusión, el apoderado judicial de la actora expuso que, la Ley 1071 de 2006 fue creada para regular el plazo que tienen las entidades encargadas para el pago y reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, además de contemplar las sanciones de las que son objeto en caso de violación a esta normativa, por lo que cita los artículos 4º y 5º de dicha ley con su respectivo parágrafo, para tratar lo atinente a los términos y a la mora en el pago de las cesantías.

Posteriormente, manifestó que, con la creación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, también se estipuló la necesidad de suscribir una fiducia mercantil para la administración de sus recursos, el cual se celebró con FIDUPREVISORA S.A, por lo tanto, las peticiones radicadas ante esta entidad, tienen la misma validez como si se hubiesen realizado directamente ante la Secretaría de Educación respectiva, cuando versen sobre temas de los cuales esta administradora tiene conocimiento, y es su deber entonces enviar copias de esta a la secretaria en comento.

Para finalizar, solicitó analizar de manera minuciosa el principio de favorabilidad en materia laboral, tomando en cuenta lo expuesto en la jurisprudencia nacional C-168 de 1995 con ponencia del Magistrado, Dr. Carlos Gaviria.

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.

⁹ Fl. 1 al 20 C. alzada.

¹⁰ Fl. 3 C. alzada.

¹¹ Fl. 8 C. Alzada.

¹² Fl. 17-18 C. Alzada.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

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?

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.

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:

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

“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 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, ya indicado.

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

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

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 1975¹³.*

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 ¹⁴ y con observancia de lo dispuesto por su artículo 2º, que a su turno en su numeral 2º establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975 así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión o entidades que hicieran sus veces y a las cuales venía vinculado este personal.

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

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

¹³ 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”.

¹⁴ Resalta la Sala que la Ley 91 de 1989 entró en vigencia el 29 de diciembre de esa anualidad.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

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.”¹⁵

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.

¹⁵ 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: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

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.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

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

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

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

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

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

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

Exposición de motivos al momento de presentar el proyecto:

“PROYECTO DE LEY 44 DE 2005 SENADO.

...

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***

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

13 de la Constitución Política, para todos los trabajadores, sin excepción. *Ello quiere decir que la normatividad no puede ser diferente entre el sector público y el sector privado.*

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

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

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

...

*Germán Vargas Lleras,
Senador de la República.”¹⁶*

(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.”¹⁷*

(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*

¹⁶ Puede ser consultado en la página web del Senadode 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>

¹⁷ Ib.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

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

*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,

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

*Representante Ponente*¹⁸

(Negritas 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 párrafo del 5, que se redactan de forma genérica, y por ende, predicable los trabajadores y empleados estatales en términos universales.

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

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

La anterior explicación, es menester realizarla, dado que la aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 a los docentes, ha dado lugar a que se presenten interpretaciones diferentes por parte de los operadores judiciales, que en su autonomía e independencia, pueden llegar a resultados disímiles al analizar la misma norma¹⁹.

¹⁸ Ib17.

¹⁹ 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."

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

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 concluye²⁰:

- 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.”²¹*

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

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).

²⁰ 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.

²¹ 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). ²⁵ Sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. No. 2000-02513- 01. (27772004).

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

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

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante.”²⁵

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.”²²

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

Se aclara que el anterior resulta ser el plazo aplicable a los empleados públicos en general, dado que en tratándose de afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, las normas especiales que regulan la materia, los artículos 56 de la Ley 962 de 2005²³ y 4 del Decreto 2831 de 2005²⁴, 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

²² 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).

²³ “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.”

²⁴ “Artículo 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

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

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

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 prestación²⁵.

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

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 1968²⁶, 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 1969²⁷, en su artículo 102, señala:

“Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

1.- Las acciones que emanan 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.” (Negritas 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 manera²⁸:

²⁵ 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.

²⁶ “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”.

²⁷ “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”

²⁸ 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: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

“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 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.

3.4. Caso Concreto.

La señora ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN, 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 22 de mayo de 2008²⁹; las cuales se reconocieron, mediante la Resolución No. 0917 de 02 de septiembre de 2008³⁰, expedida por la 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 18 de septiembre de 2008.

Ahora, como el pago se realizó el día 30 de abril de 2009, 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 **19 de septiembre de 2008** y el **29 de abril de 2009**, para un total de doscientos veintitrés (223) días.

²⁹ Así se desprende, de las consideraciones de la Resolución No. 0917 de 02 de septiembre de 2008.

³⁰ Folios 20-21.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

No obstante lo anterior, la demandante, señora ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN, a través de su apoderado judicial presentó reclamación administrativa el 11 de febrero de 2011, ante la FIDUPREVISORA S.A., solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías parciales (fls. 23-24); el cual fue respondido mediante el Oficio No. 2011ERI9480 de fecha 17 de marzo de 2011 (fl.25), por FIDUPREVISORA S.A, en donde esa entidad, niega el reconocimiento de intereses moratorios o indexación alguna, con fundamento en que, ellos efectúan los pagos, según los trámites y la disponibilidad presupuestal provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por lo que se hace en estricto orden cronológico, por lo que la espera del turno de pago no constituye mora en atención al principio de igualdad y a la disponibilidad presupuestal.

Posteriormente, eleva una nueva solicitud el 16 de julio de 2013³¹, ante la entidad competente (Secretaría de Educación del Departamento de Sucre), deprecando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria. Lo anterior, significa que la petición presentada el 11 de febrero de 2011, no agotó la reclamación administrativa en debida forma, puesto que no radicó ante la entidad competente, como lo era la Secretaría de Educación Departamental, por lo que no se puede hablar de acto ficto; y comoquiera que la FIDUPREVISORA se limitó a responder cuando puso a disposición el dinero con que se le iba a cancelar las cesantías parciales, hasta ahí agotó su procedimiento, adicionando que no era un acto administrativo.

Ahora bien, si en gracia de discusión se acepta que el pedimento presentado en la fecha indicada al inicio del párrafo anterior, interrumpió la prescripción, entonces deberíamos aceptar que la respuesta dada por FIDUPREVISORA, fue de fondo, cuando negó el reconocimiento de la sanción moratoria, entonces, habría lugar a declarar la caducidad porque la demanda no fue presentada dentro de los cuatro (4) meses siguientes al 17 de marzo de 2011.

Por otra parte, la segunda solicitud fue presentada como se dijo en acápites anteriores el 16 de julio de 2013, fecha para la cual ya habían pasado los tres (3) años para reclamar el reconocimiento y pago de la mencionada sanción, conforme lo estipulan los artículos 102 del Decreto 1848 de 1969 y 41 Decreto 3135 de 1968, es decir, hasta el 30 de abril de 2012.

En ese orden, como quiera que el verdadero agotamiento del procedimiento administrativo para provocar la voluntad de la administración se realizó con la petición

³¹ Fl. 29-30.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

del 16 de julio de 2013, que es la que genera como respuesta el Oficio 700.11.03.SEOPSM2153 del 04 de septiembre de 2013, que es el que se erige como el acto aquí demandado y que es objeto de anulación. Lo que significa que para la fecha de presentación de la solicitud antes referida, ya había ocurrido el fenómeno de la prescripción, puesto que la exigibilidad de la obligación, empezó el 19 de septiembre de 2008.

De manera que, esa inercia e inactividad de la demandante en procurar oportunamente el reconocimiento de la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías parciales en los periodos del **19 de septiembre 2008** hasta el **29 de abril de 2009**, forzosamente configuraron la prescripción de la misma, en razón a que ese tipo de derechos no pueden persistir perennemente en el tiempo.

Por otra parte, esta corporación dejará claro que, la entidad demandada, Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones del Magisterio y Fiduprevisora, carece de interés para recurrir en el presente asunto, toda vez que, la sentencia primigenia le fue favorable, por lo que solo le fue tenido en cuenta en el recurso de alzada lo concerniente a la legalidad del acto administrativo, siendo así, los demás argumentos argüidos por esta, no serán estudiados por esta colegiatura, ya que no aborda el fondo de la providencia del A quo.

Colofón a lo expuesto, se confirmará el fallo de primera instancia, por encontrar probada de oficio la excepción de prescripción, en consecuencia se negarán las súplicas de la demanda.

3.5. Conclusión.

En este contexto, considera esta Corporación que la respuesta al problema jurídico planteado consiste en que la no reclamación oportuna de la sanción moratoria dentro de los tres (3) años siguientes a su causación, genera la prescripción de la misma y en consecuencia, la pérdida del derecho.

3.6. Condena en costas.

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el literal 3° del artículo 365 del CGP, habrá lugar a condenar en costas en ambas instancias a la parte demandante, por cuanto el recurso impetrado tuvo vocación de prosperidad. La liquidación se hará conjuntamente por el Juez de primera instancia, conforme los artículos 365 y 366 del CGP.

Expediente: 70-001-33-33-006-2014-00058-01
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor: ROSIRIS DOMÍNGUEZ MOGOLLÓN
Demandado: I. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 2. FIDUPREVISORA S.A.
Tema: PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

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: CONFÍRMESE la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2015, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, por encontrarse probada de oficio la excepción de prescripción del derecho, conforme a lo antes expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en ambas instancias a la parte demandante, 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. 086.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado

(Ausente con permiso)