

**RAMA JUDICIAL
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
CIRCUITO JUDICIAL DE SINCELEJO.**

Sincelejo, octubre veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016).

I. ASUNTO

Fallar en primera instancia en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en que se solicita la sanción moratoria, en calidad de docente consagra en la Ley 1071 de 2006 art. 4 y 5, aclarando que es caso testigo de los radicados 2014-00055 y 2014-00069 sentencias emitidas en días anteriores. Dentro de la siguiente referencia:

RADICADO 70001 33 33 002 2014 00070

DEMANDANTE RAMIRO DE J. SEVERICHE TRESPALACIOS
CC No. 9.312.097
DEMANDADO NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –
FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

II. PARTE CONSIDERATIVA

II.1. DEMANDA

Expone la parte actora:

1.1. HECHOS RELEVANTES

Que prestó sus servicios al INSTITUTO EDUCATIVO “SAN MATEO” del Municipio del Roble- Sucre, lo que le permitió solicitar la Cesantía Parcial para compra de vivienda en radicación del 3 de Julio de 2.009 y mediante, Resolución No.0668 del 30 de octubre de 2009, resolviendo dicha cancelación por valor de \$13.733.920 m/cte.

La cesantía parcial ordenada, fue pagada el día 12 de marzo de 2010, a través del Banco BBVA.

Como superó el término de Ley para cancelarse la prestación parcial en mención, petitionó la sanción moratoria ocasionada, obteniendo como respuesta expresa, el oficio No. 700.11.03 SE OPSM 2148 de fecha agosto 23 de 2013, en el que afirma que la Fiduprevisora S.A. es la que cancela la cesantía, de acuerdo a un trámite personal, al turno de atención correspondiente y a la asignación presupuestal como lo ordena el Decreto 2831 de 2005, la Sentencia SU-014 de enero 23 de 2002 Corte Constitucional y Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa – Sección Primera y que lo cobrado, debe ser declarado por un Juez de la República.

1.2. PRETENSIONES

Primera: Declárese la nulidad del acto administrativo 700.11.03. SE OPSM 2148 de fecha agosto 23 de 2013, expedido por el demandado y en el que, se entiende se niegue el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ocasionada según los hechos narrados.

Segunda: Como consecuencia, se cancele a título de restablecimiento del derecho a favor del demandante y en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE

70001 33 33 002 : 2014-00070-00

EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, la sanción moratoria ocasionada por el pago tardío de la cesantía parcial reconocida en la Resolución No. 0668 de 2009.

Tercera: Condénese en costas al accionado y aplíquese los arts. 192, 193, 194 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.3. FUNDAMENTOS DE DEFENSA

Invoca como vulneradas las siguientes disposiciones: Arts. 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y artículo 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Indica que la Ley 244 de 1995 en su artículo 1º, consagra que la cesantía parcial se debe pagar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecución de la Resolución que la reconoce, si se supera ese término se debe reconocer y pagar un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual deberá acreditarse que la cancelación no se realizó dentro del término, lo que aconteció, pues se elevó petición el día 3 de julio de 2009 y sólo se canceló la cesantía el día 12 de marzo de 2010.

Por último, es competencia del demandado su reconocimiento, con base al artículo 3º de la Ley 91 de 1989, sólo la Fiduciaria ejecuta las órdenes que emite el Fondo Nacional y hace un recuento del trámite a agotarse con base al Decreto 2831 de 2005 para el reconocimiento de sus prestaciones sociales.

Cita como precedente las sentencias: Consejo de Estado 8 de abril de 2008 MP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sección Tercera- sentencia de mayo 4 de 2011, Sección Cuarta -sentencia de agosto 12 de 2008 MP Dr. Rodrigo Escobar Gil.

II.2. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el día 12 de marzo de 2014 y admitida el día 16 de febrero de 2015 (folio 103 - 105 Cuaderno Principal No. 1), previo trámite declaratorio de falta de competencia y repuesto dicho aspecto. Se notifica el accionado como demandado contestar la demanda -folios 128- 147-, como ello ocurrió dentro del término de Ley.

Practicada la Audiencia Inicial y tramitada, de acuerdo al artículo 180 y 179 de la Ley 1437 de 2011, se planteó el litigio en su problema principal y asociado, tendiente a establecerse si efectivamente el acto administrativo demandado es nulo con base a los hechos concordantes y a los argumentos de discordia expuestos por la parte actora y la defensa de la parte demandada. Finalizando, con el Decreto de Pruebas y Alegatos de conclusión de las partes que se concretan en:

Tener en cuenta la documental aportada por la parte actora en su demanda y suprimida la etapa del periodo probatorio, alegan las partes:

La parte demandante reitera, que su caso se regula por la Ley 1071 de 2006 y bajo el principio de favorabilidad, se ha causado una mora en el pago, pues de acuerdo a la

radicación de la petición, a la expedición de la Resolución No. 0668 de 2009, que las reconoce y ordena su pago, el cual, fue efectivo sólo hasta el 12 de marzo de 2010, sobrepasando los términos de Ley, establecido⁵.

La parte demandada afirma, que no le es aplicable al actor la Ley 1071 de 2006 sino el Decreto 2831 de 2005, que establece que la cesantía se pagará por la persona jurídica pertinente, teniendo en cuenta el turno que ocupa la orden y el presupuesto asignado para cada una. Ello lo respalda la Corte Constitucional, 1996 en la Sentencia T-293 de ese mismo año⁶.

Correspondería la emisión de sentencia pero se expuso la imposibilidad de ello, que en síntesis es, análisis del precedente jurisprudencial relacionado con la prescripción de la sanción moratoria y su aplicación al caso particular. E igualmente, se ordenó prueba de oficio con base al artículo 213 de la Ley 1437 de 2011 con el fin, de conocer si aún se encuentra vinculado o no como docente el actor, a la fecha de presentación de la demanda.

Finalizada la audiencia, se incorpora al Despacho el presente plenario para resolver el litigio.

III.3. ARGUMENTACIÓN JUDICIAL

Se observa que no hay nulidad que decretar, ni inhibitorio que proferir, se procederá a analizar como **problema jurídico** ¿Es nulo el acto administrativo demandado que niega el reconocimiento y cancelación de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial ordenada en la Resolución No. 0668 de octubre 30 de 2009 del actor como docente activo y peticionada el día 25 de marzo de 2009 –fecha en que se radicó la solicitud de dicha prestación social-, pues consta que recibió el demandante el valor ordenado por este concepto, el día 12 de marzo de 2010?⁷

Se sostendrá como **tesis**, es nulo el acto administrativo demandado que niega el reconocimiento y cancelación de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial ordenada en la Resolución No. 0668 de octubre 30 de 2009 del actor como docente activo y peticionada el día 25 de marzo de 2009 –fecha en que se radicó la solicitud de dicha prestación social, pues consta que se recibió el demandante el valor ordenado por este concepto, el día 12 de marzo de 2010⁸.

Argumentando

Efectivamente, se ha superado la cancelación del término establecido de los 80 días en caso de los docentes -Ley 1071 de 2006 y que no se contradice con el Decreto 2831 de 2005-, para la cancelación de la cesantía parcial del actor, pues radicó su solicitud el día 25 de marzo de 2009, debiéndose cancelarse las mismas dentro del término en mención -contados a partir del día siguiente a su radicación-, esto es, hasta el 25 de julio de 2009 como acontece un sábado, el día hábil siguiente es 27 de julio de 2009, lo que ocurrió sólo hasta el 12 de marzo de 2010, ocasionándose la sanción moratoria desde el 28 de julio de 2009 al 12 de marzo de 2010, fecha en que efectivamente se canceló la cesantía parcial debida, es decir, se incurrió en 194 días de mora. Por otra parte, el ajuste del valor en sentencia que se reconocerá operará a partir del 13 de marzo de 2010

⁵ DVD Minuto 01:13:00 a 1:17:40.

⁶ DVD Minuto 01:23:38 a 01:26:23.

⁷ Folio 21-22 y 29 Cuaderno Principal No. 1.

⁸ Ibid.

y hasta cuando se haga efectivo el pago de lo que aquí se ordenará, sin que opere la indexación durante el período en que rige la sanción moratoria⁹.

Así mismo, el Tribunal Administrativo de Sucre, en Sentencia de 26 de mayo de 2016, Sala Segunda, Tribunal Administrativo de Sucre, Rad. 70-001-33-33-006-2014-00061-01, decide en aplicación de la normativa y supuesto fáctico análogo la imposición de una sanción moratoria a un docente, teniendo el término de 80 días siguientes a la radicación del escrito que solicita la cesantía parcial, como establecido para que se reconozca la prestación y se le cancele el valor ordenado.

Por último, no ha operado la prescripción de lo aquí decidido pues la parte actora, aún continúa vinculada a la Entidad donde labora como docente (Ver folio 209 Cuaderno Principal No. 1)¹⁰.

En síntesis, se reconocerá la sanción moratoria en comento, se ordenará el ajuste del valor a partir del día siguiente en que deja de regir hasta que se cancele la totalidad de la debido y se condenará en costas al 18% según ordena el Acuerdo 1887 de 2003.

SUBARGUMENTOS

Se evidencia que los documentos aportados en el plenario con la demanda no fueron tachados de falsos por el accionado dentro de la oportunidad procesal respectiva, los aportados en el período probatorio fueron legalmente incorporados y no se realiza observación alguna frente a ello, siendo documentos que tienen valor probatorio por cumplir con sus requisitos de existencia y validez.

-Hechos Probados y relación probatoria:

- a. De la **Resolución No. 0668 de octubre 30 de 2009**, reconoce y ordena cancelar al Docente **RAMIRO DE J. SEVERICHE TRESPALACIOS**, un valor por su cesantía parcial allí relacionada y consta que **la petición de ésta fue radicada en la fecha del día 25 de marzo de 2009**¹¹.
- b. Que se notificó dicho acto administrativo el día 6 de noviembre de 2009¹².
- c. Que se realizó el pago de lo ordenado el día 12 de marzo de 2010 en el Banco BBVA, según certifica la FIDUPREVISORA S.A.¹³
- d. Se presenta solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, el 30 de julio de 2013¹⁴.
- e. Acto Administrativo Demandado recibido por la parte actora sin requisitos del artículo 67 de la Ley 1437/2011, 700.11.03. SE OPSM 2148 de agosto 23 de 2013¹⁵, en el que la Secretaría de Educación Departamental niega lo pretendido teniendo como base la inexistencia de presupuesto para ese período y el orden que ocupaba su cancelación como lo indica el Decreto 2831/2005.

Se evidencia de la comunidad probatoria, que se incurrió en un pago tardío de una cesantía parcial, del actor, vinculado aún como docente, luego superó el accionado, los

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda- Subsección B. Sentencia del 14 de diciembre de 2015. MP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia 22 de enero de 2015. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. (2015) 2924 – 2013

¹¹ Folio 21-22 Cuaderno Principal No. 1.

¹² Folio 23 Cuaderno Principal No. 1.

¹³ Folio 29 Cuaderno Principal No. 1.

¹⁴ Folio 30 - 31 Cuaderno Principal No. 1.

¹⁵ Folio 32 – 33 Cuaderno Principal No. 1.

80 días establecidos en la Ley 1071 de 2006. Norma aplicable a todos los servidores estatales y que no contradice el Decreto 2831 de 2005.

Al caso, se adoptará del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 14 de diciembre de 2015, MP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, los siguientes sub-argumentos:

Marco jurídico y jurisprudencial de la sanción por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos.

La indemnización por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos fue establecida mediante la Ley 244 de 1995 como una “sanción” a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último ante el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía dentro de los términos previstos de manera expresa por la ley.

Al respecto, consagró lo siguiente:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal 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 informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

“Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste.

Artículo 3.- 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.

Parágrafo transitorio. Establécese el término de un (1) año, contado a partir de la vigencia de la presente Ley, para que las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal o distrital, se pongan al día en el pago de las cesantías definitivas atrasadas, sin que durante este término se les aplique la sanción prevista en el parágrafo del artículo 2 de esta Ley...”

La mencionada norma cumple un fin de protección al servidor público frente a sus necesidades y el pago oportuno derechos laborales mínimos constitucionalizados –art. 53

C.N- y es también desarrollo del Convenio 95 de la OIT que protege el salario y su pago oportuno, aprobado en la Ley 54 de 1962. Reiterada la finalidad proteccionista por la Corte Constitucional en Sentencia C-448 de 1996 que analizó la exequibilidad de la Ley 244 de 1995 en el parágrafo de su artículo 3.

Y así también lo comprendió la Sala Plena de la Corporación¹⁶, al sostener que *“la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores”*.

Años después, la Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006 que en su artículo 2° precisó su ámbito de aplicación así:

“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 del Ahorro”.

Así se consagró expresamente, son destinatarios de la indemnización todos los servidores públicos del Estado, con la salvedad establecida en el artículo 5 respecto al Fondo Nacional del Ahorro e hizo extensiva la sanción, a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, toda vez que la anterior normativa únicamente la previó para las definitivas.

La Ley 1071 de 2006 distinguió entre el término para el reconocimiento de la cesantía (art. 4°) y el término para el pago oportuno de la misma (art. 5°), así:

“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 si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

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

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

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

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

¹⁶ Consejo de Estado. Sentencia 27 de marzo de 2007 MP DR. Jesús María Lemus Bustamante.

la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”

Como se desprende de las referidas disposiciones, la entidad empleadora, o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación, cuenta con un plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir el acto de reconocimiento, y la entidad pagadora, dispone de cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar la prestación social.

COMO SE CALCULA LA SANCIÓN MORATORIA ANTE EL PAGO TARDIO DE LA CESANTÍA PARCIAL.

El Consejo de Estado, en Sala Plena del 27 de marzo de 2007 con Ponencia del Dr. Jesús María Lemus Bustamante, teniendo en cuenta dos situaciones como es la falta de reconocimiento de la cesantía o éste se profiera en forma tardía, sostuvo el inicio de configuración de la sanción moratoria:

“Sobre este aspecto conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarrearán perjuicio al peticionario. Carretera de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecución, 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.

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 protectorista 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.

SANCIÓN MORATORIA EN EL CASO DOCENTE

La Ley 1071 de 2006 involucra a todos los servidores estatales y de los cuales, hace parte el sector docente, como lo ha reiterado en varias ocasiones la Sección Segunda de la Consejo de Estado, cuando ha analizado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de docentes a quienes no se les ha cancelado en forma oportuna el auxilio de cesantías, entre los que vale citar: sentencia de 21 de mayo de 2009, Expediente No. 23001-23-31-000-2004-0006902 (0859-08), actor: Hugo Carlos Pretelt Narango, demandado: Departamento de Córdoba. C.P. Bertha Lucía Ramirez de Páez; sentencia de 21 de octubre de 2011, Expediente No. 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09), actor: Eduardo Montoya Villafañe, demandado: Nación- Ministerio de

Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia de 10 de julio de 2014, expediente No. 17001-23-33-000-2012-0080-01 (2099-13), actor: Martha Lucía Hernández Clavijo, demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero y sentencia de 22 de enero de 2015, expediente No. 73001-23-31-00192-01 (0271-14), actor: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez, demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Además, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías consagrada en la 1071 de 2006 no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al no contrariar las condiciones ni la competencia para el reconocimiento de la prestación, ni tampoco se ve afectado el derecho del empleado docente a recibir un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, de manera el régimen especial a favor de los docentes afiliados al Fondo se mantuvo intacto, pero si se le adicionó la fijación de unos términos perentorios para el reconocimiento y pago oportuno de dicha cesantía.

✦ **Competencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio frente al pago de las prestaciones sociales del personal docente afiliado.**

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3°, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tuviera más del 90% del capital.

Como objetivos de dicho Fondo, el artículo 5° de la referida ley estableció, entre otros, los siguientes: (i) efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; (ii) velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes, entre otras.

El artículo 9° de la ley estableció la obligación del Fondo de pagar las prestaciones sociales de los docentes afiliados, aunque el reconocimiento de las mismas quedó a cargo de las entidades territoriales competentes, en virtud de la delegación que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, les haga de dicha función:

“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.”

La anterior disposición se complementa con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, que estableció que el acto de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes oficiales debía ser elaborado por el secretario de educación de la entidad territorial certificada y correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente:

“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.”

En cuanto al trámite para el reconocimiento de la cesantía parcial a cargo del demandado, el Decreto 2831 de 2005, 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, lo describe de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2°. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

ARTÍCULO 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la secretaria de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

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

prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecución para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

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

PARAGRAFO SEGUNDO: Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

ARTICULO 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaria 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 secretaria de educación.

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

Se permite concluir que el reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le corresponde al Fondo, mediante aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre y que el trámite establecido con tal finalidad implica la participación de la Secretaría de Educación de la respectiva entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo.

En términos prácticos, la secretaria de educación de la respectiva entidad territorial certificada le corresponde atender las solicitudes prestacionales que sean pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que implica: (i) recibir y radicar la solicitud, (ii) elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación, (iii) suscribir el acto de reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo (previa aprobación por parte de la fiduciaria), y (iv) remitir a la fiduciaria copia de los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales para efectos de pago, dentro de los tres (3) días siguientes a que éstos se encuentren en firme. A la sociedad fiduciaria por su parte, le corresponde: (i) implementar un sistema de radicación único, (ii) adoptar un formulario de radicación, como el proyecto de resolución que, dentro del término previsto, le envíe la respectiva secretaria de educación y, si fuere del caso, (iv) impartirle su aprobación para que el secretario de educación pueda suscribirlo.

En ese orden, debe decirse que las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente¹⁷.

Es de aclarar, que el Decreto 2831 de 2005 por el cual se reglamentó el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, pues dicha norma reafirma dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al disponer una intervención estrictamente instrumental de las secretarías de educación, en la recepción y radicación de las solicitudes, trámite, proyección y expedición del acto de reconocimiento de la prestación, toda vez que, en firme y ejecutoriada la decisión, esta debe remitirse a la fiduciaria para efectos del pago.

Ajuste de valor.

Al respecto, ciertamente la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996, sostuvo lo siguiente:

“No resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no solo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación”.

Entonces, la sanción moratoria es incompatible con la indexación, toda vez que esta no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior, lo que determina la improcedencia de reconocer los ajustes de valor de la sanción moratoria mientras esta opere.

Visto el caso, el ajuste de valor de las sumas que resulten de la condena se ajustarán, pero solo a partir del día siguiente a la fecha en que deja de operar la sanción moratoria y hasta que se produzca el pago de la condena con el fin de proteger el derecho a la actualización monetaria.

PRESCRIPCIÓN

En relación a la prescripción extintiva de la sanción moratoria, en el caso de pago tardío de las cesantías parciales, que supone la existencia del vínculo laboral, como sucede en el

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

caso en estudio¹⁸, esta no se aplica en este tipo de circunstancias, conforme lo establece la Sección Segunda Sub B del Consejo de Estado¹⁹, que consagra:

“(…) De lo expuesto es dable concluir que para efectos de contabilizarse el término de la prescripción de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990 debe tenerse como inicio del conteo el momento de la terminación de la vinculación laboral, que es cuando verdaderamente se causa o hace exigible tal prestación social (…).”

En ese mismo sentido, en sentencia de fecha 22 de enero de 2015. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. (2015) 2924 – 2013, se reiteró:

“El pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignación del auxilio de cesantía en el fondo de cesantías de la señora Mery Milena Torregrosa Muñoz se ordenará hasta el 20 de diciembre de 2011, fecha en que se produjo la terminación del vínculo laboral, pues es claro que a partir de ese momento procedía el pago de las cesantías definitivas y la correspondiente sanción establecida en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 en caso de mora en el mismo. Sin embargo, advierte la Sala que la demandante no solicitó el reconocimiento de dicha moratoria ni la respectiva sanción y en consecuencia esta Subsección no puede ordenarla.”
(Negrilla fuera de texto)

COSTAS

Teniendo en cuenta lo establecido en el Art. 365 y 366 del C.G.P, se condenará en costas a la parte demandada, dado que resultó vencida en este proceso. Se tasan para el pago en un 18%, de acuerdo al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta la conducta desplegada, esto es, de la efectividad del actuar una vez otorgado el poder.

IV. PARTE RESOLUTIVA.

Por lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelo - Sucre, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad del acto administrativo demandado 700.11.03. SE OPSM 2148 expedido en Sincelo, en la fecha agosto 23 de 2.013, en el que se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo al Señor RAMIRO DE JESÚS SEVERIQUE TRESPALACIOS, según se motivó.

SEGUNDO: CONDÉNSE a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que reconozca y pague la sanción moratoria ocasionada con el pago tardío de las cesantías parciales al señor RAMIRO DE JESÚS SEVERICHE TRESPALACIOS CON CC No. 9.312.097, consistente en 194 días de mora,

Frederic
LISSETTE MAIRELY NOVA SANTOS
Jueza

NOTIFIQUESE,

CUARTO: Ejecutoriada esta sentencia, si la misma no fuere apelada, ARCHIVASE el expediente, previas las anotaciones del caso en los libros radicadores y el envío de las comunicaciones de cumplimiento de sentencia a que haya lugar.

TERCERO: Pago en costas en esta instancia en un 18%, conforme se expresó en la parte motiva de este proveído.

comprendidos entre 28 de julio de 2009 a 12 de marzo de 2010. Ajustándose el valor en sentencia, a partir del día siguiente a la finalización de la sanción moratoria establecida, es decir, a partir del 13 de marzo de 2010 hasta que efectivamente se cancele el valor ordenado.