



## JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintiséis (26) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2014-00063-00  
Demandante: María Cristina Pérez Ricardo  
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Departamento de Sucre - Secretaría de Educación Departamental de Sucre - FIDUPREVISORA S.A.

**Tema.** Régimen legal de las Cesantías / Docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio / Sanción por mora-Ley 1071 de 2006.

### SENTENCIA N° 23

#### OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los arts. 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

#### 1. ANTECEDENTES.

##### 1. 1. LA DEMANDA.

##### 1.1.1. Pretensiones.

**“PRIMERA.** Declarar la Nulidad Absoluta del Acto Administrativo **O.P.S.M. 2116 de agosto 26 de 2013, Notificado el día septiembre 12 de 2013,** expedido por la secretaría de EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE que negó a mi mandante 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 radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

**SEGUNDA.** Declarar que mi representada tiene derecho a que la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE SUCRE, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE - FIDUPREVISORA S.A.**, le reconozca y pague los Intereses Moratorios de las cesantías parciales reconocidas, mediante Resolución N° 0674 de mayo 23 de 2008 de conformidad con la Ley 1071 de 2006 equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

**TERCERA.** Que como consecuencia de la Declaratoria de Nulidad, y a Título de Restablecimiento del derecho, se condene a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE SUCRE, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE - Y FIDUPREVISORA S.A.** al Reconocimiento y Pago de los Intereses Moratorios a favor de mi mandante con ocasión de la tardanza generada por las entidades convocadas, de conformidad con 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 radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

**CUARTA.** Que se condene a la parte demandada al pago de la Indexación e Intereses a que haya lugar de acuerdo al artículo 195 del C.P.A.C.A.

**QUINTA.** Que se condene a la parte demandada al Cumplimiento del Fallo que se profiera en el presente proceso, de acuerdo con los arts. 192 y 55 Del C.P.A.C.A.

**SEXTA.** Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del art. 188 del C.P.A.C.A.”

### **1.1.2. Hechos.**

Indica que, la Sra. María Cristina Pérez Ricardo laboró al servicio de la docencia oficial en la Institución Educativa Pío XII del Municipio de Coveñas - Sucre.

Argumenta que, el 30 de agosto de 2007 la actora radicó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales ante la Secretaría de Educación Departamental de

Sucre, entidad encargada de tramitar dicho asunto ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el Decreto 2831 de 2005.

Que mediante Resolución N° 0674 de 23 de mayo de 2007, fue resuelta la solicitud de cesantía parcial, siendo notificada el día 23 de mayo de 2008. Y el día 02 de febrero de 2009 por parte de la entidad pagadora FIDUPREVISORA S.A. se puso a disposición de la docente el pago correspondiente a la cesantía reconocida, por aquel acto administrativo, por lo que los 65 días transcurrieron hasta el 04 de diciembre de 2007, incurriéndose en la mora desde esta fecha hasta el día del pago, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Expresa que, el 26 de mayo de 2011, solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de los intereses moratorios adeudados por pago tardío de la Cesantía, siendo remitida a la FIDUPREVISORA S.A., quien indicó que dicha comunicación no tiene carácter de acto administrativo, por carecer de competencia para emitirlos.

Por lo anterior, la demanda en su momento se presentó ante la justicia ordinaria laboral, por la que se ventiló este asunto por mucho tiempo. Jurisdicción que cambió de manera repentina, por lo que la demandante sufrió un grave perjuicio, debiéndose presentar nuevamente ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, derecho de petición, solicitando reconocimiento y pago de indemnización moratoria por pago tardío de la cesantía, frente a la cual la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, mediante Oficio O.P.S.M. 2116 de agosto 26 de 2013, notificado el 12 de septiembre de 2013, negó dicho reconocimiento, bajo el argumento de que no le asiste el derecho, toda vez que pago en tiempo la Cesantía.

Manifiesta que, ante la negativa por parte de la demandada, solicitó ante la Procuraduría judicial Delegada para asuntos administrativos audiencia de conciliación extrajudicial, con el fin de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, diligencia que se declaró fallida.

### **1.1.3. Disposiciones Violadas.**

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos:

**Legales y constitucionales:** Ley 91 de 1989 artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995 artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006 artículos 4 y 5.

#### **1.1.4. Concepto de la violación.**

Argumenta la parte que el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siempre han estado menoscabando las disposiciones que regula la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la prestación, contrato al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que al momento de solicitarlas, están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono, pero que son del empleado, para cuando éste quede cesante en su actividad.

En virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, mediante las cuales, se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, de 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Sin embargo, esta circunstancia y muy a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa ha de entenderse en que entre el reconocimiento y pago, no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO cancela por fuera de los términos establecidos en la ley dicha prestación, lo que genera una SANCIÓN para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contando hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.

Manifiesta igualmente que para el caso concreto, es aplicable la Ley 91 de 1989 artículo 2 numeral 5; la Ley 244 de 1995, y la Ley 1071 de 2006.

Como sustento de estos argumentos, la parte demandante, se detiene a transcribir articulados de las normas en mención y de precedentes jurisprudenciales acerca del asunto objeto de estudio.

## 1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el 14 de marzo de 2014<sup>1</sup> ante la oficina judicial, correspondiéndole por reparto a este Despacho.
- Mediante auto del 26 de marzo de 2014<sup>2</sup> fue admitida la demanda.
- La parte demandada fue notificada de este proceso el 29 de mayo de 2014<sup>3</sup>.
- Las entidades demandadas dieron contestación de la demanda de la siguiente manera: Departamento de Sucre<sup>4</sup>. En cuanto a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>5</sup> y la FIDUPREVISORA S.A. no contestó.
- A través de secretaría se corrió traslado de las excepciones propuesta<sup>6</sup>.
- En auto del 29 de septiembre de 2014 se fijó fecha para audiencia inicial<sup>7</sup>.
- El 16 de junio de 2015 fue llevada a cabo audiencia inicial, en donde se recepcionaron los alegatos de conclusión de las partes y se conceptuó de fondo<sup>8</sup>.

## 1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

### 1.3.1. NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO<sup>9</sup>.

En consideración a los hechos argumenta:

- Los hechos primero, segundo, tercero y cuarto, no son hechos que le corresponda probar al demandado pero parece ser cierto conforme obra en el expediente.
- Al hecho quinto, expresa no es cierto.
- sexto, no es un hecho, es una afirmación jurídica del demandante.
- Séptimo y octavo, no son hechos que le corresponda probar a la entidad demandada.
- Al hecho noveno, no es un hecho es un requisito de procedibilidad para impetrar la demanda.

Como fundamento de defensa, que la pretensión del accionante no está ajustada a derecho, toda vez que no está ajustada a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral. La jurisdicción contenciosa administrativa no es competente para conocer de asuntos como el presente, pues cuando se pretende el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de la

---

<sup>1</sup> Folio 18.

<sup>2</sup> Folios 37 - 37v.

<sup>3</sup> Folios 45 - 52.

<sup>4</sup> Folio 80 - 87.

<sup>5</sup> Folios 64 - 72.

<sup>6</sup> Folio 103.

<sup>7</sup> Folio 105.

<sup>8</sup> Folio 160 - 161v.

<sup>9</sup> Folio 64 - 69.

cesantías, previstas en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, es la jurisdicción ordinaria laboral, a través del proceso ejecutivo, la competente para conocer de tales pretensiones, en cuanto las mismas van encaminadas al reconocimiento de una obligación en dinero y no a controvertir el acto administrativo por medio del cual se le reconoció y ordenó el pago de sus cesantías ni controvierte el derecho a la sanción, el cual apenas pretende lograr demandando el acto administrativo ficto o presunto que la niega.

Alega que, la entidad no cuenta con los recursos económicos suficientes para pagar todas las cesantías que cursan en la entidad, por lo que sólo será posible una vez exista disponibilidad presupuestal, como a fin lo indica el artículo 14 de la Ley 344 de 1996.

Arguye oponerse a todas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad, solicitan se denieguen todas las pretensiones de la demanda.

Presentó como excepciones las de Inexistencia del Derecho por Errónea Interpretación de la Norma; Buena Fe; Pago; y la excepción genérica o innominada.

### **1.3.2. DEPARTAMENTO DE SUCRE<sup>10</sup>.**

En consideración a los hechos argumenta:

- Los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, sexto, octavo y noveno son ciertos de conformidad con la documentación allegada al expediente.
- Los hechos quinto y séptimo, no son ciertos, toda vez que en el acto que reconoció cesantías, se le informó que este se pagaría una vez existiera disponibilidad presupuestal, conforme a la Ley 344 de 1996 en el artículo 14, por lo que no sufrió un perjuicio, sino que se causó una vez este no realizó la reclamación de los intereses, causándose de esta manera la caducidad de la acción, debiendo presentarla antes de junio de 2009, contados a partir de la fecha del pago.

Manifiesta oponerse a la totalidad de las pretensiones, toda vez que carecen de sustento fáctico y jurídico.

---

<sup>10</sup> Folio 80 - 88.

Expresa que, el acto administrativo demandado, es decir, Resolución O.P.S.M. 2116 de agosto 26 de 2013, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados por el accionante, solo fue expedida formalmente por el Departamento de Sucre, pues la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, emite formalmente el acto administrativo en nombre y representación de la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el Decreto 2831 de 2005; entonces, mal podría condenársele a reconocer y pagar una obligación que no le corresponde al ente territorial, como lo es el reconocimiento y pago de los intereses moratorios solicitados por la accionante, puesto que el Departamento de Sucre, nunca emitió sustancialmente tal decisión, por lo que debería ser excluido del proceso, por no tener calidad de legitimado en causa pasiva, o sea, no participó en la creación de este acto administrativo acusado, no emitió su voluntad, no creó ni modificó, ni extinguió ningún derecho de la demandante, por lo cual deben ser negadas las súplicas de la demanda.

Propuso como excepciones la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, pues considera que la Secretaría de Educación del Departamento De Sucre, emite formalmente el acto administrativo en nombre y representación de la Nación, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confiere la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, el Decreto 2831 de 2005, por lo que mal podría condenársele a reconocer y pagar una obligación que no le corresponde, como es el pago y reconocimiento de los intereses moratorios solicitados por la actora.

Además PROPUSO LAS EXCEPCIONES PERENTORIAS, DE MÉRITO O DE FONDO:

FALTA DE CAUSA PARA PEDIR O INEXISTENCIA DE DERECHO SUSTANTIVO, en el entendido que si bien el secretario de educación actuó en el acto administrativo expedido, este no lo hizo en forma autónoma, si no en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que la Secretaría departamental de educación no tiene por qué responder frente a un acto que no es de él, además a esto se debe agregar que si bien el acto administrativo le reconoció el derecho de adquirir Cesantías parciales, también se dispuso que este se realizaría cuando le corresponda el turno y exista disponibilidad presupuestal, conforme a la Ley 344 de 1996.

**PRESCRIPCIÓN:** al haberse reconocido al demandante la cesantías parciales, mediante la Resolución 0674 del 23 de mayo de 2007, notificándose el 23 de mayo de 2008 y al haberse interrumpido el término de prescripción el 30 de julio de 2013, ya había operado el fenómeno de la prescripción, que se cumplió el 23 de mayo de 2011 o el 30 de mayo de 2011, sin embargo la demanda se presentó en marzo de 2014.

Las que resulten probadas en el curso del proceso, conforme al artículo 306 del C.P.C., aplicable a este evento.

### **1.3.3. FIDUPREVISORA S.A.**

La entidad demandada no contestó la demanda.

## **1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

### **1.4.1. Parte demandante<sup>11</sup>.**

El apoderado de la parte demandante presenta sus alegatos de conclusión, en los que se reitera en los argumentos de la demanda. Apoya sus intereses en que el plazo dado por la Ley 1071 de 2006 para el reconociendo y pago de las cesantías, es de 65 días hábiles a partir del día siguiente de la solicitud ante la Secretaría de Educación respectiva, lo cual genera mora desde el mismo momento en que se sobrepasa este tiempo.

Que es viable considerar la responsabilidad de los entes demandados, frente al pago de las prestaciones sociales de los docentes. Concluye expresando que no se puede desconocer el espíritu garantista que contiene la Ley 1071 de 2006, al establecer un término tanto para el reconocimiento de la prestación, como para su pago por parte de cada una de las entidades competentes para tal fin, razón por la cual sería perjudicial para la actora si solo aplicara la sanción respecto de la demora y pago, y no tuviera en cuenta el término establecido claramente en la norma en materia de reconocimiento.

---

<sup>11</sup> Folio 166 - 176.

#### 1.4.2. Nación - Ministerio De Educación Nacional - FOMAG.

No presentó alegatos de conclusión.

#### 1.4.3. Ministerio público<sup>12</sup>:

Comienza la delegada de la Procuraduría haciendo un recuento de la parte general de la demanda, como introducción a sus consideraciones, planteándose como problema jurídico, si el caso cumple con los requisitos que dan lugar al reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006.

Continúa, realizando una explicación de que consiste la figura de la cesantía y de la norma aplicable a los docentes, así como de los regímenes existentes al día de hoy.

Indica que, una vez revisado los documentos aportados con la demanda y de los términos legales para el reconocimiento y pago de las cesantías, partiendo el conteo desde el día en que se presentó la solicitud de dicho reconocimiento, hasta el día en que se concretó la notificación y pago de la prestación, por lo que para el caso superó más de los 80 días para el desembolso del dinero, razón suficiente para que a voces de la procuradora delegada se deba reconocer la Sanción moratoria por pago tardío de las cesantías al demandante, por lo que se debe declarar la nulidad del acto demandado en el presente medio de control.

## 2.- CONSIDERACIONES.

### 2.1. Competencia:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

### 2.2. Aclaraciones Previas

La **Secretaría de Educación Departamental de Sucre** y la **FIDUPREVISORA S.A.**, propusieron por intermedio de apoderado judicial, la falta de legitimación en la causa

---

<sup>12</sup> Folios. 170 - 175.

por pasiva, conforme a lo descrito en la General de esta Providencia, para ello se tiene lo siguiente:

### 2.2.1. Legitimación en la causa por pasiva.

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, se tiene que en el presente asunto, solo debe girar la responsabilidad en torno a los efectos del acto administrativo censurado, respecto de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, ya que respecto de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE, el mismo solo actúa como medio para que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, materialice la decisión administrativa relacionada con las prestaciones a su cargo y la FIDUPREVISORA S.A., como pagadora del Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones del Magisterio. Para llegar a esta conclusión es importante analizar:

El Decreto 111 de 1996, consagra en su artículo 30 los fondos especiales en el orden nacional, definiéndolos como *“... los ingresos definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador”*.

La Ley 91 de 1989, en su artículo 3<sup>13</sup>, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad de fondo especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyo fin es el regulado por el artículo 4 de la misma ley, el que consiste en la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la ley y de los que se vinculen con posterioridad a ella, cuenta que se encuentra adscrita a la Nación y es representada por el Ministerio de Educación, conforme a lo dicho por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, del Consejero ponente doctor César Hoyos Salazar, en Concepto del 23 de mayo de 2002, con radicación número 1423 y actor el Ministro de Educación Nacional, en la que se refirió a la representación judicial y

---

<sup>13</sup> “Artículo 3. Créase 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 serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

extrajudicial del fondo. Como objetivos del mismo, el artículo 5 de la misma normativa, consagra en su numeral 1 el de *“Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado”*.

Igualmente, la norma que crea el mencionado fondo (artículo 3 transcrito a pie de página 2) en su inciso final consagra que este órgano deberá estar dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios, en cada entidad territorial, sin afectar el principio de unidad.

En complemento y desarrollo de la anterior disposición, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994<sup>14</sup>, reitera que las prestaciones sociales a cargo del fondo, serán reconocidas por este, a través del representante del Ministerio en la entidad territorial, norma que es reiterada y reglamentada en su operatividad práctica por el Decreto 1775 de 1990, modificado a su vez por el Decreto 2234 de 1998.

Por otra parte, el legislador a través de la Ley 962 del 8 de julio de 2005, *“Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”*, estableció en su art. 56<sup>15</sup>, que el representante del fondo para efectos del reconocimiento de las prestaciones sociales a su cargo es el SECRETARIO DE EDUCACIÓN TERRITORIAL CERTIFICADA, y que este firmaría el acto administrativo que decide las solicitudes elevadas sobre el mencionado tema, previa aprobación del proyecto de acto por el administrador del fondo.

Así pues, del anterior marco normativo, como se señaló al inicio, se puede inferir que es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien tiene a su cargo las prestaciones sociales de los docentes nacionalizados, por tanto es a este organismo a quien le correspondería responder por las posibles irregularidades existentes en su liquidación.

---

<sup>14</sup> **“Artículo 180º.-** Reconocimiento de prestaciones sociales. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales.”

<sup>15</sup> **“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.” (Negrillas fuera del texto).

Igualmente, es claro que el SECRETARIO DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, solo actúa como medio regional de atención a los afiliados al fondo, pero no es la voluntad del ente territorial la que se refleja en el acto, sino la voluntad misma del fondo. Quedará por definir, quién representa legalmente al mencionado fondo, para efectos procesales, dado que como lo indica la norma de creación del mismo, no posee personería jurídica, a fin de determinar claramente que es a éste órgano y no al Departamento de Sucre.

Para resolver la anterior inquietud, se trae a colación la interpretación Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, del que se transcribe:

**“2. LA SALA RESPONDE:**

*En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio, que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional.*

*A la Fiduciaria La Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.”<sup>16</sup>*

Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta claro, que no obstante que los actos administrativos son expedidos formalmente por parte del DEPARTAMENTO de SUCRE, a través de su Secretario de Educación, ellos no manifiestan su voluntad, como elemento de existencia del acto, sino que manifiestan la voluntad del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Así las cosas, en caso de demandarse la nulidad de los actos administrativos que definen las prestaciones a cargo de dicho fondo, debe dirigirse la demanda no contra la entidad territorial que expidió el acto, sino contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Por otra parte, la FIDUPREVISORA S.A. es una sociedad de economía mixta sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo capital público asciende al 90%. En virtud del contrato de fiducia celebrado con el Ministerio de Educación para la administración de los recursos del fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, corresponde a la Fiduprevisora el cumplimiento de los cometidos de la Ley 91 de 1989

---

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: CÉSAR HOYOS SALAZAR. Concepto del 23 de mayo de 2002. Radicación número: 1423. Actor: MINISTRO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Referencia: fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio. representación judicial y extrajudicial del fondo.

referidos al pago de las prestaciones sociales, entre otros del Patrimonio Autónomo denominado Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio, no obstante, de acuerdo con la Ley 962 de 2005, la competencia para decidir sobre los derechos de los afiliados al Fondo, corresponda a este, y no a la Fiduprevisora.

Por todo lo anterior, es la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien tiene legitimación en la causa material por pasiva; y en su efecto se ratifica como probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del DEPARTAMENTO DE SUCRE y la FIDUPREVISORA S.A.

#### **2.1.4. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.**

Se pretende la nulidad del Acto Administrativo O.P.S.M. 2116 de agosto 26 de 2013, mediante el cual se negó a la actora el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006.

#### **2.1. PROBLEMA JURÍDICO.**

De acuerdo a la fijación del litigio planteado en la audiencia inicial, se centra el Despacho en determinar el siguiente problema jurídico:

*¿Le asiste 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, en su condición de docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio?*

Para resolver el presente caso, se sigue el siguiente hilo conductor: a I) Régimen Legal de las cesantías para docentes públicos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio II) Derecho al pago a los docentes de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006 III) Caso en concreto.

#### **2.2. RÉGIMEN LEGAL DE LAS CESANTÍAS PARA DOCENTES PÚBLICOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al

sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda.

El reconocimiento y pago de una prestación social bajo el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, se convierte en un asunto que adquiere relevancia Constitucional y, en consecuencia, exige al encargado de establecer su viabilidad en cada caso concreto, la observancia de los principios constitucionales aplicables en materia laboral.

Ahora bien, la Ley 6ª de 1945<sup>17</sup> en su artículo 17 estableció, entre otras, el auxilio de cesantías para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, teniendo en cuenta el tiempo prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

A su turno, el artículo 1º de la Ley 65 de 1946<sup>18</sup> por medio de la cual se modifican las disposiciones sobre cesantías y jubilación, hizo extensiva dicha prestación a los trabajadores del orden territorial y a los particulares, así:

*“Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.*

*Parágrafo.- Extiéndase este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares”.*

La anterior norma fue reiterada por el artículo 1º del Decreto 1160 de 1947<sup>19</sup>. Posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3118 de 1968<sup>20</sup> preceptuó que cada año calendario, contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de

<sup>17</sup> “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”.

<sup>18</sup> “Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras”.

<sup>19</sup> “Sobre auxilio de cesantía”.

<sup>20</sup> “Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones”.

sus trabajadores o empleados. De igual manera, advirtió que la liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

Por su parte, el artículo 33 *ibídem* estableció intereses en favor de los trabajadores, correspondientes al 9% anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público o trabajador oficial; porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3° de la Ley 41 del 11 de diciembre de 1975<sup>21</sup>.

Así, con la expedición del Decreto 3118 de 1968 se da comienzo en el sector público, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, al desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. El pago de intereses a cargo del Fondo Nacional de Ahorro se previó para proteger dicha prestación de la depreciación monetaria.

En el orden territorial el auxilio de cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que preveían su pago en forma retroactiva.

El 28 de diciembre de 1990 se expidió la Ley 50<sup>22</sup>, en cuyo artículo 99 se estableció el régimen anualizado de liquidación de cesantías y, en el numeral 3º, la sanción moratoria por la no consignación oportuna de tal auxilio a los trabajadores afiliados a los fondos privados. Textualmente dispuso:

*“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características*

*1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*

*2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*

*3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. (...)”.*

<sup>21</sup> “Por la cual se modifica el Decreto ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones”.

<sup>22</sup> “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996<sup>23</sup> dispuso un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997 con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vincularan a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que fuera su nivel (Nacional, Departamental, Municipal o Distrital).

Luego se expidió la Ley 432 de 1998<sup>24</sup>, que en su artículo 5º estableció la obligación de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro para los servidores públicos de la rama ejecutiva del orden nacional y la posibilidad de que los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios hicieran lo propio.

En el ámbito territorial el nuevo régimen de liquidación anualizada de cesantías fue reglamentado por el Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998<sup>25</sup>, vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, que en su artículo 1º estipuló:

*“Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.*

*Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998”.*

En este orden de ideas, en virtud de la facultad otorgada al legislador, compartida con el ejecutivo según lo establecido en el mismo numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política<sup>26</sup>, respecto al auxilio de cesantías en nuestro ordenamiento jurídico coexisten varios regímenes y cada uno se aplica de manera integral en virtud del principio de inescindibilidad normativa, a saber:

- (i) Régimen de Cesantías con Retroactividad,
- (ii) Régimen Administrado por el Fondo Nacional de Ahorro, y
- (iii) Régimen de Liquidación de Cesantías por Anualidad<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”.

<sup>24</sup> “Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones”.

<sup>25</sup> “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”.

<sup>26</sup> Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra, sostuvo: “El Constituyente de 1991, entonces, conservó el concepto que venía desde la reforma constitucional de 1968, en relación con la necesidad de la existencia de una **competencia compartida** entre el legislador y el ejecutivo en la regulación de determinadas materias, una de ellas la fijación del régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, entre otros servidores del Estado, en donde la función del primero se debe limitar a establecer unos marcos generales, unos lineamientos que le circunscriban al segundo la forma como éste ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos específicamente señalados por la propia Constitución.”

<sup>27</sup> Al respecto sostuvo la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en Concepto del 22 de agosto de 2000, radicación No. 1448: “Del recuento normativo se concluye que en la actualidad existen tres sistemas diferentes de liquidación y manejo

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

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

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

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

*A. 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.*

*B. 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.”*

De lo anterior se concluye, que los factores a tener en cuenta para liquidar las cesantías y el salario base de liquidación, se rigen por las normas establecidas para los servidores públicos del orden nacional, es decir, lo señalado en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, que se atenderá al momento de fijar la viabilidad de la sanción solicitada.

---

de cesantías para servidores públicos del orden territorial, a saber (sic) y una situación generada por el tránsito legislativo, a la que se hará alusión posteriormente:

1°.- Sistema retroactivo: las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

2°.- Sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la ley 50 de 1990: incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador; cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998.

3°.- Sistema del Fondo Nacional de Ahorro: desarrollado en el artículo 5° y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998; rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.”

De igual forma se encuentra que los regímenes de liquidación de cesantías existentes para el personal docente, varían de acuerdo 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.

Al respecto el Consejo de Estado, ha expresado frente al tema:

***“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 1975<sup>28</sup>.*

*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 <sup>29</sup> 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*

---

<sup>28</sup> 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”.

<sup>29</sup> Resalta la Sala que la Ley 91 de 1989 entró en vigencia el 29 de diciembre de esa anualidad.

*nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.*

*De manera particular, en lo que a las **cesantías** hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, **para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año. Y para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.*

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

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

*En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.”<sup>30</sup>*

Visto lo anterior, se estudiará la Sanción Moratoria como una obligación accesoria que tiene lugar cuando la entidad obligada al pago de las cesantías definitivas o parciales incurre por el no pago oportuno de las mismas.

### **2.3. DERECHO DE LOS DOCENTES AL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA CONSAGRADA EN LA LEY 1071 DE 2006.**

Como primera medida es importante precisar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-928-06, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, al estudiar la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se pronunció respectó del

---

<sup>30</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 25 de marzo de 2010. Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01 (0620-09). Actor: ARACELLY GARCÍA QUINTERO. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

régimen especial prestacional del personal docente, indicando que los docentes gozan de un régimen prestacional independiente de los demás servidores públicos, dicho régimen tiene establecido para los servidores vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 el pago anualizado de las cesantías, reconociendo un interés equivalente a la tasa comercial promedio de captación, de igual forma, es clara la Corte en afirmar que a los docentes no se les aplica las disposiciones de la Ley 50 de 1990.

En el mismo sentido el Consejo de Estado<sup>31</sup>, estableció que no es posible aplicar una norma diferente a la Ley 91 de 1989, por tratarse de un régimen especial prestacional, el cual debe ser aplicado en su integridad, sin ser viable la aplicabilidad de otros regímenes.

Por otra parte, se expidió la Ley 1071 de 2006 *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.”*, teniendo como objeto, según el artículo primero<sup>32</sup> reglamentar el reconocimiento de las cesantías definitivas y parciales a los trabajadores y servidores públicos. Así mismo, en el artículo 2 ibídem<sup>33</sup>, se indicó que son destinatarios de esa ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Se establece entonces en dicha normativa de manera clara que esa ley es aplicable a los miembros de las corporaciones públicas y en general a todos los empleados y trabajadores del Estado de todos sus órdenes, quedando incluidos los docentes; tema que fue estudiado por el H. Tribunal Administrativo de Sucre, M.P. el Dr. Moisés Rodríguez Pérez en la Sentencia de fecha de 17 de septiembre de 2015, haciendo una síntesis de los debates que se realizaron en el seno del congreso en lo que fue el Proyecto de Ley 44 de 2005, hoy Ley 1071 de 2006.

---

<sup>31</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009), CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE, Ref.: 760012331000200401655 01, N° Interno 0672-07, MARÍA EDITH CARDONA MORALES contra el MUNICIPIO DE OBANDO, AUTORIDADES MUNICIPALES.

<sup>32</sup> ARTÍCULO 1o. OBJETO. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.(negrillas fuera de texto)

<sup>33</sup> ARTÍCULO 2o. AMBITO 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. (Negrillas del despacho).

Por lo anterior, es claro que con la consagración de la Ley 1071 de 2006, se generó un cambio en el ámbito normativo para determinar la sanción moratoria y los términos para el pago de esas prestaciones a los servidores del Estado, estableciéndose de manera contundente que dicha ley se aplica a todos los servidores públicos de todos los órdenes, ya que en el objeto<sup>34</sup> y en ámbito de aplicación<sup>35</sup> de la ley se dispone que se aplica a todos los servidores y trabajadores del Estado.

Por lo anterior, no hay dubitación alguna para establecer que en vigencia de la Ley 1071 de 2006<sup>36</sup>, está consagrado para todos los servidores del Estado sin distingo alguno, la posibilidad del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas, estableciéndose que dicho pago se hará efectivo acreditando la no cancelación de la prestación en los términos de los artículo 4 y 5 *ibídem*.<sup>37</sup>

De conformidad con todo lo anterior y como la interpretación normativa que más beneficia a los docentes afiliados al Fondo Nacional del Magisterio, en lo relacionado con la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías, es la consagrada en la Ley 1071 de 2006, debe de aplicarse dicho precepto con preferencia a las normas especiales que consagran sanciones distintas por la mora en el pago de dicha prestación.

Ahora bien, para abundar en argumentos, es preciso aseverar que no es aplicable el precedente jurisprudencial contenido en las sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional señalados líneas atrás, ya que dichos fallos hacen relación al reconocimiento de la sanción moratoria en vigencia de la Ley 50 de 1990.

---

<sup>34</sup> Art. 1 de la Ley 1071 de 2006.

<sup>35</sup> Art. 2 de la Ley 1071 de 2006.

<sup>36</sup> Publicada en el Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006.

<sup>37</sup> **ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 5o. 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. (Negrillas fuera de texto).

Por otro lado, igual resultado conduciría, al 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 genere duda sobre su aplicabilidad al sector docente, la misma se despejará al momento en se acude 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 se enfoca en la aplicabilidad de la norma al sector docente.

La anterior explicación, es menester realizarla, dado que la aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 a los docentes, ha dado lugar a que se presenten interpretaciones diferentes por parte de los operadores judiciales, que en su autonomía e independencia, pueden llegar a resultados disimiles al analizar la misma norma<sup>38</sup>.

Aclarado el campo de acción, que 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 concluye<sup>39</sup>:*

- 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*

<sup>38</sup> En este punto, se puede observar la siguiente providencia del Consejo de Estado, en donde esta alta corporación al momento de estudiar una tutela contra providencia judicial, avala la interpretación autónoma que hace un tribunal administrativo, por no existir unidad de criterios sobre el punto en la jurisprudencia. Ver: Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P.: DR. Bertha Lucía Ramírez De Páez. Sentencia del 27 de junio de 2013. Ref: Expediente No. AC-1100103-15-000-2013-00446 00. “Un aparte de esta, nos ilustra: “Teniendo en cuenta lo expuesto, actualmente no existe un criterio unificado por esta Alta Corporación en lo relacionado con el pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías a los Docentes, por lo que mal podría exigirse una única postura al respecto, pues como quedó evidenciado, los criterios encontrados se encuentran debidamente fundamentados, bajo criterios jurídicos razonables.”

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

<sup>39</sup> 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.

*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.”<sup>40</sup>*

Por último, el Consejo de Estado ha precisado que no es requisito el demostrar la mala fe de la entidad demandada para efectos del reconocimiento de la sanción moratoria, la única exigencia para el pago de dicha sanción es el vencimiento del plazo establecido en la Ley; por tanto, no puede aceptarse como eximente de responsabilidad de la entidad pagadora para la cancelación de la sanción, **la existencia de trámites internos dispendiosos para dichos efectos o falta de disponibilidades presupuestales para realizar el pago de la cesantía**, así lo expuso esa alta corporación:

*“... la demostración de la buena o mala fe del empleador estatal, por cuanto la indemnización que regula dicha ley se causa cuando la administración cae en mora en el pago de las cesantías que se han liquidado por un acto administrativo en firme. Lo anterior significa que la única exigencia que precisan las referidas normas es la omisión en el pago del auxilio de cesantía dentro del plazo allí señalado, sin consideración adicional de ninguna naturaleza, pues para ello la administración cuenta con un plazo suficiente para proceder a realizar el pago efectivo de dicha prestación, tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Sección, aclarando que “si se trata del auxilio de cesantía, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, la entidad pública obligada al pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación definitiva de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.”<sup>41</sup> (Subrayado propio).*

Establece la normativa que la mora en el pago de las cesantías definitivas, dentro de los 65 días hábiles siguientes a la solicitud de las mismas, genera la sanción consagrada en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, la cual corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

<sup>40</sup> 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).

<sup>41</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009), Ref.: 760012331000200403585 01, N° Interno 1268-08, Lisandro Angulo Micolta contra el Municipio de Buenaventura.

El Consejo de Estado ha dicho de manera reiterada que dicho término se debe contar a partir de la solicitud de la cesantía:

*“En cuanto al procedimiento que debe surtir la Administración para la liquidación del auxilio de cesantías definitivas, la Ley 244 de 1995 dispuso:*

*“ARTÍCULO 1°. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de 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 peticionario 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.*

*Una vez proferida la Resolución de liquidación de la cesantía, el artículo 2° ibídem, establece que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:*

*“ARTÍCULO 2°. 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.”*

*A su vez, el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, prevé la sanción moratoria en el pago de la cesantía definitiva, en caso de incumplirse los términos legales, así:*

*“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.”*

*Ahora bien, la Ley 1071 de 2006 “por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”, extendió la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, pues la anterior normativa únicamente la previó para las definitivas. Así, se dispuso:*

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

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

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

*Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto*

*administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

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

*Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado aclaró a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, en los siguientes términos:*

*“(…) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.*

*(…)*

*En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (…)”<sup>42</sup> <sup>43</sup>*

A su vez la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha precisado la fecha a partir de la cual se debe contar la indemnización por mora en el pago de las cesantías definitivas<sup>44</sup>:

*“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.*

*Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que*

<sup>42</sup> Sentencia de 27 de marzo de 2007, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. No. 760012331000200002513 01 (2777-2004), Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz.

<sup>43</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia del 22 de enero de 2015; radicado: 73-001-23-31-000-2013-00192-01 (0271-14; CP: Sandra Lissette Ibarra Vélez.

<sup>44</sup> Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 27 de marzo de 2007; radicado interno No. 2777-2007; C.P. doctor Jesús María Lemos Bustamante; actor: José Bolívar Caicedo Ruiz.

*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.”.*

*Así, el término con el que cuenta la administración para efectuar el pago efectivo del auxilio de cesantía es de sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes al día de la presentación de la solicitud de su reconocimiento. Este término comprende quince (15) días hábiles para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, cinco (5) días hábiles de su ejecutoria, y cuarenta y cinco (45) días hábiles para efectuar el pago de la prestación social.*

*No se compadece con el sentido de la normatividad mencionada que la indemnización por la falta de pago oportuno de cesantías se genere sólo ante el incumplimiento del término de 45 días contados a partir del momento en que se encuentre en firme el acto administrativo que las reconozca, porque se dejaría desamparado al ex servidor en el evento en que la administración tarde más de los 15 días para expedirlo.<sup>45</sup> (Negrilla fuera de texto)*

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 2005<sup>46</sup> y 4 del Decreto 2831 de 2005<sup>47</sup>, 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

---

<sup>45</sup> Consejo De Estado- Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección B- Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil nueve (2009). Expediente No. 250002325000200004609-01, No. Interno: 0966-2006, Autoridades Departamentales, Actor: Graciela Forigua Neira.

<sup>46</sup> “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.”

<sup>47</sup> “Artículo 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

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

revisión del proyecto de acto administrativo por parte de la fiduciaria que administre dichos recursos, por lo que para este caso el plazo total será de ochenta (80) días desde la presentación de la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación<sup>48</sup>.

## 2.4. PRESCRIPCIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA.

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

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

*“Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.*

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

Precisamente, el H. Consejo de Estado al respecto ha puntualizado<sup>49</sup>:

*“Al respecto, en sentencia del 21 de marzo de 2002, Subsección B, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, M. P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado<sup>50</sup>, radicado Interno No. 4238-2001, se manifestó:*

---

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de mayo de 2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 1219-12.

<sup>50</sup> Posición reiterada por esta Subsección, en sentencia del 28 de enero de 2010, Expediente No. 050012331000199901198-01 (0005-2008) Actor: Carlos Mario Jaramillo López, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

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

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

*Acudiendo al artículo 151 del C.P.L. en vigor de la pauta analógica, es dable concluir, que aun otorgando a esta norma un alcance estrictamente privatista, contiene una materia común extensible para los empleados públicos, porque es innegable la relación laboral que surge respecto de ambas modalidades, luego existe una “materia semejante” que colma el vacío normativo regulador del régimen prescriptivo salarial para los empleados públicos.*

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

Pues bien, los anteriores sustentos normativos y jurisprudenciales se erigen como suficientes para entrar a estudiar el caso concreto.

### **3. CASO CONCRETO.**

Se encuentra debidamente probado que la señora MARÍA CRISTINA PÉREZ RICARDO se desempeña como docente En el Centro Educativo Pio XII - Coveñas<sup>51</sup> - Sucre, y según el acto administrativo que reconoció la Cesantía<sup>52</sup>.

Que mediante Resolución N° 0674 del 23 de mayo de 2008<sup>53</sup> la Secretaría de Educación Departamental de Sucre en nombre y representación de la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconoció y ordenó el pago a la actora de las cesantías parciales; las cuales habían sido solicitadas y radicadas en la entidad con el N° 2007-CES-037475 del 30 de agosto de 2007.

---

<sup>51</sup> Folio 147.

<sup>52</sup> Folio 20 - 22.

<sup>53</sup> Ibid.

En el expediente no existe prueba alguna de cuando fue notificada la Resolución de Reconocimiento de las Cesantías Parciales, así como tampoco existe constancia de cuando fue pagada o cobrada las cesantías por parte de la Sra. María Pérez Ricardo, se tiene lo expresado por ella en los hechos 2 y 3, es decir, el 23 de mayo de 2008 y puesta a disposición el 02 de febrero de 2009.

Se observa en el expediente solicitud de reclamación de la Sanción moratoria ante la FIDUPREVISORA S.A. el 26 de mayo de 2011, para que estas sean reconocidas y pagadas, por haberse puesto a disposición de la aquí demandante por fuera del término legal<sup>54</sup>, la cual fue contestada por dicha entidad, en la cual le informaron que se pagó conforme al turno de atención correspondiente, además que tal respuesta no se constituía en acto administrativo, toda vez que ella sólo cumple el papel de pagadora y no de quien le reconoce el derecho<sup>55</sup>.

Con posterioridad presenta nuevamente derecho de petición del reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardía de las cesantías reconocidas, ante la Gobernación de Sucre - Secretaría de Educación Departamental el 30 de julio de 2013<sup>56</sup>, la cual fue resuelta de manera negativa mediante Oficio 700.11.03.SE OPSM 2116, del 26 de agosto de 2013<sup>57</sup>.

Se deja por sentado, que la entidad demandada, no allegó el expediente administrativo o la hoja de vida del demandante completa, con el fin de observar el derecho de petición ante el Departamento de Sucre, así como tampoco tacho de falso, los documentos allegados en copias simples, presentada al presente proceso, en el cual se observa el reconocimiento de las Cesantías y la Petición de pago de la sanción moratoria, con el cual se agotó el procedimiento administrativo, las demás fueron aportadas en original; ahora bien, frente a la copia simple, el nuevo Código General del Proceso, en sus artículos 245 y 246, ha consagrado que pueden ser aportado en tal calidad y estos tienen valor probatorio, normativa que al día de hoy se encuentra vigente -Ley 1564 de 2012-, el articulado es del siguiente tenor jurídico:

**Artículo 245. Aportación de documentos.**

Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.

---

<sup>54</sup> Folio 23 - 24.

<sup>55</sup> Folio 28.

<sup>56</sup> Folio 29 - 30.

<sup>57</sup> Folios 31 - 32

**Artículo 246. Valor probatorio de las copias.**

Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.

Por otra parte, al momento en que se admitió la demanda, se solicitó que se allegará por parte de la accionada el expediente administrativo, que contuviera los documentos, que le dieron origen a la presente demanda, obligación legal que se encontraba en cabeza de la demandada, conforme lo expresa el Parágrafo 1º del art. 175 de la Ley 1437 de 2011. De esta manera, no cabe lugar a dudas que las copias presentadas por el demandante, tiene todo el valor probatorio, en conjunto con las demás actuaciones y documentación allegada dentro del universo probatorio, para poder decidir el presente asunto objeto de estudio.

Se puede concluir de las pruebas transcritas en el caso objeto de estudio lo siguiente:

La parte actora solicitó la liquidación y pago parcial de cesantías a la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre el 30 de agosto de 2007; tal como se observa en la Resolución N° 0674 del 23 de mayo de 2008, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre.

Que el Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio contaba con un término de ochenta (80) días, para realizar el pago efectivo de las cesantías parciales solicitadas por la demandante, término que feneció el 26 de diciembre de 2007. No obstante lo anterior, como el pago se realizó el día 02 de febrero de 2008; es claro entonces que esta incurrió en una mora entre el **27** de diciembre de 2007 hasta el día anterior a su pago; esto es, el 1º de febrero de 2008, para un total de cuatrocientos dos (403) días.

Sin embargo, la demandante, señora MARÍA CRISTINA PÉREZ RICARDO, a través de su apoderado judicial presentó reclamación administrativa el 26 de mayo de 2011, ante la FIDUPREVISORA S.A., solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías parciales; el cual fue resuelto mediante el Oficio N° 2011ER82361 del 15 de junio de 2011, por la FIDUPREVISORA S.A., en donde esa entidad, le indica que no tiene competencia para realizar pronunciamiento alguno referida a su pedimento; sin embargo, en el mismo oficio, responde cuando puso a disposición las cesantías parciales.

Posteriormente, eleva una nueva solicitud el 30 de julio de 2013, 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 26 de mayo 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 se debería aceptar que la respuesta dada por la FIDUPREVISORA, fue de fondo, cuando negó el reconocimiento de la sanción moratoria, por lo que, habría lugar a declarar la caducidad dado que la demanda no fue presentada dentro de los cuatro (4) meses siguientes al 15 de junio de 2011.

Por otra parte, la segunda solicitud fue presentada como se dijo en acápites anteriores el 30 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.

En ese orden, como quiera que el verdadero agotamiento del procedimiento administrativo para provocar la voluntad de la administración se realizó con la petición del 30 de julio de 2013, que es la que genera como respuesta el Oficio 700.11.03. SE OPSM 2116 del 26 de agosto de 2013, que es el que se erige como el acto aquí demandado, por el cual se pide su anulación; 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 28 de diciembre de 2007.

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 períodos del 28 de diciembre de 2007 hasta el 1º de febrero de 2009, forzosamente configuraron la prescripción de la misma, en razón a que ese tipo de derechos no pueden persistir perennemente en el tiempo.

#### 4. CONCLUSIÓN:

La respuesta al interrogatorio inicial, es negativo, en cuanto a que, sobre el mismo operó la figura extintiva de la prescripción, en lo que hace aplicación de la ley 1071 de 2006, es positivo, sin embargo, se reitera, su reconocimiento en este caso no opera por falta de oportunidad temporal.

#### 5. CONDENA EN COSTAS.

De acuerdo a lo normado por el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el artículo 365 del C.G.P., se condenará en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría, según el Acuerdo N° 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

#### 5. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### FALLA:

**PRIMERO: DECLÁRESE** haber operado el fenómeno extintivo de la prescripción, así lo aquí motivado.

**SEGUNDO: NIÉGUENSE** las súplicas de la demanda, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO: CONDÉNESE** en costas a la parte demandante. Tásense por secretaría.

**CUARTO:** Ejecutoriado este fallo, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS**  
**JUEZ**