JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, diez (10) de abril de dos mil quince (2015).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicación N°: 70-001-33-33-003-2013-00374-00
Demandante: Libia Beatriz López Martínez.
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional
FOMAG – Secretaría de Educación Departamental de Sucre.

Tema: Sanción Por Mora. Cesantías Definitivas y Parciales. Ley 1071 de 2006.

Surtidas las etapas del proceso ordinario (Art. 179 C.P.A.C.A.), presentes los presupuestos procesales, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado (arts. 180 de la Ley 1437 de 2011), e impedimento procesal, se procede a dictar **Sentencia de Primera Instancia**.

1. ANTECEDENTES.

1.1. La Demanda[1].

1.1.1. Partes Del Proceso.

- Demandante: Libia Beatriz López Martínez, identificada con la C.C. No. 26.900.669 expedida en Santa Ana, quien actúa a través de apoderado judicial[2].
- Demandado: la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Sucre – Secretaria de Educación Departamental - FIDUPREVISORA, representado en el proceso por el apoderado judicial **Dra. Ana Raquel Miranda de la Hoz,** identificada con la C.C. Nº55.225.842 de Barranquilla, y T.P. Nº 179.052 del C.S. de la J.

1.1.2. PRETENSIONES:

- Que se declarare la nulidad absoluta del acto administrativo S.E O.P.S.M. 1944 de agosto 1º de 2013, expedido por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, que resolvió negarle a la actora la sanción por mora, establecida en la ley 1071 de 2006.

---

[1] Ver folios del 1 al 17 del expediente.
[2] Folio 18 del expediente.

- Que como consecuencia de la anterior declaración, declarar que la actora tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Sucre – Secretaria de Educación Departamental de Sucre y FIDUPREVISORA S.A., le reconozcan y paguen los intereses moratorios de las cesantías reconocidas mediante resolución Nº 291 del 7 de febrero de 2008, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.
- 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 – Secretaria de Educación Departamental de Sucre y FIDUPREVISORA S.A., al reconocimiento y pago de los intereses moratorios a favor de la actora con ocasión de la tardanza generada por las entidades convocadas, de conformidad con la ley 1071 de 2006.
- Que se condene a la parte demandada al pago de la indexación e intereses a que haya lugar de acuerdo con el artículo 195 del CPACA.
- Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del artículo 188 del CPACA-

1.1.3 HECHOS.

1.- La Sra. **LIBIA BEATRIZ LOPEZ MARTINEZ** laboró al servicio de la docencia oficial en la institución educativa **"SAN ANTONIO ABAD"** en el Municipio de Palmito-Sucre.

2.- El día **03 DE JULIO DE 2007** mi representado radicó solicitud de Reconocimiento y Pago de las **CESANTIAS 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.

3.- Mediante Resolución **N° 291 DE FEBRERO 07 DE 2008,** fue resuelta la solicitud de Cesantía Parcial, siendo notificada a mi representada del día **07 DE FEBRERO DE 2008.**

4.- El pago correspondiente a la Cesantía Parcial, reconocida mediante Resolución **N° 291 DE FEBRERO 07 DE 2008**, expedida por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE SUCRE,** se puso a disposición del Docente por parte de la entidad pagadora FIDUPREVISORA S.A., el día **06 DE MAYO DE 2008.**

5.- De acuerdo a lo anterior se puede establecer la existencia de mora en el pago de la prestación mencionada, lo cual generó obligaciones adicionales para mi representada, debido al retardo en el pago de dicha cesantía, mora que se configuró a partir de los

65 días hábiles después de la Radicación de la solicitud, es decir, **05 DE OCTUBRE DE 2007,** hasta la fecha efectiva del pago, es decir, **06 DE MAYO DE 2008,** de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

6.- Mediante petición de fecha **ENERO 24 DE 2011**, se 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 la tardanza en el pago de la mencionada cesantía, (petición que interrumpe los términos de prescripción trienal), siendo remitida dicha petición a la FIDUPREVISORA S.A., quien mediante oficio de fecha Febrero 22 de 2011, responde la solicitud e indica que dicha comunicación "*no tiene el carácter de acto administrativo por cuanto la Fiduprevisora S.A., no tiene competencia para expedirlos solo obra en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y es emitida por Fiduprevisora S.A., única y exclusivamente, como vocera y administradora del Patrimonio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".,* resaltando este apoderado como hecho relevante que para la época, la mencionada petición y el comunicado expedido por la FIDUPREVISORA S.A., satisfacían los requisitos del trámite para la demanda ordinaria laboral, jurisdicción por la que se ventiló por mucho tiempo la presente controversia.

7.- Así las cosas, debido al cambio repentino respecto de la Jurisdicción que conocía el asunto a nivel nacional , la demandante sufrió un grave perjuicio, a raíz de un cambio inesperado que obligó ciertamente a direccionar todo el tramite hacía la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, razón por la cual se realizó petición el **16 DE JULIO DE 2013**, ante la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE**, solicitando el Reconocimiento y Pago de la Indemnización Moratoria, manifestándole al mismo tiempo a la Entidad una respuesta de fondo y concreta mediante la expedición del correspondiente acto administrativo, de conformidad con el Decreto 2831 de 2005.

8.- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE, mediante oficio **O.P.S.M de Agosto 01 de 2013,** negó a mi representado el pago y reconocimiento de los intereses moratorios aludiendo que no le asiste obligación alguna en el pago de prestaciones sociales, sino en el trámite de la prestación y que ello lo hizo en el tiempo establecido en la ley.

9.- Ante la negativa de la Entidad, se procedió a solicitar ante la Procuraduría Judicial Delegada para asuntos administrativos fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones de esta demanda, diligencia que se declaró fallida, por lo que se adelanta la presente DEMANDA DE ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

1.1.4. Normas violadas y concepto de la violación.

1.1.4.1. Normas violadas:

- Constitución Nacional;
- Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15.
- Ley 244 de 1995. Artículos 1 y 2.
- Ley 1071 de 2006. Artículos 4 y 5

1.1.4.2. Concepto De Su Violación.

Manifiesta la actora, 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 regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la prestación, *contrario 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 los 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 SANCION para la entidad, equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contado hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías. Normativa Aplicable En El Caso Concreto: Ley 91 DE 1989, artículo 2, numeral 5:

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

Al presente medio de control, se le ha dado el siguiente trámite procesal:

- Presentación de la demanda en oficina judicial el 19 de diciembre de 2013, repartida a este despacho el mismo día (fl. 32).
- Mediante auto del 28 de enero del 2014, se inadmitió la demanda por adolecer de defectos formales (fl. 34 y reverso).

- Subsanada la demanda, se procedió a su admisión, mediante auto del 25 de febrero de 2014 (fl. 53 y reverso), notificada por correo electrónico Nº 16 del 26 de febrero de 2014.
- Efectuada la consignación de los gatos del proceso[3], se procedió a Notificar la demanda a las partes el día 3 de febrero de 2014 (fl. 57 al 62 del exp.).
- La demanda fue contestada dentro del término, el día 6 de mayo de 2014, por parte del Departamento de Sucre (fl.69); y 26 de mayo de 2014 por parte del Ministerio de Educación (fl. 123 del exp).
- Mediante auto del 27 de agosto de 2014 se señaló fecha para la celebración de la audiencia inicial (fl. 136 de exp.).

1.1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.[4]

La entidad accionada Departamento de Sucre, actuando por conducto de mandatario judicial, se opuso a todas y cada una de las peticiones y condenas solicitadas por la parte actora, y sobre los hechos de la demanda manifestó: frente a los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, octavo, y noveno, ser ciertos; en cuanto a el hecho quinto, sexto y séptimo, expreso no ser un hecho sino una interpretación de carácter subjetivo. Proponiendo la excepción de Falta de Legitimación en la Causa Por Pasiva.

Por su parte el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduprevisora S.A., al contestar la demanda expresa que, los hechos 1, 2, 3, 4, 6 y 9 son ciertos. El hecho 5 no es cierto, el 7 no es un hecho, es una apreciación; y el 8 que efectivamente se negó la solicitud de reconocimiento de intereses moratorio, como quiera que al encontrarse los pagos sujetos a la disponibilidad presupuestal no hay lugar a que se configure la norma. En cuanto a las pretensiones de la demanda, manifiesta oponerse a todas ellas, por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad. Propone las excepciones de buena fe, pago, y las genéricas.

1.1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Para el efecto, en audiencia inicial celebrada el día 9 de abril de 2015, se le concedió el uso de la palabra al apoderado de la parte demandante (Minuto 24:19:00 del C.D), quien se reitera en los argumentos de la demanda. Igualmente el apoderado de la parte demanda **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FOMAG – FIDUPREVISOARA S.A.,** hizo su intervención (Minuto 32:02:00 Del CD) reiterándose en lo contestado en la demanda.

---

[3] Ver folio 46 del exp.
[4] Folios 59 al 82 del exp, por parte del Departamento de Sucre, y del 91 al 98 el Ministerio de Educación Nacional y Fiduprevisora S.A.

2. CONSIDERACIONES

Esta Judicatura es competente para proferir la decisión de fondo en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, en Primera Instancia según lo establecido en los artículos 138, 155 y 157 del C.P.A.C.A.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, se cumplen los presupuestos procesales por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.1. Acto Administrativo Demandado.

Se pretende la nulidad del Acto Administrativo S.E O.P.S.M. 1944 de agosto 1º de 2013, expedido por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, que resolvió negarle a la actora la sanción por mora, establecida en la ley 1071 de 2006.

Así mismo, solicita que se declare que la actora tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Sucre – Secretaria de Educación Departamental de Sucre y FIDUPREVISORA S.A., le reconozcan y paguen los intereses moratorios de las cesantías reconocidas mediante resolución Nº 291 del 7 de febrero de 2009, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Visto lo anterior, el despacho centrará el estudio de nulidad en la respuesta dada por la Secretaria de Educación Departamental de Sucre (respuesta de fecha 1 de agosto de 2013), a la petición efectuada por la parte demandante, la cual niega el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

2.1.1. Fondo del asunto. Tesis de las partes.

La tesis de la parte demandante es que se debe declarar la nulidad del acto demandado por considerar que si tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria consagrada en la ley 1071 de 2006, teniendo en cuenta que mediante resolución Nº 291 del 7 de febrero de 2008, le fueron reconocidas las cesantías parciales.

Así miso, la parte demandada Departamento de Sucre, expone que ellos expidieron el acto administrativo solo formalmente, pues la Secretaria 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, y el Decreto 2831 de 2005, por lo que el Departamento de Sucre debe ser excluido del proceso.

Por su parte, el Ministerio de Educación Nacional y FIDUPREVISORA S.A., sostiene que la pretensión de la actora no está ajustada a derecho, y que el fondo nacional de prestaciones sociales es quien tiene la función encomendada al pago de las prestaciones, sin embargo se diseñó un trámite en el que las secretarias son encomendadas en la expedición del acto y tramite de solicitudes, y por otro lado se encarga a una sociedad fiduciaria la administración de los recursos del fondo, de allí que el pago se realizará cuando exista la disponibilidad presupuestal para efecto.

Y finalmente la tesis del despacho es que las pretensiones solicitadas por la parte demandante tienen vocación de prosperidad, por cuanto no se justificó el pago tardío de las cesantías, si no por el contrario, se observa que una vez reconocidas mediante la resolución Nº 291 del 7 de febrero de 2008, las mismas solo fueron canceladas de manera tardía el 6 de mayo de 2008.

2.1.2. Problema Jurídico:

De lo anterior se sigue que, el problema jurídico gravita en determinar, ¿si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo demandado, y por ende ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada por el pago tardío de las cesantías parciales que le fueron reconocidas mediante Resolución Nº 291 del 7 de febrero de 2008?

Para determinar la procedencia o no de la causa de la parte Demandante y en aras de solucionar la controversia traída a sede judicial, es necesario estudiar 1.) Régimen Legal De Las Cesantías Para Docentes Públicos. 2.) Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio – Campo De Aplicación A Sus Afiliados. 3.) Marco Normativo De La Sanción Moratoria Por Pago Tardío De Cesantías. 4.) Caso Concreto.

2.2.- Régimen legal de las Cesantías Para Docentes Públicos.

Para el caso que nos ocupa, se hace necesario estudiar el régimen legal que cobija a los docentes públicos, ya que la pretensión principal es el pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006, teniendo en cuenta que las cesantías parciales fueron canceladas de manera tardía.

Como ya sabemos, las cesantías es una prestación social que busca proteger al trabajador, cuando éste queda cesante, por lo que siempre se busca que el pago de las mismas cumplan su fin, limitando o condicionando su pago a la finalización de la relación laboral, y excepcionalmente en otros casos ya regulados por la ley como son financiación o gastos de estudios, y compra o mejora de vivienda, en cuyo caso se hace una liquidación parcial de las cesantías.

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 la anterior relación normativa podemos concluir, que los factores que debemos 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, situación tendremos en cuenta al momento de fijar la viabilidad de la sanción solicitada.

De igual forma encontramos 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*[5]*.*

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

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

Por su parte, el Numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: los ***docentes nacionalizados*** *que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.*

---

[5] 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 10.- *"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".*

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

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."[7]

Visto lo anterior, entrará en despacho al estudio de 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.- Marco Normativo De La Sanción Moratoria. Aplicabilidad A Los Servidores Públicos Docentes.

---

[7] 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.

Históricamente se ha dicho que lo que se pretende con la cesantía o auxilio de cesantía, es proteger al trabajador cesante (pago de cesantías definitivas) o financiar al trabajador en compra de bienes (vivienda y estudio) para lo cual cuenta con el pago de cesantías parciales. De allí que en la ley se haya consagrado unos términos para el pago oportuno de las cesantías, y sanción para el caso en que no fueren canceladas en el término señalado. Veamos entonces, lo previsto en la Ley 1071 de 2006, la cual **adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, e**stableciendo:

"Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales ***a los trabajadores y servidores del Estado****, así como su oportuna cancelación.*

Artículo 2°. 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.*

Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías ***parciales*** *en los siguientes casos:*
1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, nos enseña que cuando una entidad pública sobrepasa los límites señalados en la ley para cancelar las Cesantías Definitivas o parciales de un servidor público, se hace merecedor de una sanción, consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se hace efectivo el pago de la misma, situación que claramente se desborda en el presente caso. Vale la pena advertir, que al interpretar la integridad de la ley 1071 de 2006, que lo que hizo no fue otra que incluir a todos los servidores públicos, considerando incluir al sector educativo[8], nos deja claro que los docentes no poseen un régimen especial, sino que se rigen por las normas generales sobre el tema.

A partir de la escritura de la anterior norma, ha concluido el Consejo de Estado lo siguiente[9]:

"De conformidad con la normatividad transcrita, se concluye[10]:

1. *Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas;*
2. *La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de esta ley es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, aquella donde laboró el ex empleado, y por lo tanto, según la norma, es aquella a quien se le concede un plazo máximo de cuarenta y cinco (45)*

---

[8] Tribunal Administrativo de Sucre - Sala Primera de Decisión Oral. Sentencia Nº146, del 18 de septiembre de 2014,– M.P. Luis Carlos Álzate Ríos.

[9] 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.

[10] 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.

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.* "[11]

De conformidad con los apartes jurisprudenciales, nos deja claro que la sanción moratoria por el no pago de las cesantías definitivas o parciales reguladas por la Ley 1071 de 2006, se contabiliza a partir del día 65 al cual se presentó las solicitud de reconocimiento y pago de dicha prestación, finalizando el día en que se cancele al beneficiario tal derecho. Plazo que resulta ser aplicable a los empleados públicos en general, dado que a los afiliados al Fondo Nacional De Prestaciones Sociales De Magisterio, las normatividad especial aplicable son los artículos 56 de la Ley 962 de 2005[12] y el Decreto 2831 de 2005[13], y al instituir en dichos trámites la intervención de las Secretarias de Educación de los Entes Territoriales descentralizados en educación y la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo del fondo, tiene un plazo adicional de quince (15) días, para que la fiduciaria que administra dicho recursos revise el proyecto de acto administrativo, por lo que para el presente caso el plazo total será de ochenta (80) días desde la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de dicha prestación[14].

---

[11] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "B" Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 08001-23-31-000-2005-01994-01(2624-07). Actor: NIDIA DIAZGRANADOS MARTÍNEZ. Demandado: HOSPITAL GENERAL DE BARRANQUILLA.

[12] *"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."*

[13] *"Artículo 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.*
Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación."

[14] 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, Magistrado Ponente GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

2.4.- Caso Concreto.

En el sub examine tenemos, de conformidad con el acervo probatorio allegado, lo siguiente:

Que la actora laboró como docente oficial en la Institución Educativa "San Antonio Abad" en el Municipio de Palmito - Sucre, y pertenece al fondo de prestaciones sociales del magisterio.

Que el día 3 de julio de 2007, presento solicitud de retiro parcial de cesantías ante la secretaria de educación del departamento de sucre.

Que mediante resolución Nº 291 del 7 de febrero de 2008, el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, le reconoció y ordeno el pago de las cesantías parciales solicitadas (fol. 19 del exp.).

Que las cesantías parciales fueron canceladas el 6 de mayo de 2008, según consta en el documento obrante a folio 24 del expediente, y confirmado por la actora en el hecho quinto de su demanda.

Que mediante petición de fecha de recibido 17/04/2013, la actora solicita que se le reconozca y pague una sanción moratoria derivada del pago tardío de las cesantías (fol.17 del exp.).

Que mediante escrito de fecha 24 de enero de 2011, la accionante solicita a la entidad demandada el reconocimiento y pago de unos intereses moratorios relacionados con el reconocimiento y pago de las cesantías parciales (fol. 22 del exp.).

Que mediante oficio de fecha 21 de febrero de 2011 la FIDUPREVISORA S.A. informa que el pago correspondiente a las cesantías parciales reconocidas mediante resolución Nº 291 del 7 de febrero de 2008, se puso a disposición de la educadora a partir del 5 de julio de 2008 (fol. 24 del exp.).

Que nuevamente mediante derecho de petición la actora solicito a la entidad accionada el pago de intereses moratorios y una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reconocidas mediante resolución Nº 291 del 7 de febrero de 2008, según consta en el escrito obrante a folio 26 del exp.

De la anterior petición, obtuvo respuesta por parte del Departamento de Sucre mediante escrito SE OPSM 1944, de fecha 1 de agosto de 2013 (fl. 28 del exp.).

De las pruebas documentales antes relacionadas, se advierte que la actora prestó sus servicios a la Institución Educativa San Antonio Abad en el Municipio de Palmito Sucre, por lo que mediante escrito de fecha 3 de julio de 2007, solicita el pago de sus cesantías parciales, pero solo fueron reconocidas hasta el 7 de febrero de 2008, y canceladas el 6 de mayo del 2008, lo que advierte claramente una mora en el reconocimiento y pago de dicha prestación.

De esta manera tenemos que efectuada la petición de reconocimiento y pago de las cesantías parciales (3 de julio de 2007), la entidad accionada contaba con un término de 15 días hábiles para emitir un acto administrativo, es decir, tenía hasta el 25 de julio de 2007, más los 5 días de ejecutoria (2 de agosto de 2007). A partir de allí se empiezan a contar los 45 días con que cuenta la entidad pública para pagar, los cuales vencieron el **5 de octubre de 2007.** Adicional a los términos anteriores, la fiducia cuenta con 15 días más para revisar el proyecto de acto administrativo, lo que nos lleva hasta el **29 de octubre de 2007,** fecha a partir del cual empieza a correr la sanción moratoria señalada.

Entonces tenemos qué los ochenta (80) días, como plazo del que ya se hizo mención, perecieron el **29 de octubre de 2007**. Que el pago se realizó el día 6 de mayo de 2008, por lo que la entidad encargada en calidad de pagadora de las cesantías parciales reclamadas, incurrió en una mora entre el 30 de octubre de 2007 y el 5 de mayo de 2008, para un total de **189 días de mora**.

2.5. Conclusión.

En los términos anteriormente expuestos, el Despacho encuentra que en el presente caso están dados los presupuestos necesarios para manifestar la responsabilidad a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en tanto que desconoce abiertamente lo consagrado en el parágrafo del artículo 5º de la ley 1071 de 2006, el cual conmina a la entidad en caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales, reconozca y cancele la sanción allí descrita, y únicamente exige que se acredite la no cancelación de las cesantías en el término dado para este efecto en el artículo. De suerte que las razones anotadas en el oficio, atentan como dice el accionante contra el artículo 53 constitucional, del que se desprende la protección al pago oportuno de los emolumentos salariales y prestacionales de los trabajadores.

En este orden de ideas, el acto administrativo configurado en el oficio de fecha 1 de agosto de 2013, deberá ser decretado nulo, y en su lugar, se condenará a la entidad demandada al pago de la sanción correspondiente, cuyo monto se establecerá en la liquidación que se sigue.

3.- De la Prescripción De Derechos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la petición de la sanción moratoria fue presentada el 24 de enero de 2011, conviene hacer una consideración previa al análisis del fondo del asunto, pues la prescripción de la sanción moratoria es de tres (3) años, contados desde la exigibilidad. En este sentido, el Decreto 1848 de 1969[15] estipula:

> ***"Artículo 102º.-*** *Prescripción de acciones.*
>
> *1.- Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*
> *2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual".*

De manera que las prestaciones sociales tienen un término de prescripción de tres años que se debe contar desde que la obligación se hace exigible. Para el caso concreto, la exigibilidad sería a partir del 30 de octubre de 2007, respecto de la sanción moratoria solicitada y que corresponde a las cesantías parciales solicitadas el 3 de julio de 2007. Sin embargo, aunque la mora empezó a correr desde el día 30 de octubre de 2007 y cesó el 6 de mayo del año 2008, la solicitud de pago de la sanción moratoria se presentó hasta el día 24 de enero de 2011[16], configurándose de forma parcial el fenómeno de prescripción del derecho, puesto que ésta empieza a contar desde el día en que se origina el derecho a pedir la sanción.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha sostenido:

> *"El a-quo declaró probada la excepción de "inexistencia de la Obligación" por haber operado la prescripción y denegó las súplicas de la demanda, decisión apelada. Compete ahora decidir tal recurso. Si el funcionario nacional o territorial, sin régimen especial prescriptivo en materia prestacional, no reclama dentro de los tres años siguientes a su retiro las cesantías definitivas del régimen ordinario, a la fecha en la que adquiere el derecho, operará el fenómeno de la prescripción del derecho.*
>
> *Por ello, cuando se retiró del servicio en las dos relaciones iniciales invocadas, en cada uno de esos casos, el Actor tuvo el derecho de reclamar su cesantía y en cada uno de ellos al momento de la desvinculación comenzó a correr el término prescriptivo de su derecho. Por eso, no es posible "acumular" los tiempos de servicios de las tres relaciones para que se liquide –por todos ellos- la cesantía reclamada. En esas condiciones, siendo la prescripción un modo de extinguir los derechos, al no haber reclamado la cesantía por las dos vinculaciones, cada una en su momento, operó la extinción del derecho prestacional mencionado. No puede aceptarse, en consecuencia, que se vulneraron*

---

15 "Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968".
16 Ver folio 22 y 23 del expediente.

derechos irrenunciables, ni que la administración se aprovechó del error de la P. Actora (al entender que la relación laboral era la misma al estar vinculado a la entidad en distintos tiempos), pues el derecho está regulado en la ley y a ella debemos sujetarnos"[17].

Igualmente, sobre la forma de contar el término prescriptivo, contrario a lo dicho por el Ad quo, el Consejo de Estado ha señalado:

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

Un entendimiento contrario conllevaría al absurdo de afirmar que el reclamo de la sanción moratoria dependería de la voluntad del empleador incumplido, pues solo sería viable formularlo una vez se ha pagado la cesantía. Por el contrario, la intención del Legislador al establecer dicha sanción fue justamente castigar la omisión o el retardo en el pago de la prestación".

De manera que respecto del pago de la sanción moratoria solicitada el 24 de enero de 2011, había operado el fenómeno de la prescripción parcial, de forma que, todos los derechos causados con anterioridad al 24 de enero de 2008 se encuentran prescritos.

4.- Restablecimiento del Derecho.

Ahora bien, para establecer el monto de la sanción moratoria, se tomara como base de la liquidación, el salario base mensual devengado por la actora, que de acuerdo con lo establecido en la resolución que reconoce las cesantías parciales[18], correspondió a la suma de **$2.284.980,oo**, pues no obra en el expediente otro documento o certificación que contenga el salario exacto devengado por la actora en el último año de servicio, lo que implica que para esa época su salario diario era de **$76.166,oo,** suma que deberá actualizarse a valor presente, con la siguiente formula:

Vp=Vh* (I.final/I.inicial)
Vp: Valor presente.
Vh: Valor histórico.
I.final: Índice final de precios al consumidor correspondiente al mes de febrero de 2015.
I.inicial: Índice inicial de precios al consumidor correspondientes al mes de marzo de 2010.

---

[17] Expediente 2702-00, Sección Segundo. MP. Tarcisio Cáceres. Sentencia del 6 de septiembre de 2001.
[18] Ver resolución obrante a folio 19 del expediente.

Aplicada la formula al caso presente, se tiene que:

Vp= **76.166,oo** * (120.98 /103.81)

Vp= 88.763,27.

Actualizado el valor del día de salario ($88.763,27), se multiplica por el número de días en los que se prolongó el retardo de la entidad demandada en el pago de las cesantías, y como quiera que ha operado el fenómeno de la prescripción para todos aquellos derechos causados con anterioridad al 24 de enero de 2008, le quedan vivos 103 días calendario, dando como resultado la suma de **Nueve Millones Ciento Cuarenta Y Dos Mil Quinientos Ochenta Y Nueve Pesos M/Cte. ($9.142.589),** que corresponden al monto de la condena que debería pagar a favor de la actora, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 2º de la ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006.

5.- Resolución de excepciones:

El demandado Departamento de Sucre formuló la excepción de Falta de Legitimación en la Causa Por Pasiva, la cual por lo ya resuelto en el proceso tiene vocación de prosperar, fundamentándose en los siguientes argumentos[19]:

Mediante la ley 91 de 1989, se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, disponiendo en su artículo 3°, lo siguiente:

> *"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.*

[19] Sobre la noción de legitimación en la causa, el H. Consejo de Estado, Sección II, en providencia del 25 de marzo de 2012, C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Radicación número: 05001-23-31-000-2000-02571-01(1275-08) señaló: "En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

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."

A su vez, el articulo 9 ibídem, señaló claramente:

"Artículo 9. 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".

Bajo el mismo derrotero, el artículo 180 de la Ley 115 de febrero 8 de 1994, dispuso:

"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".

Ver igualmente, sentencia del 21 de febrero de 2011, expediente No. Radicación: 76 001 23 31 000 1998 00386 01 (25458), Consejo de Estado, Sección III. CP. JAIME ORLANDO SANTOFINIO GAMBOA. En sentencia del 11 de mayo de 2011, expediente No. 05001-23-26-000-199400928-01(18279), la misma sección, sobre la legitimación en la causa, expresó: "De manera muy sucinta ha señalado la Sala que la legitimación en la causa "por el lado activo, es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho"[19]. La legitimación es, por lo tanto, un presupuesto material de la sentencia de mérito favorable al demandante[19]. En consecuencia, si aparece acreditado en el proceso que la entidad que ha sido demandada, conforme a la ley sustancial, no es la llamada a responder eventualmente por el daño cuya indemnización se reclama, habrán de negarse las pretensiones de la demanda".

Respecto al trámite de las solicitudes de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Decreto 2831 de 2005, establece:

"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 secretaría 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 peticionario 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. (Resaltos y subrayas del Despacho).*

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 no más 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 éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.*

PARÁGRAFO 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.

PARÁGRAFO 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.

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.

ARTÍCULO 5°. 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".

De la misma manera, la ley 962 de julio 8 de 2005 en su artículo 56 señala que:

"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"

Siguiendo la regulación descrita, es factible concluir que la entidad responsable del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que se reconocen al personal docente, así como las situaciones accesorias que se desprenden de los derechos pensiónales, es exclusiva del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En ese orden, el departamento de Sucre, frente al reconocimiento y pago de las cesantías reconocidas a la accionante, carece de legitimación en la causa por pasiva, porque actúa como mandataria de la entidad del Fondo, en donde la función cumplida estriba exclusivamente en elaborar el proyecto de acto administrativo de reconocimiento pero no la responsabilidad del reconocimiento mismo, no

encontrándose establecida dicha función dentro de las funciones propias[20], razón suficiente para declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En cuanto a las excepciones propuestas por el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduprevisora S.A., tenemos que por lo probado en el presente proceso, y por lo ya expuesto en las anteriores consideraciones, no están llamadas a prosperar, por cuanto quedo demostrado en el proceso la mora en la cual incurrió la entidad accionada al no efectuar el pago de las cesantías en el tiempo señalado para ello, y por el contrario sobrepaso los límites establecidos dejando pasar el tiempo establecido para ello. Ahora bien, no puede ser un argumento de recibo para el Despacho el hecho de que la entidad no cuente con la disponibilidad presupuestal para atender dentro de los términos establecidos en la ley el pago efectivo de la prestación reclamada.

6.- Condena En Costas.

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso. Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del cinco (5%) por ciento de las pretensiones reclamadas[21], equivalentes a la suma de **OCHOCIENTOS CATORCE MIL NOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($814.975,oo),** conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003, la duración del proceso.

5. DECISIÓN:

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

FALLA:

PRIMERO: Declárese probada la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva propuesta por el Departamento de Sucre, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

---

[20] A menos que el conflicto que se suscite tenga que ver con el no traslado de aportes descontados al docente y no traslados al Fondo, situación que no es la que nos ocupa. [21] Tal como en la fijación del litigio en la audiencia inicial se estableció.

[21] El valor de la cuantía fue de $25.648.805,oo, ver folio 17 del expediente.

SEGUNDO: Declárese probado parcialmente la Prescripción respecto de los derechos generados con anterioridad al 24 de enero de 2008; de conformidad con lo antes expuesto.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio SE OPSM 1944 de fecha 1 de agosto de 2013, suscrito por la **SECRETARIA DE EDUACION DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE**, en cuanto negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no cancelación oportuna de las cesantías parciales solicitadas por la señora **LIBIA BEATRIZ LOPEZ MARTINEZ** con fundamento en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a título de restablecimiento del derecho a la **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** – a pagar la indemnización moratoria ocasionada con el pago tardío de las cesantías parciales, de la señora **LIBIA BEATRIZ LOPEZ MARTINEZ,** ciento tres (103) días de mora, en la suma de **NUEVE MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS M/CTE. ($9.142.589),** De conformidad con lo antes expuesto.

TERCERO: CONDENASE en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense. Las agencias en derecho se establecen a favor de la parte demandante, en porcentaje del cinco **(5%)** por ciento de las pretensiones reclamadas[22], equivalentes a la suma de **OCHOCIENTOS CATORCE MIL NOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE ($814.975,oo),** conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003, la duración del proceso.

CUARTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

QUINTO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA
JUEZ

[22] El valor de la cuantía fue de $16.299.514, ver folio 17 del expediente.