

Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-014-2021-00101-01
Demandante	WILGEN CARLOS VILLAREAL YEPES
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FOMAG - DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
Tema	Confirma-la sanción moratoria debe ser asumida por el FOMAG dado que el ente territorial cumplió con su obligación de expedir el acto administrativo dentro de los 15 días siguientes a la recepción de la solicitud.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

La Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada FOMAG¹, contra la sentencia proferida el catorce (14) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)² por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo de Cartagena, por medio de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA³.

3.1.1. Pretensiones⁴.

En la demanda solicita se accedan a las siguientes pretensiones:

PRIMERO: Declarar que existe un acto ficto o presunto configurado el día 29 de octubre de 2020, producto de la reclamación administrativa presentada el día 29 de julio de 2020 por la mora en el pago de las cesantías solicitadas.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto configurado, en cuanto este negó el derecho a la sanción moratoria del pago tardío de las cesantías.

TERCERO: Declarar que el demandante tiene derecho a que la Nación-Ministerio de Educación Nacional-FOMAG le reconozca y pague una sanción por mora conforme a las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo contados a partir de los sesenta y cinco

¹ Doc. 17 Exp. Dig.

² Doc. 15 Exp. Dig.

³ Fol. 01-12 Doc. 01 Exp. Dig.

⁴ Fols. 01-02 Doc. 01 Exp. Dig.

13-001-33-33-014-2021-00101-01

días hábiles después de haber radicado la solicitud de a cesantía ante la entidad y hasta la fecha en la que se realizó el pago de la misma.

3.1.2. Hechos⁵.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se han de sintetizar así:

Manifestó haber presentado solicitud para el pago de cesantías el día 12 de septiembre de 2019, las cuales fueron reconocidas mediante la resolución No. 3771 del 24 de septiembre de 2019 y posteriormente canceladas el día 23 de enero de 2020, ante lo anterior considera que se ha superado el termino de 65 días contemplado en la ley por lo que decide presentar solicitud ante la Secretaria de Educación Departamental de bolívar el día 29 de julio de 2020 con el fin de que se le reconociera el pago de la sanción moratoria contemplada en la ley 1071 de 2006.

Posteriormente, indicó que ninguna de las entidades ha expedido acto administrativo alguno que dé respuesta de fondo clara y precisa sobre lo solicitado, lo que dio lugar a la configuración de un acto ficto o presunto desde el día de presentación de la solicitud.

Por último, señala que recibió un pago parcial por la suma de cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$450.000) lo cual no cubre todos los días de mora por lo que existe un saldo pendiente de un millón ochocientos sesenta y dos mil novecientos diez y ocho pesos (\$1.862.918).

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. FOMAG⁶.

En la contestación la parte demandada manifestó frente a los hechos lo siguiente:

Frente a la primera pretensión manifiesta oponerse en cuanto a que la petición de pago fue presentada el 18 de febrero de 2020. Con relación a la segunda advierte que se opone toda vez que en el caso concreto el pago de la sanción moratoria es compartida, por lo que se hace necesario remitirse al artículo 27 de la ley 1955 de 2019 el cual dispone que la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁵ Fol. 03 Doc. 01 Exp. Dig.

⁶ Fols. 03-14 Doc. 08 Exp. Dig.

13-001-33-33-014-2021-00101-01

De igual forma se opone a la condena la NACION- MINISTERIO DE EDUCACIÓN FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, toda vez que el pago de la sanción moratoria le corresponde a la Secretaría de Educación del ente territorial de conformidad con el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020.

Frente a la cuarta igualmente se opone toda vez que, en el presente caso, se deben tener en cuenta los parámetros de la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 18 de julio de 2018, por lo tanto, la indexación no es procedente porque se estaría imponiendo un doble castigo.

Ante la quinta también se opone en los mismos términos de la tercera y con respecto a la sexta se opone a la condena en costas ya que la legislación es clara al afirmar que la condena en costas solo procede cuando la oposición a las pretensiones de la demanda es temeraria o cuando la conducta procesal de la parte vencida es reprochable, y como esto no sucede en el presente caso, no se puede producir condena en costas a la entidad demandada.

Aunado a lo anterior propone las siguientes excepciones: Ineptitud de la demanda por falta del litisconsorte necesario; Cobro indebido de la sanción moratoria; Falta de legitimación en la causa por pago de la sanción moratoria generada en el 2020; Improcedencia de la indexación

Finalmente solicita la compensación de cualquier suma que resulte probada en el proceso y que haya sido pagada por esta entidad, de igual forma solicita probada la excepción genérica.

3.2.2. DEPARTAMENTO DE BOLIVAR⁷.

Se pronunció sobre los hechos señalando confirmando unos negando otros, así mismo indicó que el acto administrativo que reconoció las cesantías parciales dispuso que el pago solo se realizaría cuando existiera disponibilidad presupuestal para atender el mismo y de acuerdo al turno de atención correspondiente al orden de radicación, por lo tanto, el acto administrativo estaba sujeto a una condición en ese sentido no puede exigirse su cumplimiento hasta tanto no se verificara la condición.

La demandada se opuso a todas las pretensiones por carecer de motivaciones jurídicas y propuso la excepción de inexistencia de la obligación fundamentado en que al ser un régimen especial no se puede predicar que a este sector le sea aplicable la sanción moratoria, por lo tanto, es claro que no hay lugar al reconocimiento de este concepto; además, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la

⁷ Fols. 02-12 Doc. 09 Exp. Dig.

13-001-33-33-014-2021-00101-01

causa frente al pago ya que esta obligación corresponde al fondo de prestaciones del magisterio cuya función fue atribuida por la ley 962 de 2005.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸.

Mediante sentencia del catorce de diciembre de 2021 el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena dirimió la controversia puesta a su conocimiento accediendo parcialmente a las pretensiones resolvió:

“Primero: DECLARÉSE la existencia del acto ficto surgido de la falta de respuesta a la petición radicada el 29 de julio de 2020 por el señor Wilgen Carlos Villareal Yepes a través de apoderado, mediante el cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, y declárese su nulidad.

Segundo: DECLARAR probada de oficio la excepción de pago parcial.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho se ordena a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar por concepto de sanción moratoria en favor del señor Wilgen Carlos Villareal Yepes la suma de NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$952.386).

Cuarto: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Bolívar.

Quinto: DECLARAR no probada la excepción de pago total formulada por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sexto: NEGAR la pretensión de indexación de las sumas a que fue condena la entidad. (...) “

Como fundamento de su decisión en el caso concreto, el Juez de instancia encontró probado que el 12 de septiembre de 2019, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales las cuales fueron reconocidas a través de la Secretaria de Educación de Bolívar mediante resolución 3771 del 24 de septiembre de 2019, dichas cesantías estuvieron a su disposición para pago el día 15 de enero de 2020, por lo que, mediante petición realizada el 29 de julio de 2020, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de sanción moratoria por la tardanza en el pago de sus cesantías sin que se observe respuesta alguna dando lugar en consecuencia al nacimiento de un acto ficto.

A partir de lo anterior y dando aplicación al artículo 2 de la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1076 de 2006 y demás precedentes jurisprudenciales, se tiene en el presente caso se configuró la mora en el pago de las cesantías reconocidas al demandante, aun cuando el acto fue expedido en su

⁸ Doc. 15 Exp. Dig.

13-001-33-33-014-2021-00101-01

oportunidad, toda vez que el pago se dio por fuera del plazo máximo de 70 días, en consecuencia, se determinaron los días de mora así:

La petición había sido radicada el 12 de septiembre de 2019, y la expedición del acto administrativo que resolvió dicha solicitud se emitió el 24 de septiembre de 2019 estando dentro del término de 15 días, cumplido el término de ejecutoria del acto administrativo el cual se cumplió el 18 de octubre de 2019, a partir del día hábil siguiente se cuentan los 45 días para hacer el pago estableciendo como fecha máxima el 24 de diciembre del mismo año, generando la mora a partir del día siguiente, estando el pago disponible a partir del 15 de enero de 2020.

Por lo que para el A-quo resulta evidente que desde el día 25 de diciembre de 2019, día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles para expedir el acto y la fecha del 14 de enero de 2020, día anterior a la fecha en que estuvo disponible el dinero para el pago de las cesantías al demandante en la entidad bancaria transcurrieron **21 días de mora**.

Con respecto a la prescripción añadió que se procedió al estudio de la misma y que esta no ha operado ya que la demanda fue radicada dentro de los tres años siguientes a la reclamación.

Bajo esas consideraciones, la Juez de primera instancia, determinó restablecer el derecho reconociendo una sanción por mora correspondiente a 21 días de salario calculado sobre el sueldo básico devengado por el señor Wilgen Carlos Villareal Yepes a la fecha en que se comenzó a causar la mora por tratarse de cesantías parciales; esto es salario básico devengado al mes de diciembre de 2019; sin embargo al encontrar probada la excepción de pago parcial reconoció una suma menor a la que correspondía.

Lo anterior, luego de valorar todo el material probatorio aportado por el demandante en el cual allegó una certificación en la cual ponía en conocimiento le pago realizado por parte de Nación-Ministerio de Educación-FOMAG a través de Fiduprevisora, la cual procedió a pagar en forma oficiosa y sin orden judicial la sanción moratoria reclamada poniendo a disposición del demandante a través de la entidad bancaria la suma de cuatrocientos setenta y seis mil ciento noventa y tres pesos (\$476.193) monto inferior al que corresponde.

Dado que el total a pagar correspondía a un millón cuatrocientos veinte ocho mil quinientos setenta y nueve pesos (\$1.428.579) y se hizo un pago por el valor anteriormente señalado, existe una diferencia de novecientos cincuenta y dos mil trescientos ochenta y seis pesos (\$952.2386) la cual fue la suma que se ordenó reconocer y pagar.

Con respecto a quien es el llamado a asumir dicha sanción, la Juez consideró que esta corresponde al FOMAG, si bien el artículo 57 de la ley 1955 de 2019

13-001-33-33-014-2021-00101-01

introdujo un cambio en cuanto a quien corresponde asumir la mora por el pago tardío de las cesantías, haciendo responsables a las entidades territoriales que tienen a su cargo expedir el acto administrativo de reconocimiento cuando la tardanza haya obedecido al incumplimiento del término que tienen para ello.

Es de resaltar en el caso concreto la resolución fue expedida el día 24 de septiembre de 2019, dentro del término, por lo tanto, no hubo retardos en los plazos consagrados para la emisión del acto administrativo, motivo por el cual el pago recae sobre el fondo demandado.

Finalmente se abstiene de condenar en costas, y concede las pretensiones formuladas de manera parcial al negarse la indexación pedida.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁹

Mediante escrito del 18 de enero de 2022, manifestó su inconformidad con la decisión contenida en la sentencia, señalando que el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene establecido un trámite especial contenido en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 así como el Decreto 2831 de 2005 a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo.

Debido a que el trámite administrativo respecto de las cesantías implica la participación de diferentes actores, esto es, el ente nominador o la entidad territorial y Fiduprevisora en su calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por consiguiente, el reconocimiento de las cesantías se encuentra a cargo de la entidad territorial; el estudio y pago está a cargo de Fiduprevisora; si alguna de las dos entidades no cumple con los términos establecidos se genera la sanción por mora por la cual son responsables del pago.

Dado lo anterior es claro que la entidad condenada a pagar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías no es el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, toda vez que la ley 1955 del 25 de mayo de 2019 expone que los responsables de pagar la sanción moratoria a partir del 1 de enero de 2020 es el ente territorial o la Fiduprevisora en calidad propia y no el FOMAG quien responderá solo por las sanciones moratorias causadas hasta el 31 de diciembre de 2019.

En ese sentido, al estar demostrado dentro del proceso que el FOMAG cumplió y pago la sanción moratoria comprendida desde el 25 de diciembre hasta el 31 de diciembre de 2019 atendiendo el plan nacional de desarrollo, dado que la entidad realizó, el pago correspondiente esta no debió ser condenada a

⁹ Doc. 17 Exp. Dig.

13-001-33-33-014-2021-00101-01

pagar por concepto de sanción moratoria a partir del 1 de enero hasta el 15 de enero de 2020.

Por ende, solicita revocar la sentencia de primera instancia y ordenar la vinculación de la Fiduprevisora en calidad propia a fin de que ejerza su derecho a la defensa y se establezca quien es el responsable de pagar la sanción moratoria a partir de 01 de enero de 2020.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

La demanda en comento fue repartida a este tribunal el 13 de septiembre de 2022¹⁰, siendo admitido el recurso de alzada por auto del 04 de noviembre de la misma anualidad¹¹, decisión notificada a las partes y al Ministerio Público mediante fijación en estado del 08 de noviembre del mismo año¹², comunicado vía correo electrónico en la misma calenda¹³.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

5.2. Problema jurídico.

De conformidad con los hechos expuestos, y los argumentos de la apelación, considera la Sala que, dentro del asunto, se debe determinar si:

¿la sanción moratoria reconocida en la providencia recurrida se encuentra a cargo del Ministerio de Educación Nacional-FOMAG o con fundamento en el artículo 57 de la ley 1955 de 2019 debe ser asumida por el Departamento de Bolívar-Secretaría de Educación?

¹⁰ Doc. 21 Exp. Dig.

¹¹ Doc. 23 Exp. Dig.

¹² Doc. 24 Exp. Dig.

¹³ Doc. 25 Exp. Dig.

5.3. Tesis de la Sala.

La Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto a la legitimación por pasiva del FOMAG, se encontró demostrado que el ente territorial cumplió oportunamente con el trámite a su cargo frente al reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas por el demandante.

Así las cosas, dado que la sanción por mora se origina en la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías, su reconocimiento y pago recae sobre la Nación, Ministerio de Educación Nacional, FOMAG como entidad encargada de administrar las cesantías de los docentes afiliados al mismo.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas.

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 y que se reconoce, de manera parcial cuando se dan los supuestos fácticos que originan el derecho a ella o en forma definitiva luego del retiro del servicio, siendo su oportuno pago, en ambos eventos, asunto de trascendencia constitucional.

En armonía con lo anterior, está establecido que el incumplimiento de los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías, parciales o definitivas, da lugar a la imposición de una sanción moratoria con sujeción a lo dispuesto especialmente en los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 1º a 6º de la ley 1071 de 2006, que exponen lo siguiente:

Ley 244 de 1995, dispone que, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución de reconocimiento correspondiente. Por su parte, 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.

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

13-001-33-33-014-2021-00101-01

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

Por su parte, la Ley 1071 de 2006 expone que todos los funcionarios a los que les aplica la norma, pueden 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.

El retiro de las cesantías parciales o definitivas, debe ser resuelto por la entidad patronal, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales. De igual forma, la entidad pública pagadora cuenta con 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, para cancelar esta prestación social. En caso de mora en el pago de las cesantías, la entidad obligada deberá reconocer y cancelar, de sus propios recursos, 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.

5.4.2 Entidad competente para el pago de la sanción moratoria.

En relación con los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Subsección "A"; Consejero Ponente: William Hernández Gómez Bogotá D.C., Doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021); Radicación Número: 41001-23-33-000-2015-00077-01 (4124-18) llegó a la conclusión que es al Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FOMAG, la entidad obligada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías.

Al respecto recalcó:

"el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Por lo tanto, es con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se cubren tanto las cesantías de los docentes afiliados a este, como la sanción moratoria que se cause por el su pago oportuno, sin que tenga responsabilidad alguna el ente territorial, quien solo actúa en nombre del fondo" (...)



“si bien el trámite y gestión del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes tienen injerencia la entidad territorial certificada en educación que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado a través de las Secretarías de Educación, como delegataria de la función de reconocimiento de las mismas por parte de la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional; así como la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del FOMAG, no es sobre tales entidades que recae el mandato legal de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales aludidas, sino, se itera, sobre la Nación – Ministerio de Educación Nacional a través del Fondo (encargado de materializar su obligación legal de amparar los derechos laborales y prestacionales de los docentes), y en esa medida es ésta la llamada a responder por las obligaciones que pudiesen comprobarse como incumplidas (...).”

5.3 CASO CONCRETO

5.3.1 Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.

Esta sala en virtud a su competencia, se pronunciará, frente a los argumentos que sustentaron el recurso de alzada, consistentes en cuál es la entidad responsable del reconocimiento y pago de los días de mora correspondientes al año 2020, ya que el FOMAG argumenta no ser responsable de los mismos en virtud de lo establecido en el parágrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 25 de mayo de 2019.

En su consideración la norma señalada traslada la obligación hacia el ente territorial a partir del 1 de enero de 2020, lo cual no lo hace responsable de los días de mora causado a partir de esa fecha.

Para resolver el fundamento de la apelación, de a quien le corresponde el pago del 1 al 14 de enero de 2020, (si al ente territorial o a Fiduprevisora, pero no al FOMAG), la Sala empezará citando la norma que sirve de fundamento al recurso:

El artículo 57 de la ley 1955 de 25 de mayo de 2019, el cual textualmente señala:

*“(...) **PARÁGRAFO:** La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías”.*

Es necesario precisar que el artículo 56 de la ley 962 de 2005, estableció que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el FOMAG, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administra, el cual, en todo caso debía ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encontrara vinculado el docente, sin despojar al

FOMAG de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

No obstante, este artículo fue derogado por el artículo 336 de la ley 1955 del 25 de mayo de 2019, la cual en su artículo 57 se ocupó de regular de manera específica la responsabilidad de los entes territoriales en materia del reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías. La norma citada estableció que el reconocimiento del auxilio de cesantías definitivas o parciales de los docentes será responsabilidad de la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada a la que aquellos se encuentren vinculados, mientras que el pago de las mismas será competencia del FOMAG.

De igual forma también estableció una excepción a la regla general ya que en el párrafo del mismo señala a la entidad territorial como responsable cuando la mora se genera como consecuencia del incumplimiento de los plazos de radicación o envío de los documentos del FOMAG, en ese caso, el fondo solo sería responsable por el pago de las cesantías y no de la sanción generada.

En el caso concreto está demostrado que el demandante presentó su solicitud de cesantías parciales el día 12 de septiembre de 2019 y que el 24 de septiembre la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar emitió la resolución No. 3771 del 24 de septiembre de 2019¹⁴, mediante la cual reconoció el pago de la prestación, cabe destacar que el término de 15 días que tenía la Secretaria de Educación para expedir el acto vencía el día 03 de octubre habiendo expedido y notificado el acto administrativo dentro del plazo, ya que la notificación se llevó a cabo el 01 de octubre de 2019¹⁵.

Luego no queda duda que la secretaria de educación no excedió el lapso con el que contaba para dar respuesta a la solicitud de reconocimiento presentada por el actor y una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo procedió a remitirlo para que se siguiera con el pago correspondiente, así las cosas, no puede afirmarse que en el estudio de la mora generada en el pago de las cesantías se origina debido a una demora por parte de la entidad territorial cuando esta cumplió oportunamente con el trámite a su cargo.

Si bien dentro del proceso está demostrado que el FOMAG realizó un pago por la suma de \$476,193¹⁶ por concepto de abono a la sanción moratoria lo cual entendieron como un pago total de su obligación, debe tenerse en cuenta que la mora empezó a causarse el 25 de diciembre de 2019 en los términos del párrafo transitorio del artículo 57 de la ley 1955 de 2019 el pago correspondía al FOMAG a través de los títulos de tesorería que para ese efecto

¹⁴ Fols. 15-16 Doc. 01 Exp. Dig.

¹⁵ Fol. 17 Doc. 01 Exp. Dig.

¹⁶ Folio 45 Doc. 08 Exp. Dig.

13-001-33-33-014-2021-00101-01

emitiera el Ministerio de Hacienda y Crédito público, por consiguiente el Fondo debió asumir el valor total de la sanción generada.

Frente a la petición de que se vinculara a la Fiduprevisora, y que esta pagara con sus propios recursos el valor de la sanción moratoria, este Tribunal debe exponer que, tal petición no es procedente, porque la Ley 962 de 2005, el Decreto 2831 de 2005 y la Ley 1955 de 2019, disponen que el responsable del pago de las prestaciones económicas y las sanciones correspondientes es el FOMAG, frente a los docentes afiliados al mismo.

La Sala aclara, que las sociedades fiduciarias, tienen un patrimonio independiente al patrimonio del fideicomiso sobre el cual ellos ejercen la administración. Finalmente, a la apoderada del FOMAG, le sustituyó poder el Dr. Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien a su vez le fue conferido por Luis Gustavo Fierro Maya, persona a quien el Ministerio de Educación Nacional le dio poder general para representar judicial y extrajudicialmente a la Nación, teniendo en cuenta que este es un abogado designando por la Fiduprevisora. Por ello, el poder que obra a folio 16 del documento 08, se otorga a nombre de la Nación y de Fiduprevisora, ya que esta última es la que representa al fondo.

Conforme a lo anterior, no se acogen los argumentos de la alzada de la demandada y como consecuencia de ello, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia en su totalidad.

5.4. De la condena en costas.

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señala: *"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 de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal"*.

A su turno, el artículo 365 del CGP numeral 1 establece que se condenará en costas a la parte a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, por lo que sería procedente la condena; sin embargo, no aparece demostrada actuación en segunda instancia que origine las misma, por la que la Sala se abstendrá de condenar.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme con lo expuesto en esta providencia.

13-001-33-33-014-2021-00101-01

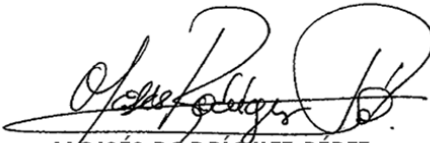
SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 028 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ
En comisión de servicio