Cartagena de Indias, D. T. y C, quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado No.	**13001-33-33-001-2015-00159-01**
Demandante	**YONIS ALBERTO ANAYA ORTEGA**
Demandado	**NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y EL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**
Tema	**SANCIÓN MORATORIA DOCENTE**
Magistrada Ponente	**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

Procede la Sala Fija de Decisión N° 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de octubre dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1. 1. HECHOS

1.1.1 El día 15 de abril de 2013 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho por laborar como docente del Departamento de Bolívar.

1.1.2 Por medio de Resolución 0192 del 17 de enero de 2013, le reconocieron las cesantías solicitadas y se le cancelaron el 28 de marzo de 2014, es decir con una mora de 238 días contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para hacer el pago.

1.1.3 El 27 de junio de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y a la fecha no ha recibido respuesta.

1.2. PRETENSIONES

Declarar: **i)** La existencia de un acto ficto configurado el día 27 de septiembre de 2014 producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 27 junio de 2014, por el pago tardío de las cesantías al demandante. **ii)** La nulidad del acto ficto configurado el 27 de septiembre de 2014, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo el pago. **iii)** Que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

MAGISTERIO le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006. **iv)** Reconocerle y pagarle los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia. **v)** Dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y S.S del C.P.A.C.A. **vi)** Reconocerle y pagarle intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el correspondiente pago y **vii)** Las costas del proceso de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE VIOLACIÓN.

Ley 91 de 1989, Artículos 5 y 15.
Ley 244 de 1995, Artículos 1 y 2.
Ley 1071 de 2006, Artículos 4 y 5.

En síntesis, señala que la intención del legislador fue buscar que una vez el empleado quedara cesante en su trabajo, pudiera obtener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perderlo, pero el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los setenta días después de haberla solicitado, obviando la protección de los derechos del trabajador.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1 DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR[1]

Se opuso a las pretensiones de la demanda, considerando que no se encuentra legitimada por pasiva, toda vez que el pago de las cesantías corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Ministerio de Educación Nacional, y en consecuencia cualquier mora, no debe ser cancelada por el Departamento de Bolívar.

Propuso las excepciones que denominó: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL DEPARTAMENTO EN RELACION CON LAS PRESTACIONES SOCIALES DE LOS DOCENTES, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO.

2.2 NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO[2].

Se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó como ciertos los hechos relativos a la solicitud de la cesantía, su reconocimiento y la

[1] 56-59
[2] Fl 116-127

reclamación administrativa, en tanto que respecto a los demás manifestó que corresponden es a razonamientos normativos o apreciaciones jurídicas.

Sostuvo que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales es quien tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, sin embargo se diseñó un trámite en el que las secretarías son encomendadas en la expedición del acto, y gestión de solicitudes en general, y por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria (FIDUPREVISORA S.A) la administración de los recursos del Fondo y el pago de las prestaciones sociales.

Ahora bien, afirma que FIDUPREVISORA, procede con los pagos, luego de contar con el acto administrativo de reconocimiento emitido por la Secretaría de Educación y según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; es decir el pago se realiza cuando existe la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de resoluciones, tal y como se sostuvo en la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo Directivo del Fondo, atendiendo a la Sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001.

Así las cosas, considera que no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente al demandante, es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

De igual forma manifestó que en el caso de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye el procedimiento especial aplicable, que a su vez difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y que no contempla sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. No puede entonces hacerse aplicación extensiva de la referida sanción, habida cuenta del principio de interpretación restrictiva.

Propone las excepciones de "inexistencia de derecho por errónea interpretación de la norma", "pago", "cobro de lo no debido", "prescripción", "compensación", "excepción genérica o innominada", y "buena fe".

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[3].

En sentencia de fecha veintiocho (28) de octubre de dieciséis (2016), dictada en audiencia oral en la cual se decidieron al mismo tiempo dos procesos, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda.

[3] 134-138

Una vez verificado el audio y video, con absoluta dificultad para la Sala de decisión, toda vez que en el mismo se fallaron al tiempo dos procesos en los que se definió la litis frente a la cual solo se tiene competencia dentro del radicado 13001333300120150015900 y que se identificó con el número 1, se debió escuchar y ver todo el audio, para extraer del mismo dentro de sus múltiples apartes los pertinentes al caso concreto, sin que la Sala tenga competencia funcional frente al resto de causas.
Preciso la A quo que, con fundamento en las sentencias de fechas 27 de marzo de 2007 y 14 de diciembre de 2015 del H Consejo de Estado, la sanción moratoria prevista en Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, sí resulta aplicable a los docentes oficiales y no resulta incompatible con el régimen especial de los mismos, y que ella se causa 70 días después de presentada la solicitud de cesantías, precisando que el caso particular el FOMAG omitió el cumplimiento de los términos consagrados en la Ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías reclamadas por la demandante, incurriendo en mora de 244 días como quiera que la reclamación de las cesantías se efectúo el 15 de abril de 2013 debiendo haberlas pagado el 29 de julio del 2013 y éste tan sólo se efectúo el 31 de marzo de 2014, lo que arrojó un sanción moratoria de $18.188.256.

Concedió el ajuste de valor de la sanción moratoria y ordenó el reconocimiento de intereses conforme al artículo 192 del CPACA.

Precisó que es el FOMAG el llamado a responder por el pago de las cesantías de los docentes, y por lo tanto de la sanción que se genere en el pago de la misma, prosperando en ese sentido la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva invocada por el Departamento de Bolívar.

4. RECURSO DE APELACIÓN[4].

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, impugnó la decisión recalcando que para el caso específico de los docentes las reclamaciones de cesantías deben tramitarse bajo el procedimiento fijado en la ley 91 de 1989 y en el Decreto 2831 de 2005, lo cual difiere sustancialmente de lo estipulado en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, por tanto no se puede hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que contempla una regulación especial. Así mismo, que el juez de instancia no tuvo en cuenta la falta de competencia del Ministerio de Educación como quiera que éste no interviene en el trámite y pago de las prestaciones a favor de los docentes, máxime cuando el acto administrativo acusado no fue expedido por esa cartera ministerial ni en virtud de delegación de funciones ni de desconcentración.

[4] Fl. 143-149

5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. [5]

Por auto del 6 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 28 de octubre de dos mil dieciséis (2016), y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días, para que alegaran de conclusión y rindieran concepto de fondo, respectivamente.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandada. FOMAG

No alegó de conclusión.

6.2. Parte demandante.

No alegó de conclusión.

6.3. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no presentó concepto dentro del presente proceso.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problemas jurídicos.

Atendiendo a que el Juez de Segunda instancia está limitado a los argumentos expuestos en el recurso de apelación y a que en el caso concreto el apelante único es el Fondo de Prestaciones Sociales del

[5] 159

Magisterio, el cual alegó que no es la autoridad competente para reconocer y pagar la sanción moratoria en los términos previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, la Sala habrá de resolver los siguientes interrogantes que tienden a la defensa de dicha entidad y del ordenamiento jurídico[6]:

¿La sentencia de primera instancia se debe revocar, porque el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no es competente para reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 a favor de los docentes oficiales, derivada del no pago oportuno de sus cesantías parciales?

En caso de que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sea competente para reconocer y pagar la sanción moratoria referida, debe la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos asociados:

¿Cuál es el procedimiento que se debe cumplir para computar los días que tiene la entidad para el pago de cesantías y el correspondiente reconocimiento de la sanción moratoria?

¿Hay lugar a los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío que reconoció la juez de primera instancia?

La Sala debe resolver el último problema jurídico consistente en determinar:

> *¿En el caso concreto, operó la prescripción prevista en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, que por analogía se aplica a la sanción moratoria por el retardo en el reconocimiento y pago de cesantías a docentes, conforme las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?*

3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, pues le asiste razón al A quo al concluir que el competente para reconocer y pagar a favor de los docentes oficiales de las entidades territoriales la sanción moratoria en el pago de las cesantías prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así mismo, se sustentará que no hay lugar al reconocimiento a los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria como lo ordenó

---

[6] Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección A. C. P MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Fecha: doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00877-01(49989).

"Como de manera reiterada lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Corporación[6], la competencia del juez de segunda instancia se rige por el principio de congruencia[6], en virtud del cual la alzada se decide a partir de los cargos planteados contra la decisión recurrida, en tanto que con estos se indica cuáles fueron los yerros o desaciertos en los que se incurrió al resolver la *litis* presentada, salvo que se trate de circunstancias sin las cuales no sea posible decidir o de las susceptibles de ser declaradas de oficio, toda vez que estas son consustanciales a la labor de defensa del ordenamiento jurídico[6]".

la A-quo, en la medida en que ésta es superior al reajuste monetario y el pago de ambas, constituye el reconocimiento de doble sanción, por lo que debe revocar dicho reajuste.

De igual manera y frente a la prescripción, la Sala concluye que no operó este fenómeno tal y como se sustentará seguidamente.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes.

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda.

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

Acorde con lo anterior, la sanción moratoria se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 y tiene lugar siempre que al momento del retiro del servicio o de la terminación del contrato, la entidad pública pagadora incumpla los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales. Al respecto señalan los artículos 1 y 2 de la mencionada ley:

> *"ARTÍCULO 1° Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*
>
> *PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar.*
> *Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*

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

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

Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006[7], así:

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

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

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

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

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

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

---

[7] *Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.*

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." (Negrillas y subrayas nuestras).

De conformidad con lo anterior, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. La vía judicial adecuada para reclamar el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva y la sanción moratoria es el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dado que no exista título ejecutivo.
2. 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 o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese.
3. La liquidación de la cesantía definitiva o parcial debe estar contenida en una resolución o acto administrativo originado en la petición del interesado.
4. La petición del interesado se debe resolver por la entidad dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a su presentación.
5. La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2° de la Ley 244 de 1995 es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, por ello, la primera cuenta con un término máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, para hacer efectiva la prestación liquidada, 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.

6. De forma detallada se tiene que, presentada la solicitud, la entidad tiene 15 días hábiles siguientes para efectuar su reconocimiento y ordenar su pago, es decir, para expedir la resolución; más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria del acto de reconocimiento y 45 días hábiles siguientes para efectuar la cancelación de las mismas, lo que sumado arroja un total de 65 días a partir de la presentación de la petición del reconocimiento de las cesantías, para pagar sin incurrir en la sanción moratoria.
7. Sobre el término a partir del cual se debe contabilizar la sanción moratoria, se debe hacer la siguiente distinción:

La sanción moratoria se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales, esto es, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (art. 62 del C.C.A. hoy contenido en el artículo 87 del CPACA).

4.2 Sobre el derecho de los docentes al reconocimiento y pago de sanción moratoria y la competencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La Sección Segunda, Subsección A, del H. Consejo de Estado, C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, en sentencia de fecha, dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), radicado: 73001-23-33-000-2014-00217-01(4846-14), precisó que los docentes del sector oficial de las entidades territoriales, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y que la misma está a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio[8].

---

[8] En esta misma sentencia, el H. Consejo de Estado llegó a esta conclusión en los siguientes términos: "...En el caso de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la Nación – Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del citado fondo, la entidad obligada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías. Veamos:

- Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

- Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4. ° los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5. ° el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.

- A su vez, 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

Llegó a la anterior conclusión, recordando que, en sede de revisión "la Corte Constitucional observó dicho panorama y mediante la sentencia de unificación número SU-336 de 2017,[9] resaltó la disparidad de criterios originada con la postura inicial del Consejo de Estado y amparó los derechos de los accionantes al concluir, tal como ya lo había hecho el Consejo de Estado en las decisiones proferidas desde febrero de 2015, que a los docentes sí les son aplicables las normas de sanción por mora en el pago de cesantías.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados.

5.1.1 El señor YONIS ALBERTO ANAYA ORTEGA, se encuentra vinculado a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar como docente de vinculación municipal (F. 20).

5.1.2 El 15 de abril de 2013, radicó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, solicitud de reconocimiento de cesantías parciales F.20).

5.1.3 Mediante Resolución N° 0192 de 17 de enero de *2014*[10], la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, en nombre y representación de la Nación (entiéndase Ministerio de Educación Nacional)- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó reconocer y pagar la suma de **$38.504.900** por concepto de liquidación parcial de cesantías. (F. 20-22).

5.1.4. Dicha resolución fue notificada personalmente el 18 de enero de 2014, según sello de diligencia de notificación (F. 22 respaldo), no habiendo constancia de que contra la misma se haya interpuesto recurso de reposición dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación.

5.1.5 De acuerdo con el comprobante de pago emitido por el banco BBVA (fl 18-19) el FOMAG realizó consignación a favor del señor YONIS ALBERTO ANAYA ORTEGA por la suma de $38.504.900 el día 28 de marzo de 2014, estando a disposición del beneficiario dicha suma de dinero desde esa

---

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 la su pago oportuno, sin que tenga responsabilidad alguna el ente territorial, quien solo actúa en nombre del fondo.

[9] Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escrucería Mayolo.

[10] El texto de la resolución señala que la misma es del "enero de 2013", sin embargo, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la solicitud de cesantías (15 de abril de 2013) y que al final de dicha resolución aparece como fecha de expedición el día 17 de enero de 2014, se tiene que la fecha real de dicho acto administrativo es esta última.

misma fecha.

5.1.6 Mediante petición elevada el día 27 de junio de 2014 (fl 26-27) el accionante reclamó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006.

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Teniendo en cuenta los problemas jurídicos formulados conforme a la alzada, la Sala, precisa que, frente al principal y conforme se expuso en el marco normativo de esta providencia, la sentencia de primera instancia se debe confirmar en cuanto declaró que resulta procedente reconocer a favor del demandante sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales conforme las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y que la competencia para el reconocimiento y pago está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se llega a la anterior conclusión porque, la Ley 91 de 1989, es clara al indicar que las prestaciones sociales que pague el Fondo *serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, función que se* delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales. Es decir, las Secretarías de Educación departamentales o distritales, se convierten en el instrumento idóneo para racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no siendo viable por lo tanto atribuirle responsabilidad a quien actúa en delegación por expresa disposición normativa y en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confiere la ley en cita.

Por lo anterior, se precisa que no puede atribuírsele a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, obligaciones que la ley no le ha conferido, pues como se analizó, sus funciones se limitan a la proyección y suscripción de los actos administrativos que reconozcan o nieguen prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio, más no le corresponde efectuar o materializar el pago que de ellos emane, toda vez, que es la Fiduciaria con quien ha contratado previamente la Nación – Ministerio de Educación Nacional la que está obligada a tal cometido.

Así las cosas, esta Sala considera que fue acertada la decisión de primera instancia al dirigir la condena a la Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, con lo cual se resuelve el primero problema jurídico. Aclara la Sala que, como quiera que en el trámite administrativo interviene la Secretaría de Educación del respectivo ente territorial, ello, podría conllevar a las correspondientes responsabilidades de orden disciplinario y fiscal en que podrían verse incursos los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de

sus funciones, si a ello hubiere lugar, sin que varíe la competencia en el responsable del pago y reconocimiento de la sanción moratoria que está en cabeza del Fondo, como se concluyó.

Una vez resuelto el problema jurídico principal, procede la Sala a resolver el siguiente cuestionamiento asociado:

¿Cuál es el procedimiento que se debe cumplir para computar los días que tiene la entidad para el pago de cesantías y el correspondiente reconocimiento de la sanción moratoria?

Frente a este interrogante, relacionado con el procedimiento para computar los días con que cuenta el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se debe señalar que está previsto en las mismas Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Aplicando dichos términos legales, la Sala procederá a realizar el siguiente cuadro de cara a determinar si la demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas solicitadas:

Solicitud de cesantías	**Acto de reconocimiento de cesantías- fecha de expedición**	**Notificación de acto administrativo**	Término de ejecutoria **(CCA: 5 días hábiles) o CPACA: 10 días hábiles**	**Fecha límite con que cuenta la entidad para reconocer y pagar. Cesantías: (45 días hábiles adicionales a los anteriores). Total: 65 días hábiles en vigencia del CCA o 70 días hábiles en vigencia CPACA**	**Fecha de pago cesantías**	**Total término en que se incurrió en mora**
15/04/2013 (Fl. 20) En vigencia del CPACA	**17/01/2014** (Fl. 21)	18/01/2014	En vigencia del CPACA 31/01/2014	(70 días hábiles) 29/07/2013	28/03/2014	Desde 30/07/2013 al 27/03/2014

Como consecuencia de lo anterior, evidencia la Sala que, la entidad demandada omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías definitivas solicitadas por el señor ANAYA ORTEGA, que en su orden debían ser 15 días para expedir el acto de reconocimiento, 10 días más que corresponden al término de su ejecutoria (en vigencia del CPACA), y 45 días dentro de los cuales se debía realizar el pago.

Atendiendo lo anterior, y contados 70 días hábiles con posterioridad al día en que se presentó la solicitud (15 de abril de 2013), el pago de la cesantía debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día **29 de julio de 2013.**

Así las cosas y bajo este hilo conductor, se probó que la mora cesó el **28 de marzo de 2014 (Fl. 18-19)**, al demostrarse que el dinero de las cesantías del actor se puso a su disposición ese mismo día en el banco BBVA, por lo que la Sala concluye que el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías durante el tiempo en que se le retardó el pago, es decir, desde el día **30 de julio de 2013 hasta el 27 de marzo de 2014,** y no del 30 de julio de 2013 al 31 de marzo de 2014, como erradamente concluyó la a quo, por cuanto para el conteo tomó como fecha de cesación de la mora la fecha en la que se pagaron las cesantías – 31 de marzo de 2014- y no la fecha en la que se pusieron a disposición del demandante para ser retiradas – 28 de marzo de 2014 -.

Conforme lo precedente, se modificará el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, en el entendido que se condenará a la entidad accionada al pago de la sanción moratoria derivada del no pago de las cesantías parciales a la demandante desde el 30 de julio de 2013 hasta el 27 de marzo de 2014.

Frente al segundo problema jurídico asociado, y que se relaciona con aspectos consustanciales a los argumentos de alzada garantes del ordenamiento jurídico, dado que la Juez de primera instancia ordenó la actualización de la condena conforme al IPC, la Sala lo resolverá como sigue:

Ajuste al valor

De conformidad con lo establecido en la providencia del 17 de noviembre de 2016 del H. Consejo de Estado – Sección Segunda – Sub Sección A. Consejero Ponente WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, no resulta procedente los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías porque se entiende *"que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria"*., el H. Consejo de Estado fundamento su posición en la sentencia C-448 de 1996 de la H. Corte Constitucional.

Conforme a lo anterior se revocara el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la actualización de las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria, pues se debe cancelar sólo el valor de los días en mora por día de salario, sin indexación alguna.

Prescripción.

Frente a este aspecto, respecto del cual no se pronunció la A quo, debe indicarse que el presente caso no operó el fenómeno de la prescripción en los términos del artículo 151 del C. P.T., en consideración a que el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, el 27 de junio de 2014 (folios 26), por el no pago oportuno de las cesantías parciales; la cual no fue

resuelta por el FOMAG, generándose un acto ficto negativo, por lo que instauró demanda el 3 de septiembre de 2015 (Folio 1).

Como el periodo de mora es del **30 de julio de 2013 hasta el 27 de marzo de 2014**, no se configuró la prescripción extintiva de tres años contenida en el artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo.

6. Condena en Costas.

En torno a la condena en costas, la Sala debe precisar que conforme lo establece el artículo 188 del CPACA que remite al Código General del Proceso, éstas no operan de forma automática, sino que es necesario que aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (Numeral 8 del artículo 365CGP).

Teniendo en cuenta que, el pago de las costas dentro de las cuales se incluyen las expensas (gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados, como los honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.), y las agencias en derecho (que se definen como los gastos efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales - vale la pena precisarlo - se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial), no se comprobaron cómo causadas en sede de segunda instancia, no hay lugar a condenar a la parte apelante y a favor de la demandante.

Se debe recalcar que, si bien las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, sería la Sala la encargada de manera discrecional de fijar la condena por este concepto, con base en los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el representante judicial o la parte que litigó personalmente, lo cual tampoco ocurrió en el caso concreto, porque durante el trámite de la segunda instancia la parte demandante no concurrió.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia de fecha veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, el cual quedará así:

"TERCERO.- *A título de restablecimiento del derecho se condena a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar sanción moratoria por el*

pago tardío de las cesantías parciales reconocidas al señor ***YONIS ALBERTO ANAYA ORTEGA*** *reconocidas mediante la Resolución No.0192 de fecha 17 de enero de 2014 desde el* ***30 de julio de 2013 hasta el 27 de marzo de 2014".***

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia de fecha veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en tanto dispuso una fórmula de actualización de las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria, que no es procedente, teniéndose que el valor real a reconocer es sólo el valor de los días en mora por día de salario, sin indexación alguna, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en sus demás partes la sentencia de fecha veintiocho (28) de octubre de dos mil dieciséis (2016), de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Sin condena en costas en segunda instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE
Constancia: El proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS