



Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

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.	13001-33-33-011-2015-00055-01
Demandante	ELIZABETH GARCÍA TORRES
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión N° 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto de los recursos de apelación interpuesto por la demandante y por la demandada NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO contra la sentencia de fecha cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo 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 4 de junio de 2012, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a que tenía derecho por laborar como docente del Distrito de Cartagena.
- 1.1.2 Por medio de Resolución 4548 del 10 de septiembre de 2012, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas y canceladas el 28 de noviembre de 2012 con una mora de 85 días contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para hacer el pago.
- 1.1.3 El 23 de mayo de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a la entidad demandada y ésta la resolvió negativamente mediante Oficio No 2014RE2475 del 5 de junio de 2014.

1.2. PRETENSIONES

Declarar: **i)** La nulidad del Oficio No 2014RE2475 del 5 de junio de 2014, en cuanto negó el derecho a pagar al demandante la sanción por mora establecida en la ley. **ii)** Que la demandante tiene derecho a 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. **iii)** Reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre la suma que arroje la mora, y **iv)** Dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A.





1.3 NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE VIOLACIÓN.

Constitución Política, artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 121 y 122.

Ley 244 de 1995, Artículos 1 y 2.

Ley 1071 de 2006, Artículo 4.

En síntesis, señala que trasgredieron las normas citadas por cuanto se desconocieron los términos y plazos establecidos para el reconocimiento y pago de las cesantías, negándose a su vez la consecuencia sancionatoria establecida en la ley, y desconociendo el espíritu del precepto legal.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Dicha entidad no presentó escrito de contestación de demanda.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹.

En sentencia de fecha cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Indicó que confrontado el acto demandado con lo ordenado en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se observa que resulta demostrado el cargo de nulidad de violación de la norma superior, pues la sanción que allí se establece se configura de forma automática ante la mora en el pago de las cesantías, y para tal efecto solamente se exige la acreditación del no pago dentro del término previsto en el mismo artículo 5°.

En virtud de lo anterior, declaró la nulidad del acto acusado aplicando el procedimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, para contar el término con que contaba la entidad para el pago de cesantías parciales reclamadas por la demandante. En ese orden dispuso que la mora corrió desde el día 23 de octubre de 2012 hasta el 28 de noviembre de 2018, concluyendo que la entidad tenía 15 días para expedir proyecto de acto administrativo de reconocimiento de la cesantía, 15 días para que la Fiduciaria lo aprobara, 5 días para notificar el acto aprobado, 10 días para la ejecutoria del acto, y 3 días para la remisión del acto ejecutoriado a la Fiduciaria para realizar el pago efectivo. En total, consideró que la entidad contaba con 48 días hábiles para reconocer y pagar de manera efectiva las cesantías parciales a la demandante, y pese a ello incurrió en 36 días de mora.

Además de lo anterior, ordenó la indexación de las sumas reconocidas por sanción moratoria.

¹ Fl. 93-98.





4. RECURSOS DE APELACIÓN.

4.1 Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.²

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.

4.2. Parte demandante³.

Señala en esencia que el Decreto 2831 de 2005 que regula el procedimiento administrativo especial para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de Fondo de Prestaciones del Magisterio, y utilizado por el A quo para el cálculo y liquidación de la sanción moratoria, no era la norma procedente en el presente caso, siendo la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, las normas aplicables en caso de mora en el pago oportuno de las cesantías de los servidores públicos como lo es la demandante, esto es, bajo el principios de igualdad y favorabilidad laboral.

Precisa que el caso particular, la demandada incurrió en 85 días en mora en el pago de las cesantías, y no 36 días como erradamente lo concluyó el A quo, de allí que considere que debe modificarse la sentencia impugnada, concediendo los 85 días de sanción moratoria.

5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto del 6 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 4 de agosto de 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 rindiera concepto de fondo, respectivamente⁴.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandada. FOMAG.

² Fl. 99-104.

³ Fl. 105-110.

⁴ Fl. 133.





No presentó alegatos de conclusión.

6.2. Parte demandante⁵.

Presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

6.3. Concepto del Ministerio Público⁶.

Solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, como quiera que está demostrado que el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías solicitadas por la accionante, pues efectuó el pago fuera del plazo de los 70 días previstos en la Ley 244 de 1995, precisando que el A quo erró en el cálculo del día a partir de cual debe calcularse la mora, siendo la correcta el día 17 de septiembre de 2012, y no el 22 de octubre de 2012, por lo que debe modificarse la sentencia en ese sentido.

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 no se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello se procede a efectuarlo en esta instancia, precisando que no se observa irregularidad alguna en el trámite efectuado, razón por la cual resulta procedente decidir de fondo la alzada como quiera que en la segunda instancia también se han respetado las reglas del debido proceso.

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.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por los apelantes, la Sala habrá de resolver los siguientes interrogantes:

¿La sentencia de primera instancia se debe revocar, porque el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no es competente para reconocer y pagar

⁵ Fl. 136-141.

⁶ Fl. 142-145.





Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

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, y en ese sentido resulta aplicable en dicho procedimiento el Decreto 2831 de 2005, como lo dijo el A quo?

¿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?

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.

Precisando que, en la sentencia de primera instancia el Juez reconoció unos días de mora inferiores a los que realmente se causaron, pues no le era dable aplicar para dicho calculo el Decreto 2831 de 2001, sino únicamente el procedimiento y términos previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia vigente, por lo que se modificará la decisión en ese sentido.

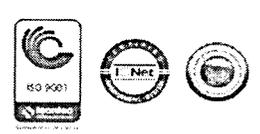
Así mismo, se sustentará que no hay lugar al reconocimiento a los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria como lo ordenó el A-quo, en la medida en que ésta es superior al reajuste monetario y el pago de ambas, constituye el reconocimiento de doble sanción.

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





Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

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 1º 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 2º 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 2006⁷, así:

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

Artículo 2º. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus

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.*





Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

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 petitionarios, 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 petitionario 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." (Negrillas y subrayas nuestras).

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





Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

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 2º 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



Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

de las cesantías y que la misma está a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio⁸.

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.

4.3 Ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías.

La Sala aplicará el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección "A", C.P **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**, de fecha diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), radicado (1520-2014), en la que sobre este tema se concluyó que no resulta procedente su reconocimiento, porque se ha mantenido posición

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.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º 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 serán 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 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 Escruce Mayolo.





Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

pacífica en la medida en que si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso es superior a ella, lo que significaría un doble pago.

4.4. Sobre la prescripción.

La Sala aplicará el criterio sostenido por el H. Consejo de Estado en sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección A, C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, el dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), radicado: (4846-14), en la que sobre este tema recalcó que, en consideración a que en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 no se consagró expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, “no quiere decir que la sanción moratoria es imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles. Conforme a lo expuesto, ante la ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto del derecho laboral que aquí se reclama, por analogía se debe aplicar el artículo 151 del C.P.T.”.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados.

5.1.1 La señora ELIZABETH GARCÍA TORRES está vinculada a la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena como docente Distrital (FI 17).

5.1.2 El **4 de junio de 2012**, radicó solicitud de reconocimiento de cesantías parciales con destino a la reparación de vivienda. (F. 17)

5.1.3 Mediante **Resolución 4548 del 10 de septiembre de 2012**, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, 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 **\$19.400.829** por concepto de liquidación de cesantías parciales. (F. 17-18).

5.1.4. Dicha Resolución fue notificada personalmente el **17 de septiembre de 2012**, según sello de diligencia de notificación (F. 19), no habiendo constancia de que contra la misma se interpusiera recurso de reposición dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación, conforme se concedió en el artículo 4 de la misma.

5.1.5 Según certificación expedida por el banco BBVA, el valor de las cesantías reconocidas mediante **Resolución 4548 del 10 de septiembre de 2012**, por la suma de **\$19.400.829**, fueron consignados a favor de la señora ELIZABETH GARCÍA TORRES, el día **28 de noviembre de 2012** (FI. 20).

5.1.6 El **23 de mayo de 2014**, la señora ELIZABETH GARCÍA TORRES, presentó petición solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley 1071 de 2006. (FI. 14-16). Dicha petición fue resuelta





Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

negativamente mediante Oficio 2014RE2475 del 5 de junio de 2014 (folios 12-13).

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 de la 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 Distrito de Cartagena, 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, 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





Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

sanción moratoria, y en ese sentido resulta aplicable en dicho procedimiento el Decreto 2831 de 2005, como lo dijo el A quo?

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, debe enfatizar la Sala que conforme a la jurisprudencia vigente a que se ha hecho referencia en el marco jurídico de esta providencia, las normas aplicables para el cálculo de dicha mora, los previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, no siendo aplicable el Decreto 2831 de 2005 que tuvo en cuenta el A quo.

Así las cosas, y aplicando dichos términos legales, la Sala procederá a realizar el siguiente cuadro de cara a determinar si la demandada incurrió en mora el reconocimiento y pago de las cesantías parciales 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
04/06/2012 en vigencia del CCA (Fl. 17)	Resolución 4548 de fecha 10/09/2012 (Fl. 17 En el artículo CUARTO, se concede el recurso de REPOSICIÓN que podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes)	17/09/2012	Se aplica el CCA porque la petición de cesantías se elevó en vigencia de esta normatividad.	En vigencia del CCA 11/09/2012	Consignación Banco BBVA 28/11/2012 (Fl. 20).	Del 12 - 09-2012 al 27- 11-2012

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 parciales solicitadas por la accionante, que en su orden debían ser 15 días para expedir el acto de reconocimiento a partir de la petición, cinco (05) días más que corresponden al término de su ejecutoria en vigencia del CCA, y 45 días hábiles dentro de los cuales se debía realizar el pago.

Atendiendo lo anterior, y contados 65 días hábiles con posterioridad al día en que se presentó la solicitud (**4 de junio de 2012**), el pago de las cesantías debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día **11 de septiembre de 2012**, y no como erradamente lo entendió el A quo hasta el 23 de octubre de 2012, asistiéndole razón en ese sentido a la parte demandante recurrente.



Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

Así mismo, debe precisar la Sala que, en el caso concreto, no se aplica el término de 70 días, porque la petición de cesantías que elevó la accionante se hizo en vigencia del CCA y en éste, el término de ejecutoria de los actos administrativos es de cinco (5) días porque, se cuenta con el mismo para impugnar a través del recurso ante la administración como lo dispone el artículo 76 ibídem.

En este orden de ideas y probándose que dicha mora cesó el **28 de noviembre de 2012**, al demostrarse que el dinero de las cesantías de la actora se puso a su disposición ese mismo día en el Banco BBVA, 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 12 de septiembre de 2012 al 27 de noviembre de 2012**, término que arroja un total de 77 días de mora, y no 36 días como concluyó el A quo.

Conforme lo precedente y como en la sentencia de primera instancia, el Juez reconoció unos días de mora inferiores a los que realmente se causaron, se modificará la sentencia en ese sentido, precisando el periodo el periodo correcto de días en mora.

Frente al segundo problema jurídico asociado, y que se relaciona con aspectos consustanciales a los argumentos de alzada garantes del ordenamiento jurídico, dado que el 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 fundamentó su posición en la sentencia C-448 de 1996 de la H. Corte Constitucional.

Conforme a lo anterior se revocará el numeral TERCERO 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 el 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 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, el 23 de mayo de 2014 (folios 17), por el no pago oportuno





Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

de las cesantías parciales; la cual fue resuelta negativamente por el FOMAG, el 5 de junio de 2014, e instauró demanda el 22 de enero de 2015 (Folio 1).

Como el periodo de mora es del **día 12 de septiembre de 2012 al 27 de noviembre de 2012**, no se configuró la prescripción extintiva de tres años contenida en el artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo.

6. Condena en Costas.

Conforme al artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del Código de General del Proceso –C.G.P.- se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, se tiene que el recurso interpuesto fue resuelto parcialmente favorable a la parte demandada, como quiera que se modificó la sentencia de primera instancia en cuanto a revocar el reconocimiento de reajuste de la sanción.

En ese orden de ideas, se abstendrá la Sala de condenar en costas a alguna de las partes.

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: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de fecha cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, para establecer que el periodo de mora corresponde al comprendido del **12 de septiembre de 2012 al 27 de noviembre de 2012**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia"

TERCERO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia de fecha cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo 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.

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



Radicado 13001-33-33-011-2015-00055-01

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

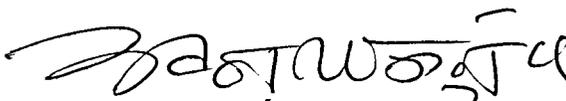
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.	13001-33-33-011-2015-00055-01
Demandante	ELIZABETH GARCÍA TORRES
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

