



Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

Cartagena de Indias, D. T. y C, primero (1) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.	13001-33-33-002-2015-00190-01
Demandante	NAYDA SAN MARTIN AVILA
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-DISTRITO DE CARTAGENA
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

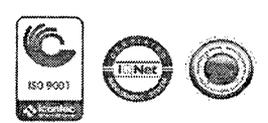
1. LA DEMANDA

1. 1. HECHOS

- 1.1.1 El día 16 de febrero de 2012, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho por laborar como docente del Distrito de Cartagena.
- 1.1.2 Por medio de Resolución 4432 del 5 de septiembre de 2012, le reconocieron las cesantías solicitadas y se le cancelaron el 11 de octubre de 2011, es decir con una mora de 143 días contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para hacer el pago.
- 1.1.3 El 13 de agosto 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 nulidad del Oficio de fecha 4 de septiembre de 2014 producto de la petición radicada el 13 de agosto de 2014, y que 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 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo el pago. **ii)** Que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (vinculado el DISTRITO DE CARTAGENA-SECRETARÍA DE EDUCACION DISTRITAL DE CARTAGENA) le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006. **iii)** 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





Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia. **iv)** Dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y S.S del C.P.A.C.A. **v)** 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 **vi)** 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 sesenta y cinco días después de haberla solicitado, obviando la protección de los derechos del trabajador.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1 NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO¹.

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 reclamación administrativa que dio origen al acto ficto demandado, 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.

¹ Fl. 82-93.



Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

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 a la 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.

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

2.2 DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS²

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por encontrarse ajustado a derecho el Oficio No. 2014RE del 4 de septiembre de 2014, que respondió de manera negativa la solicitud de la actora.

Afirma que dicho acto administrativo se fundamenta en las atribuciones de las Secretarías de Planeación como meros entes tramitadores de las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes oficiales, cuya dirección general de política de aplicación normativa se encuentra en cabeza del Ministerio de Educación; teniéndose que el reconocimiento y pago de aquéllas está atribuida al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo su administradora la Fiduciaria la Previsora S.A., conforme lo dispone la Ley 91 de 1989 y su Decreto Reglamentario 2831 de 2005.

Propuso como excepciones, legalidad de la actuación del Distrito y el acto administrativo, falta de legitimación en la causa por pasiva, y excepción genérica o innominada.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

En sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Conforme al criterio de especialidad establecido en el artículo 5 de la Ley 157 de 1887, la norma pertinente para aplicar al procedimiento y pago del auxilio de cesantías de los docentes, es el conjunto conformado por la Ley 91 de 1989, y el Decreto 2831 de 2005, pues no podría aplicarse parcialmente estas disposiciones

² Folios 43-48.

³ Fl. 109-111 y CD a folio 112.





Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

y también parcialmente el régimen general de la Ley 244 de 1995, creando un tercer régimen compuesto por el conjunto antes descrito, dado que dicha situación violentaría el principio de inescindibilidad de la norma, aunado a la sanción por la mora en el pago de las cesantías consagrada en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, sanciona a quien incumple con el término preclusivo de cuarenta y cinco (45) días, prescrito en el mismo precepto, plazo que no opera frente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que ésta consagrado en una norma de carácter general, teniendo dicho fondo para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a su cargo una norma de carácter general, además debe atenderse a lo que respecta al derecho sancionatorio, al principio de legalidad, pues no hubo consagración legal de sanción alguna para esta entidad, en la norma especial que reguló el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías para los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, calidad que ostenta el demandante, no existe previsión en las normas especiales que gobiernan dicho procedimiento, para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías, con lo cual se concluye que a la demandante no le asiste derecho al reconocimiento deprecado.

4. RECURSO DE APELACIÓN⁴.

Adujó que el artículo 123 Constitucional fija una noción general respecto de quienes ostentan la calidad de servidores públicos, incluyendo a empleados y trabajadores del Estado, por lo que no queda duda de que la parte actora se encuentra enmarcada dentro de tal denominación.

Partiendo de lo anterior, señala que la Ley 1071 de 2006, incorporó lo dispuesto por el artículo precitado al consagrar como destinatarios de su cuerpo normativo a los empleados y trabajadores del Estado. Así las cosas al tener la demandante la calidad de servidora pública, indubitablemente debe aplicársele la Ley 1071 de 2006 en toda su extensión y por consiguiente el reconocimiento de la sanción moratoria en una eventual tardanza del pago de las cesantías.

Manifiesta también, que el A quo consideró que la Ley 1071 de 2006 es especial y que por lo tanto no hay lugar a aplicársela a los docentes oficiales, pero tal apreciación es errada, pues la teleología de dicha norma es que por parte de la administración, se reconozca y pague a todos los servidores públicos, sin discriminación alguna, la prestación de cesantías en los términos y plazos allí definidos. Si el legislador hubiese querido darle un entendimiento diferente lo hubiese expresado, pero no habiéndolo hecho, no le es dado al intérprete hacerlo.

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 30 de septiembre de dos mil diecisiete (2017), y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días,

⁴ Fl. 120-129.



Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

para que alegaran de conclusión y rindieran concepto de fondo, respectivamente⁵.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandada. FOMAG.

No presentó alegatos de conclusión.

6.2. Parte demandante.

No presentó alegatos de conclusión.

6.3. Concepto del Ministerio Público.

Señaló que deben concederse las pretensiones de la demanda, y en consecuencia revocarse el fallo impugnado, en tanto que es evidente que el pago de las cesantías de la parte actora se efectuó con posterioridad a los 65 días que estipula la Ley 244 de 1995, por lo cual corresponde ordenar el pago de sanción moratoria según la interpretación del H. Consejo de Estado, liquidando un día de salario adicional por cada día transcurrido desde aquél en que se cumplieron los 65 días dispuestos en la Ley 244 de 1995, parágrafo del artículo 2, y la fecha del acto administrativo mediante el cual la demandada efectuó el pago tardío de las cesantías, hasta el día en que se haga real y efectiva la cancelación de la sanción por mora, como lo ordena la misma normativa.

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. Problema jurídico.

⁵ Fl. 148 y reverso.



Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Tiene derecho la demandante a que se reconozca y pague la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, derivada del no pago oportuno de sus cesantías parciales causadas con ocasión de su desempeño como docente?

3. Tesis de la Sala

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, porque contrario a lo afirmado por el A-quo, los docentes tienen derecho como los demás servidores públicos, bajo el principio de igualdad, al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, y en ese orden, a la demandante se le reconocerá la sanción moratoria por el reconocimiento y pago inoportuno de sus cesantías parciales. Lo anterior, en tanto que el demandado tenía 65 días hábiles para reconocer y pagar las cesantías parciales por lo que los días posteriores a esta fecha deben ser sancionados, tal y como se explicará 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 1º Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas,



Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

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 2006⁶, así:

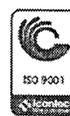
"Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

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 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 3º. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2º 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.

⁶ 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.





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

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

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

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

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

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

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

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



Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

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 de las cesantías y que la misma está a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio⁷.

⁷ 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





Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

Llegó a la anterior conclusión, recordando que, en sede de revisión “la Corte Constitucional observó dicho panorama⁸ y 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 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.”.

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 Sociales 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.

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escruce Mayolo.



Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados.

5.1.1 La señora NAYDA SANMARTÍN AVILA, se encuentra vinculada a la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena como docente de vinculación distrital (F. 24).

5.1.2 El 16 de febrero de 2012, radicó ante la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, solicitud de reconocimiento de cesantías parciales con destino a la reparación de vivienda (F. 24).

5.1.3 Mediante **Resolución 4432 del 05 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 (sacando descuentos realizados) la suma de **\$6.939.921** por concepto de liquidación parcial de cesantías. (F. 24-26).

5.1.4. Dicha resolución fue notificada personalmente el **13 de septiembre de 2012**, según sello de diligencia de notificación (F. 12), no habiendo constancia de que contra la misma se haya interpuesto recurso de reposición dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación.

5.1.5 De acuerdo con el comprobante de pago emitido por el banco BBVA (fl 27) el FOMAG realizó consignación a favor de la señora NAYDA SANMARTÍN AVILA por la suma de **\$6.939.921**, el día **18 de octubre de 2012**, estando a disposición del mismo dicha suma de dinero desde esa misma fecha.

5.1.6 Mediante petición elevada el día **13 de agosto de 2014** (Fl. 22-23) accionante reclamó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, petición que fue negada mediante el Oficio de fecha 4 de septiembre de 2004, hoy demandado.

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

Teniendo en cuenta las pruebas obrantes dentro del proceso, la Sala procederá en primer lugar a realizar en siguiente cuadro de cara a determinar si la demandada incurrió en mora el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas, teniendo en cuenta los plazos legales para ello.

Solicitud de cesantías	Expedición de acto de reconocimiento	Notificación de acto administrativo	Término de ejecutoria (CCA o CPACA)	Fecha de vencimiento del plazo para expedir acto de reconocimiento de cesantías y efectuar su pago (65 días hábiles)	Fecha de pago cesantías	Días de mora
16/02/2012 (Fl. 24)	05/09/2012 (Fl. 24)	13/09/2012 (Fl. 26)	20/09/2012	24/05/2012	18/10/2012	146

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 señora SANMARTIN AVILA, que en su orden debían ser 15 días para expedir



Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

el acto de reconocimiento, 5 días más que corresponden al término de su ejecutoria, y 45 días 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 (16 de febrero de 2012), el pago de la cesantía debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día 24 de mayo de 2012, y sin embargo se probó que sólo lo realizó el día 18 de octubre de 2012 (Fl. 27), razón por la cual, la Sala concluye que incurrió en mora en el pago de las cesantías.

Por lo precedente, la demandante tiene derecho a la reclamación por concepto de sanción moratoria a la entidad demandada durante el tiempo en que se le retardó el pago de su cesantía, es decir, desde el día 25 de mayo de 2012 hasta el 17 de octubre de 2012, esto es, 146 días de mora.

Para la Sala tampoco son de recibo los argumentos expuestos por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, referentes a la no aplicación de sanción moratoria en favor de los docentes por tener un régimen especial. En torno a dichos argumentos, debe indicarse en primer lugar que, para el caso de los docentes del sector público también es aplicable la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por criterios de igualdad laboral frente a otros empleados públicos del Estado y atendiendo a una interpretación finalista de la ley, tal como quedó plasmado en el marco normativo y jurisprudencial aquí expuesto. Teniéndose además claro que, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente, máxime cuando se trata de una empleada como la que aquí demanda, que se encuentra prestando sus servicios como docente en el Distrito de Cartagena desde el año 1996 (Fl. 24).

Conforme a lo anterior, es claro que el acto administrativo contenido en el oficio de fecha 4 de septiembre de 2014 está viciado de nulidad, por vulneración de las normas en que debía fundarse, concretamente, de la Ley 1071 de 2001 modificatoria de la Ley 244 de 1995.

Ahora bien, atendiendo a que conforme al marco jurídico que fue expuesto, la sanción moratoria equivale a un día de salario por cada día de retardo en el pago, contados desde el día siguiente al que se hizo exigible la obligación respecto de las cesantías causadas, resalta la Sala que en el presente asunto, no hay prescripción de los derechos de la actor, - que en el caso de las acreencias laborales corresponde a tres años -, pues el derecho que aquí se exige, nace a partir del día siguiente en que se vence el plazo previsto por el legislador para pagar las cesantías parciales. En este asunto, como se dijo, a partir del día 25 de mayo de 2012, teniéndose que la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria fue presentada por la actora el día 13 de agosto de 2014 (Fl. 22), y la presente demanda se presentó el 13 de marzo de 2015, por lo se tiene que no operó prescripción de la sanción moratoria.



Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

Así las cosas, deberá declararse la nulidad del acto administrativo acusado, en la medida en que desconoce el derecho de la actora a que se le reconozca y pague dentro de los términos de ley sus cesantías parciales, y a que por consiguiente se cancele la mora por el no pago oportuno de las mismas, la que será por tanto materia de las órdenes consecuentes de restablecimiento.

Por otro lado, ha de precisar la Sala, tal y como se expuso en el marco normativo de esta providencia que, 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 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 Distrital 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, por lo que resultó acertado que el A quo declarara probada en audiencia inicial la excepción falta de legitimación en la causa en favor parte del Distrito de Cartagena (Fl. 110).

Así las cosas, esta Sala considera que las condenas relativas o que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente, ello, no obstante la responsabilidad disciplinaria y fiscal en que podrían verse incurso los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a eso hubiere lugar, de allí que en el presente caso la condena será dirigida exclusivamente a la Nación –Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos por delegación por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, radican únicamente en cabeza de la primera.

5.3 DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Teniendo en cuenta que resultó probado dentro del proceso que la actora tiene derecho al pago de la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías parciales, esto es, desde el día 25 de mayo de 2012 hasta el 17 de octubre de 2012, la Sala ordenará que la liquidación de la condena se realice teniendo en cuenta el salario diario devengado para esas fechas.



Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

5.4 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.

5.5 Intereses

Se reconocerán intereses de mora por no pago de las sumas de dinero reconocidas en esta sentencia desde la ejecutoria de la misma, de conformidad con el inciso tercero del artículo 192 del CPACA, porque ella se produce de pleno derecho.

6. Condena en Costas.

El artículo 188 del CPACA dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 365 del Código General del Proceso señala a su vez, que se condenará en costas a la parte vencida, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación y el numeral 4 ibídem indica que en los eventos como el presente, en los que se revoca en su totalidad la sentencia de primera instancia, debe el juzgador de segunda instancia proceder a condenar a la parte vencida al pago de las costas de ambas instancias.

En ese orden, respecto de las costas de primera instancia, atendiendo que en curso de ésta la parte demandante ejerció los actos procesales propios de defensa, se condenará a la parte demandada en costas, incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura⁹, el cual en su artículo 4¹⁰ en concordancia con el numeral 3.1.2 del artículo 6^o, dispone que en los asuntos de primera instancia con cuantía adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

⁹ Conforme esta reglamentación, las tarifas de Agencias en Derecho aplicables a los procesos judiciales, corresponden a la porción de las costas imputable a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.

¹⁰ Esta norma dispone que las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia.





Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

Teniendo en cuenta que en el caso concreto según la demanda, la cuantía de las pretensiones reconocidas asciende a la suma de \$9.629.849, la Sala de decisión fijará las agencias en derecho en la suma de CIENTO CUARENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$1.144.447), que corresponde al uno punto cinco por ciento (1.5%) de las pretensiones, valorando la naturaleza del asunto objeto de estudio, la calidad y la duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado de la parte demandante en la primera instancia y la cuantía de las pretensiones.

Ahora, en lo tocante con las costas de segunda instancia se tendrán en cuenta los siguientes factores; i) el trámite del recurso de apelación, ii) la cuantía de las pretensiones de la demanda la cual se fijó en \$9.629.849¹¹, y iii) la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante.

En ese orden, para la tasación de las agencias en derecho, la Sala encuentra razonable fijar las agencias en derecho en la suma CIENTO SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS VEINTIUN PESOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS (\$173.221,46), que corresponden al 1% de las pretensiones de la demanda.

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: REVOCAR la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio No 2014RE del 4 de septiembre de 2014 por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria elevada por la demandante y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago a la demandante de la sanción moratoria equivalente a un (01) día de salario por cada día de mora en el pago de las cesantías definitivas, desde el día 25 de mayo de 2012 hasta el 17 de octubre de 2012, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO al pago de los intereses a favor de la parte demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO al pago de las costas procesales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, para cuya liquidación se deberá observar lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código de General del Proceso, las cuales serán liquidadas de manera

¹¹ Folio 15 del escrito de demanda.





Radicado 13001-33-33-002-2015-00190-01

concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones y que incluirán el valor de las agencias en derecho fijadas en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: 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


ARTURO MATSON CARBALLO

AUSENTE CON PERMISO
ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.	13001-33-33-002-2015-00190-01
Demandante	NAYDA SAN MARTIN AVILA
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-DISTRITO DE CARTAGENA
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE