

142/c



**Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01**

Cartagena de Indias, D. T. y C, veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

|                           |  |
|---------------------------|--|
| <b>Medio de Control</b>   | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>  |
| <b>Radicado No.</b>       | <b>13001-33-33-002-2015-00339-01</b>   |
| <b>Demandante</b>         | <b>OMAR MOSQUERA HURTADO</b>   |
| <b>Demandado</b>          | <b>NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.</b> |
| <b>Tema</b>               | <b>SANCIÓN MORATORIA DOCENTE</b>   |
| <b>Magistrada Ponente</b> | <b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>   |

Procede la Sala Fija de Decisión No. 01 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 dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. LA DEMANDA**

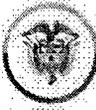
##### **1.1. HECHOS**

- 1.1.1 El día 20 de febrero 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 No. 04-01579 del 9 de septiembre de 2013, le reconocieron las cesantías solicitadas y se le cancelaron el 21 de enero de 2014, es decir con una mora de 224 días contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para hacer el pago.
- 1.1.3 El 10 de abril 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 10 de julio de 2014 producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 10 abril de 2014, por el pago tardío de las cesantías al demandante. **ii)** La nulidad del acto ficto configurado el 10 de julio 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





**Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01**

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<sup>1</sup>**

Se opuso a las pretensiones de la demanda, precisando que conforme a la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, los entes territoriales actúan como meros facilitadores para que los docentes nacionalizados tramiten el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, por lo que cualquier actuación que realice la Secretaría de Educación Departamental, se realiza en calidad de representante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad contra la cual se dirigen la pretensiones, configurándose en ese sentido, una falta de legitimación en la causa del Departamento de Bolívar.

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

La parte accionada contestó la demanda aceptando como ciertos los hechos referentes a la solicitud de cesantías, su reconocimiento, fecha de pago, y a la solicitud de la sanción moratoria, aduciendo frente a esta última que no tiene vocación de prosperar, y, en consecuencia, se opuso a las pretensiones de la demanda.

Señaló que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien tiene la función encomendada del pago de las prestaciones de los docentes,

<sup>1</sup> Fl. 55-59.



**Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01**

pero que 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) de la administración de los recursos del Fondo y el pago de las prestaciones sociales.

En ese orden, indica que FIDUPREVISORA, procede con el pago de las cesantías, 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, que 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 que rige en materia sancionatoria.

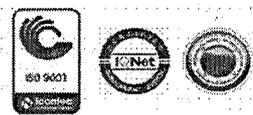
Propone las excepciones de "inexistencia de derecho por errónea interpretación de la norma", "pago", "cobro de lo no debido", "prescripción", "compensación", "excepción genérica o innominada", y "buena fe".

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>2</sup>.**

En sentencia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda.

En la sentencia la A quo, concedió las pretensiones de la demanda, precisando que se demostró que la administración omitió el cumplimiento de los términos consagrados en la Ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías reclamadas por el demandante, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento, 5 días más que corresponden al término de la ejecutoria y 45 días dentro de los cuales debía realizar el pago (65 días). Concluyó que la administración incurrió en una mora de 236 días frente al pago oportuno de las cesantías solicitadas, las cuales se rigen por el procedimiento establecido en las

<sup>2</sup> Fl. 97-105.





**Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01**

Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, teniendo el actor como docente oficial del orden nacional derecho a ser acreedores a la sanción moratoria por el pago tardío sus cesantías, aplicando los principios de igualdad, favorabilidad e integración normativa.

Declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva del Departamento de Bolívar, al considerar que aun cuando los entes territoriales suscriben el acto que reconoce o niega las prestaciones sociales de los docentes, éstos únicamente actúan por delegación, siendo el derecho otorgado por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En consecuencia, declaró la nulidad del acto ficto acusado y ordenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pagar la sanción moratoria consistente en 236 días de mora, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, los cuales van desde el 30 de mayo de 2013 hasta el 20 de enero de 2014, teniendo en cuenta el salario devengado en 2011.

#### **4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>3</sup>.**

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.

#### **5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Por auto del 2 de noviembre de 2017, se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 16 de febrero de dos mil diecisiete (2017), 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<sup>4</sup>.

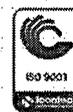
#### **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

##### **6.1. Parte demandada. FOMAG.**

No presentó alegatos de conclusión.

<sup>3</sup> Fl. 122-128.

<sup>4</sup> Fl. 138.





## 6.2. Parte demandante.

No presentó alegatos de conclusión.

## 6.3. Concepto del Ministerio Público.

Guardó silencio.

## 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 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<sup>5</sup>:

*¿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?*

<sup>5</sup> 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<sup>5</sup>, la competencia del juez de segunda instancia se rige por el principio de congruencia<sup>5</sup>, 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<sup>5</sup>".



**Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01**

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?*

### **3. Tesis de la Sala**

La Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto el A quo señaló 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 previstas en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así mismo, se sustentará que la entidad en el caso concreto, tenía 70 días hábiles para el efecto y no 65 días como equivocadamente lo concluyó la juez de primera instancia, por lo que se modificará la sentencia en ese sentido.

### **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:



**Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01**

"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 2006<sup>6</sup>, 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:

<sup>6</sup> 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 13001-33-33-003-2015-00339-01**

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



**Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01**

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 de las cesantías y que la misma está a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> En esta misma sentencia, el H. Consejo de Estado llegó a esta conclusión en los siguientes términos:





**Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01**

Llegó a la anterior conclusión, recordando que, en sede de revisión "la Corte Constitucional observó dicho panorama<sup>8</sup> 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.**

## **5. EL CASO CONCRETO.**

### **5.1 Hechos relevantes probados.**

5.1.1 El señor OMAR MOSQUERA HURTADO, prestó sus servicios en la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar como docente de vinculación nacional, entre el 15 de junio de 1982 y el 12 de octubre de 2011 (F. 18).

5.1.2 **El 20 de febrero de 2013**, radicó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, solicitud de reconocimiento de cesantías definitivas (F. 18).

5.1.3 Mediante **Resolución No. 04-1579 del 9 de septiembre de 2013**, 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 **\$19.111.643** por concepto de liquidación de cesantías definitivas de la hoy demandante (F. 18-20).

5.1.4. Dicha resolución fue notificada personalmente el **6 de diciembre de 2013**, según sello de diligencia de notificación (F. 20 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 certificación expedida por el Director de Afiliaciones y

---

"...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.

<sup>8</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escrucera Mayolo.





**Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01**

Recaudo de FIDUPREVOSORA, el FOMAG realizó consignación a favor del señor OMAR MOSQUERA HURTADO por la suma de \$11.111.643, **el día 21 de enero de 2014**, a través del banco BBVA –Colombia.

5.1.6 Mediante petición elevada el día **10 de abril de 2014**<sup>9</sup>, 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, tal y como lo advirtió la Juez de primera instancia.

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, 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

<sup>9</sup> FI 25-28.



Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01

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.

Conforme lo precedente la Sala destaca que, en el presente caso se probó que el actor solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas **el día 20 de febrero de 2013**; teniendo la entidad accionada quince (15) días hábiles para dictar el acto de reconocimiento de las mismas, diez (10) días más para que el acto quedara ejecutoriado conforme al término concedido en la Resolución 04-01579 del 9 de septiembre de 2013 sin que haya prueba que se hubiese hecho uso del mismo<sup>10</sup> y 45 días hábiles para pagar. No obstante, se probó que reconoció las cesantías el día **9 de septiembre de 2013** mediante la misma Resolución y se le notificó el **6 de diciembre del mismo año**, quedando ejecutoriada diez (10) días hábiles siguientes, esto es, el día **20 de diciembre de 2013**, y el valor de las cesantías se dejó a disposición del demandante el día **21 de enero del año 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 accionante, que en su orden debían ser 15 días para expedir el acto de reconocimiento, diez (10) 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 70 días hábiles con posterioridad al día en que se presentó la solicitud (**20 de febrero de 2013**), -y no 65 días como se dijo en la sentencia de primera instancia-, el pago de las cesantías debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día **6 de junio de 2013**, y no como equivocadamente lo concluyó la A-Quo, el 29 de mayo de esa anualidad, probándose sí que dicha mora cesó el 21 de enero de 2014, al demostrarse que el dinero de las cesantías de la actora se puso a su disposición sólo hasta el día **21 de enero de 2014**, la Sala concluye que el FOMAG ciertamente incurrió en mora en el pago de las cesantías.

Por lo precedente, el demandante tiene derecho a la reclamación por concepto de sanción moratoria a la entidad demandada durante el tiempo en que se le

<sup>10</sup> De conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.





**Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01**

retardó el pago de su cesantía, es decir, desde el **día 6 de junio de 2013 hasta el 20 de enero de 2014.**

Conforme lo precedente y como en la sentencia de primera instancia, la Juez concluyó que la mora de la entidad demandada empezaba a correr desde el 29 de mayo de 2013 (F. 104), deberá modificarse el NUMERAL TERCERO, frente al plazo correcto en que incurrió en mora la entidad demandada; con lo cual se garantiza el derecho del FOMAG como apelante único y se salvaguarda el patrimonio público así como el ordenamiento jurídico; consustanciales a los argumentos de alzada.

#### **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**

**CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Proferida por el



**Radicado 13001-33-33-003-2015-00339-01**

Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, para establecer que el periodo de mora corresponde al comprendido del **6 de junio del 2013 al 20 de enero de 2014**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia"

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

**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 ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

|                           |  |
|---------------------------|--|
| <b>Medio de Control</b>   | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>  |
| <b>Radicado No.</b>       | <b>13001-33-33-002-2015-00339-01</b>   |
| <b>Demandante</b>         | <b>OMAR MOSQUERA HURTADO</b>   |
| <b>Demandado</b>          | <b>NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.</b> |
| <b>Tema</b>               | <b>SANCIÓN MORATORIA DOCENTE</b>   |
| <b>Magistrada Ponente</b> | <b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>   |