



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

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

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.	13001-33-33-007-2015-00030-01
Demandante	DALINDA CASTRO PADILLA
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 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 primero (1º) de diciembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral 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 10 de enero de 2013, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a que tenía derecho por laborar como docente de vinculación territorial en la Institución Educativa San Francisco de Asís del Distrito de Cartagena.

1.1.2 Por medio de Resolución 5347 del 24 de julio de 2013, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, actuando en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconocieron las cesantías solicitadas y se le cancelaron el 18 de septiembre de 2013, es decir con una mora de 126 días fuera de los plazos establecidos por ley.

1.2.4 El 4 de junio de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de la cesantía, emitiéndose el Oficio No. 2014RE2680 del 11 de junio de 2014, en el cual se niega el pago de la aludida sanción.

1.2. PRETENSIONES

Declarar: **i)** La nulidad del Oficio No. 2014RE2680 del 11 de junio de 2014 por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley por el pago tardío de las cesantías parciales y/o definitivas. **ii)** Que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales solicitadas y reconocidas mediante resolución No.



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

5347 del 24 de julio de 2013. **iii)** Reconocerle y pagarle intereses moratorios por valor de \$13.753.108 desde el día 10 de abril de 2013 y hasta ye se produzca el pago efectivo, y **vi)** Dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE VIOLACIÓN.

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

En síntesis, señala que la entidad demandada transgredió las citadas normas al desconocer los términos y plazos establecidos para el reconocimiento y pago de cesantías, debiendo asumir las consecuencias establecidos por el legislador.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no presentó escrito de contestación de demanda dentro de la oportunidad.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En sentencia de fecha primero (1º) de diciembre de dos mil quince (2015), el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Indicó que quedó demostrado 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 la demandante, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías, 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, el pago debió producirse el antes del 18 de abril de 2013, pero solo se hizo hasta el 18 de septiembre de 2013, es decir después de vencido el término, con 103 días de mora, sin que la entidad demandada haya acreditado dentro del expediente una razón o justificación alguna frente a tal omisión, para ser exonerada de la sanción.

Concluyó que la demandante tiene derecho a ser acreedora a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías establecida en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, incurriéndose en ese sentido la demandada en violación de normas superiores, por lo que declaró la nulidad del acusado y ordenó pagar sanción moratoria por un término de 103 días, ajustando las sumas conforme al IPC y condenó en costas al FOMAG. Negó la pretensión de reconocimiento de intereses moratorios, por no ser compatibles con la sanción moratoria.



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

4. RECURSO DE APELACIÓN¹.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, indicó que el A quo aplicó erradamente las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, sin tener en cuenta que el régimen de cesantías aplicable a la actora como docente territorial vinculada al estado, es el consagrado en los artículos 4 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Explica que la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, fijan un procedimiento especial aplicable a las reclamaciones del auxilio de cesantía del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el que difiere en cuanto a términos y formalidades para acceder a la prestación de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por lo que de ninguna manera se puede hacerse extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.

Así mismo indica que, a pesar de que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es posterior a la Ley 91 de 1989, la primera es general y la segunda es especial, razón por la cual teniendo en cuenta los artículos 1º y 2º de la Ley 153 de 1887 que consagran los principios generales de interpretación de la ley, según los cuales las disposiciones normativas especiales tienen prevalencia sobre las disposiciones de carácter general, es la ley 91 de 1898 la aplicable al caso concreto.

Finalmente, aduce que En ese orden de ideas sostiene 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, pues el acto administrativo demandado no fue expedido por el fondo como quiera que tanto el reconocimiento de las cesantías como la negativa de la sanción moratoria se realizó por la Secretaría de Educación respectiva.

5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto del 18 de diciembre de 2017, se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de 1º de diciembre de dos mil quince (2015), 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, respectivamente².

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandada.

No presentó alegatos de conclusión.

¹ Fl. 62-67.

² Fl. 127-128.



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

6.2. Parte demandante³.

Presentó escrito de alegatos de conclusión, solicitando sea confirmada la sentencia de primera instancia, pues en el presente caso se configuraron los presupuestos plasmados en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995, siendo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, en los términos estipulados en el artículo 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, según la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado.

7. Concepto del Ministerio Público⁴.

El Ministerio Público rindió concepto, solicitando sea confirmada la sentencia la sentencia de primera instancia, al considerar que a la luz de la jurisprudencia vigente del H. Consejo de Estado, la actora ciertamente tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, precisando que el A quo cometió un error aritmético en el cálculo de los días en mora, que debieron contarse a partir del 26 de abril de 2013, y no el 19 de abril de 2013, como lo dispuso el Juez de primera instancia, ello, en aplicación de las normas del CPACA, 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 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.

³ Fl. 131-136.

⁴ Fl. 137-140.



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

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 jurídico⁵:

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

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

¿Cuál es el procedimiento que se debe cumplir para computar los días que tiene la entidad para el pago de cesantías y el correspondiente reconocimiento de la sanción moratoria y si dicho computo fue realizado de manera acertada por 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.

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 el juez de primera instancia, y que no hay lugar al reconocimiento a los ajustes

⁵ 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 Corporación⁵, la competencia del juez de segunda instancia se rige por el principio de congruencia⁵, 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 jurídico⁵".



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

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, 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:

"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



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

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

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

Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

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

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

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

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

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.

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.



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

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

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

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

1. La vía judicial adecuada para reclamar el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva y la sanción moratoria es el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dado que no exista título ejecutivo.
2. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese.
3. La liquidación de la cesantía definitiva o parcial debe estar contenida en una resolución o acto administrativo originado en la petición del interesado.
4. La petición del interesado se debe resolver por la entidad dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a su presentación.
5. La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2° de la Ley 244 de 1995 es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, por ello, la primera cuenta con un término máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, para hacer efectiva la prestación liquidada, so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.
6. De forma detallada se tiene que, presentada la solicitud, la entidad tiene 15 días hábiles siguientes para efectuar su reconocimiento y ordenar su pago, es decir, para expedir la resolución; más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria del acto de reconocimiento y 45 días hábiles siguientes para efectuar la cancelación de las mismas, lo que sumado arroja un total de 65 días a partir de la presentación de la petición del reconocimiento de las cesantías, para pagar sin incurrir en la sanción moratoria.
7. Sobre el término a partir del cual se debe contabilizar la sanción moratoria, se debe hacer la siguiente distinción:

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



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

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.**

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 2017,⁸ 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

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

Por lo tanto, es con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se cubren tanto las cesantías de los docentes afiliados a este, como la sanción moratoria que se cause por 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 Escrucería Mayolo.



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

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."

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados.

5.1.1 La señora **DALINDA CASTRO PADILLA**, se encuentra vinculada a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena como docente (F. 16), devengando en el año 2013 un salario de \$2.546.872 (F. 16).

5.1.2 El **10 de enero de 2013**, radicó ante la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, solicitud de reconocimiento de cesantías parciales con destino a reparación de vivienda (F. 16).

5.1.3 Mediante **Resolución 5347 del 24 de julio de 2013**, 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 **\$25.652.839** por concepto de liquidación parcial de cesantías, en favor de la demandante. (F. 16-18).

5.1.4. Dicha Resolución fue notificada personalmente el **1º de agosto de**



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

2013, según sello visible a folio 18, no habiendo constancia de que contra la misma se haya interpuesto recurso; sólo procedía reposición dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación.

5.1.5 Según certificación expedida por el Banco BBVA (F. 20), el **18 de septiembre de 2013**, la demandante retiró, a través de cheque, el valor de las cesas julio de 2013 por la suma de **\$25.631.843** a favor de la DALINDA CASTRO PADILLA, y así se verifica con el sello de pagado en caja impreso en la mentada resolución (Fl. 18).

5.1.6 El **4 de junio de 2014**, la señora DALINDA CASTRO PADILLA, presentó petición ante la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. (F. 13-15). Dicha petición fue resuelta negativamente mediante Oficio No. 2014RE2680 del 11 de junio de 2014.

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 parcialmente en cuando 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 Distrital de Cartagena de Indias, 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.



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

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, pues conforme a la sentencia del dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), radicado: 73001-23-33-000-2014-00217-01(4846-14) y nueve (9) de octubre de dos mil diecisiete (2017) emitida por el H. Consejo de Estado, los docentes sí son beneficiarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, no asistiéndole razón a la parte recurrente en ese sentido.

Ahora bien, 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, relacionado con 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 si dicho computo fue realizado de manera acertada por el A quo.

Pues bien, teniendo claro la Sala que 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 por el pago tardío de las cesantías, está previsto en las mismas Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, se tiene que, en el caso particular se probó que la actora solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales **el día 10 de enero 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 5347 del 24 de julio de 2014 interponiendo el recurso de reposición previsto en el artículo 4º⁹ y 45 días hábiles para pagar, esto es, hasta el **23 de abril de 2013**. No obstante, se probó que reconoció las cesantías el día 24 de julio de 2013 mediante la Resolución 5347 de esa misma fecha y que el pago de las mismas sólo se efectuó a la demandante el día **18 de septiembre de 2013**, por lo que los días en mora irían en principio **desde el 24 de abril hasta el 17 de septiembre de 2013**, y no como equivocadamente lo concluyó el A-Quo, desde el 19 de abril y hasta el 18 de agosto de 2013.

Como consecuencia de lo anterior, evidencia la Sala, que ciertamente 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 CASTRO PADILLA, que en su orden debían

⁹ De conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

ser 15 días para expedir el acto de reconocimiento, 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 (10 de enero de 2013), el pago de la cesantía debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día 23 de abril de 2013, y sin embargo se probó que sólo lo realizó el día 18 de septiembre de 2013 (F. 16), razón por la cual, la Sala concluye que incurrió en mora en el pago de las cesantías.

Por lo precedente, la demandante tendría 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 **desde el 24 de abril hasta el 17 de septiembre de 2013**, sin embargo bajo el principio de "*non reformatio in peius*", y siendo la entidad demandada el apelante único, no resulta procedente empeorar la condición de ese apelable único, por lo que se tendrá como límite temporal de la sanción moratoria el día 18 de agosto de 2013, como lo dispuso el A quo (Fl. 53), y se modificará el inicio de la misma, que iría desde el 24 de abril de 2013, **lo que constituían 116 días de mora, a razón de un (1) de salario por mora, que arroja un valor de \$9.847.905.**

Conforme lo precedente y como en la sentencia de primera instancia, el Juez concluyó que la entidad demandada tenía 65 días para surtir el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías parciales a la demandante (F. 52), deberá modificarse el NUMERAL SEGUNDO, pues como se dijo este corresponde a 70 días hábiles contados a partir de la solicitud del reconocimiento de las cesantías; 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.

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.



Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

Conforme a lo anterior se revocara parcialmente el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la actualización de las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria.

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 recursos 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 y corregir el cálculo de la misma, dándosele aplicación plena a las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En ese orden de ideas, se abstendrá la Sala de condenar en costas a la parte demandante.

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 primero (1º) de diciembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de primero (1º) de diciembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, para establecer que el periodo de mora corresponde al comprendido entre **el 24 de abril hasta el 18 de agosto de 2013, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia**"

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia de fecha primero (1º) de diciembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en tanto incluyó un valor que arrojó la fórmula de actualización de las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No 01-DESPACHO 003
SENTENCIA No. ____/2018

SIGCMA

Radicado 13001-33-33-007-2015-00030-01

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

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.	13001-33-33-007-2015-00030-01
Demandante	DALINDA CASTRO PADILLA
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE