

Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01

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

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <b>Medio de Control</b>   | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>   |
| <b>Radicado No.</b>       | <b>13001-33-33-011-2016-00007-01</b>  |
| <b>Demandante</b>         | <b>YANETH CARO LÓPEZ</b>  |
| <b>Demandado</b>          | <b>NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</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 N° 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 trece (13) de enero de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

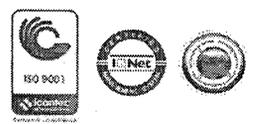
**1. LA DEMANDA**

**1. 1. HECHOS**

- 1.1.1 El día 05 de junio 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 04-1782 del 10 de octubre de 2013, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas. y canceladas el 28 de marzo de 2014 con una de 197 días contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para hacer el pago.
- 1.1.3 El 21 de agosto de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a la entidad convocada y a la fecha no ha obtenido respuesta.

**1.2. PRETENSIONES**

Declarar: **i)** La existencia de un acto ficto configurado el día 21 de noviembre de 2014 producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 21 de agosto de 2014, por el pago tardío de las cesantías al demandante. **ii)** La nulidad del acto ficto anterior, 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 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo el pago. **iii)** Que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006. **iv)** Reconocerle y pagarle los ajustes de valor a que haya lugar con





**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

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 sesenta y cinco 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 está de acuerdo con el contenido de las normas pero frente a los hechos deben probarse en el proceso.

Considera que, es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el encargado de hacer efectivo el pago de cesantías a los docentes y no el Departamento de Bolívar.

La Ley 115 de 1994 o Ley general de educación, en su artículo 15 dispone un régimen especial de educadores estatales, determinando que el ejercicio de la profesión docente estatal, se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto docente. Así mismo señala que el régimen prestacional de los educadores estatales, es el establecido en la Ley 91 de 1989 y Ley 60 de 1993.

La introducción de normas con categoría de principios constitucionales, por la que viene abogando la corriente del pensamiento económico – fiscal aludido, se dirigen a que las mismas propicien la moderación y la prudencia en los gastos, que no es cosa diferente a introducir una limitante a la garantía, al reconocimiento, al goce efectivo de los derechos fundamentales y al desarrollo progresivo de los derechos sociales, económicos y culturales.

<sup>1</sup> Fl. 31-34





**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

En ese orden de ideas, considera la demandada que ningún restablecimiento del derecho, a través de esta acción puede derivarse de un acto legal, como es el censurado en el proceso en referencia, y el restablecimiento del daño en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solo es posible como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto, que opera cuando es contrario al ordenamiento legal, o está falsamente motivado o ha sido proferido con desvío de poder, circunstancias que no se dan en el presente asunto.

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

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

Contestó la demanda de forma extemporánea.

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

En sentencia de fecha trece (13) de enero de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

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

En virtud de lo anterior, declaró la nulidad del acto acusado aplicando el procedimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, para contar el término con que contaba la entidad para el pago de cesantías parciales reclamadas por la demandante. En ese orden dispuso que la mora corrió desde el día 22 de octubre de dos mil trece (2013) hasta el veintiocho (28) de marzo de dos mil catorce (2014), concluyendo que la entidad tenía 15 días para expedir proyecto de acto administrativo de reconocimiento de la cesantía, 15 días para que la Fiduciaria lo aprobara, 5 días para notificar el acto aprobado, 10 días para la ejecutoria del acto, y 3 días para la remisión del acto ejecutoriado a la Fiduciaria para realizar el pago efectivo. En total, consideró que la entidad contaba con 48 días hábiles para reconocer y pagar de manera efectiva las cesantías parciales a la demandante.

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

<sup>2</sup> Fl. 93-95 y CD a Fl. 98.



Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01

#### **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 13 de enero de 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 rindiera concepto de fondo, respectivamente<sup>4</sup>.

#### **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<sup>5</sup>.**

Solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, como quiera que está demostrado que el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías solicitadas por la accionante, pues efectuó el pago fuera del plazo de los 70 días previstos en la Ley 244 de 1995, precisando que el A quo erró en el cálculo del día a partir de cual debe calcularse la mora, siendo la correcta el día 17 de septiembre de 2013, y no el 21 de octubre de 2013, 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

<sup>3</sup> Fl. 113-119

<sup>4</sup> Fl. 134.

<sup>5</sup> Fl. 138-140



**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

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

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **1. COMPETENCIA**

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

#### **2. ASUNTO DE FONDO**

##### **2.1. Problemas jurídicos.**

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>6</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?*

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?*

<sup>6</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>6</sup>, la competencia del juez de segunda instancia se rige por el principio de congruencia<sup>6</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>6</sup>".



**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

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

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

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

Precisando que, en la sentencia de primera instancia el Juez reconoció unos días de mora inferiores a los que realmente se causaron, pero como el accionante no apeló la sentencia, la Sala bajo el principio de la no reformatio in peius del apelante único FOMAG, no modificará la decisión dado que empeoraría la situación de esta entidad.

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

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

### **4. Marco normativo y jurisprudencial.**

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

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

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

Acorde con lo anterior, la sanción moratoria se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 y tiene lugar siempre que al momento del retiro del servicio o de la terminación del contrato, la entidad pública pagadora incumpla los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las



**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

cesantías definitivas o parciales. Al respecto señalan los artículos 1 y 2 de la mencionada ley:

*"ARTÍCULO 1º Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

*PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar. Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*

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

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

Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006<sup>7</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:*

*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.*

<sup>7</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 13001-33-33-011-2016-00007-01**

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." (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,



**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

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>8</sup>.

<sup>8</sup> 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



**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

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,<sup>9</sup> 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 La señora YANETH CARO LÓPEZ, estuvo vinculada a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar como docente Nacional, hasta diciembre 27 de 2012. (FI 19)

5.1.2 El **05 de junio de 2013**, radicó ante la Secretaría de Educación del Departamental de Bolívar, solicitud de reconocimiento de cesantías definitivas. (F. 19)

5.1.3 Mediante **Resolución 04-1782 del 10 de octubre de 2013**, la Secretaría de Educación y Cultura 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 **\$11.245.831** por concepto de liquidación de cesantías. (F. 19-21).

5.1.4. Dicha Resolución fue notificada personalmente el **21 de enero de 2014**, según sello de diligencia de notificación (F. 20 respaldo), no habiendo constancia de que contra la misma se interpusiera recurso de reposición dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación, conforme se concedió en el artículo 4 de la misma.

---

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>9</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escruce Mayolo.



**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

5.1.5 Según desprendible de pago expedido por el Banco BBVA (F. 18), el **28 de marzo de 2014**, la Fiduciaria La Previsora consignó las cesantías definitivas que le fueron reconocidas mediante **Resolución 04-1782 del 10 de octubre de 2013** por la suma de **\$11.245.831** a favor de la señora YANETH CARO LÓPEZ.

5.1.6 El **21 de agosto de 2014**, la señora YANETH CARO LÓPEZ, presentó petición ante el Ministerio de Educación Nacional solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. (F. 25-26), sin que haya obtenido respuesta a dicha petición.

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

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

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

Por lo anterior, se precisa que no puede atribuírsele a la Secretaría de Educación del 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





**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

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.

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

| Solicitud de cesantías                                 | Acto de reconocimiento de cesantías- fecha de expedición  | Notificación de acto administrativo | Término de ejecutoria (CCA: 5 días hábiles) o CPACA: 10 días hábiles                                     | Fecha límite con que cuenta la entidad para reconocer y pagar. Cesantías: (45 días hábiles adicionales a los anteriores). Total: 65 días hábiles en vigencia del CCA o 70 días hábiles en vigencia CPACA | Fecha de pago cesantías                             | Total término en que se incurrió en mora |
|--|---|-------------------------------------|--|--|---|--|
| 05/06/2013 en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 19) | <b>Resolución 04-1782 de fecha 10/10/2013</b> (Fl. 20<br>En el artículo CUARTO, se concede el recurso de REPOSICIÓN que podrá interponerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes) | 21/01/214                           | Se aplica la Ley 1437 de 2011 porque la petición de cesantías se elevó en vigencia de esta normatividad. | En vigencia del CPACA<br><b>17/09/2013</b>   | <b>Consignación Banco BBVA</b><br><b>28/03/2014</b> | Del 18 - 09-2013 al 27-03-2014           |

Como consecuencia de lo anterior, evidencia la Sala, que la entidad demandada omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías parciales solicitadas por la accionante, que en su orden debían ser 15 días para expedir el acto de reconocimiento a partir de la petición, diez (10) días más que corresponden al término de su ejecutoria en vigencia del CPACA, y 45 días hábiles 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 (**5 de junio de 2013**), el pago de las cesantías debió ser



**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

de 1995 y 1071 de 2006, el 6 de junio de 2013 (folios 19), por el no pago oportuno de las cesantías definitivas; la cual no fue resuelta por el FOMAG, generándose un acto ficto negativo, por lo que instauró demanda el 14 de enero de 2016 (Folio 1).

Como el periodo de mora es del **18 de septiembre de 2013 al 27 de marzo de 2014**, no se configuró la prescripción extintiva de tres años contenida en el artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo.

**6. Condena en Costas.**

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

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

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, no obstante lo anterior, **al tenerse que el recurso interpuesto fue resuelto parcialmente favorable a la parte demandada, como quiera que se modificó la sentencia de primera instancia en cuanto a revocar el reconocimiento de reajuste de la sanción, no se impondrá condena en costas.**

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

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha trece (13) de enero de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral **TECERO** de la sentencia de fecha trece (13) de enero de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, en tanto dispuso una fórmula de





**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

efectuado por la entidad accionada a más tardar el día **17 de septiembre de 2013** (como acertadamente lo indicó el Procurador) frente a lo cual la Sala debe aclarar que, en el caso concreto, no se aplica el término de 70 días, porque la petición de cesantías que elevó la accionante se hizo en vigencia del CPACA y en éste, el término de ejecutoria de los actos administrativos es de diez (10) días porque, se cuenta con el mismo para impugnar a través del recurso ante la administración como lo dispone el artículo 76 ibídem.

En este orden de ideas y probándose que dicha mora cesó el **28 de marzo de 2014**, al demostrarse que el dinero de las cesantías de la actora se puso a su disposición ese mismo día en el Banco BBVA, la Sala concluye que el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías durante el tiempo en que se le retardó el pago, es decir, desde el **día 18 de septiembre de 2013 al 27 de marzo de 2014**, término que arroja un total de 191 días.

Conforme lo precedente y como en la sentencia de primera instancia, el Juez reconoció unos días de mora inferiores (157 días, Fl. 102) pero el accionante no apeló la sentencia, la Sala respetará el principio de la no reformatio in peius del apelante único FOMAG, por lo que no modificará la decisión dado que empeoraría la situación de esta entidad.

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

Conforme a lo anterior se revocara el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la actualización de las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria, pues se debe cancelar sólo el valor de los días en mora por día de salario, sin indexación alguna, esto es, \$13.787.138.

### **Prescripción.**

Frente a este aspecto, respecto del cual no se pronunció el A quo, debe indicarse que el presente caso no operó el fenómeno de la prescripción en los términos del artículo 151 del C. P.T., en consideración a que la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SALA DE DECISIÓN No. 1-DESPACHO 003**  
**SENTENCIA No. \_\_\_ 2018**

**SIGCMA**

**Radicado 13001-33-33-011-2016-00007-01**

actualización de las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria, que no es procedente, teniéndose que el valor real a reconocer es sólo el valor de los días en mora por día de salario, sin indexación alguna, esto es, la suma de \$13.787.138 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

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

**LOS MAGISTRADOS,**

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

**AUSENTE CON PERMISO**

  
**ARTURO MATSON CARBALLO**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

|                    |  |
|--------------------|--|
| Medio de Control   | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO   |
| Radicado No.       | 13001-33-33-011-2016-00007-01  |
| Demandante         | YANETH CARO LÓPEZ  |
| Demandado          | NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO |
| Tema               | SANCIÓN MORATORIA DOCENTE  |
| Magistrada Ponente | CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE  |

