



191 02

13001-33-33-012-2015-00386-01

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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-012-2015-00386-01
Demandante	SONIA CECILIA PÉREZ HERRERA
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
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 quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1 HECHOS

1.1.1 El día 3 de octubre de 2011, 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 5654 del 1 de marzo de 2012, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas y canceladas el 24 de julio de 2012, con una mora de 197 días contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para hacer el pago.

1.2.4 El 6 de agosto de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria sin recibir respuesta.

1.2 PRETENSIONES

Declarar: i) La existencia de un acto ficto configurado el día 6 de noviembre de 2014 producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 6 de agosto de 2014, por el pago tardío de las cesantías. ii) La nulidad del acto ficto configurado el 6 de noviembre 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 65 días hábiles siguientes a radicar la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo el pago. iii) Que le





13001-33-33-012-2015-00386-01

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 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) Reconocer y pagar 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.

SESENTA Y

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1 DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR¹

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 direccionan a que las mismas propicien la moderación y la

¹ Fl. 52-56.



13001-33-33-012-2015-00386-01

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.

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 de falta de legitimación en la causa por pasiva, expresa prohibición legal, inexistencia de la obligación legal, y genérica o innominada.

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

Presentó escrito de contestación de manera extemporánea, tal y como lo advirtió la Juez de primera instancia (Fl. 142).

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA².

En sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda aplicando el criterio que viene exponiendo el H. Consejo de Estado sobre la procedencia de la aplicación de la Ley 1071 de 2006 que modificó la Ley 244 de 1995 en favor de todos los empleados y trabajadores del Estado.

Recalcó que, la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, consagrada en la Ley 1071 de 2006 no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que no contraría las condiciones ni la competencia para el reconocimiento de la prestación, ni tampoco se ve afectado el derecho del empleado docente a recibir un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, de manera que no se menoscaba el régimen especial a favor de los docentes afiliados al Fondo.

Además de declarar la nulidad del acto administrativo, condenó en costas a la entidad accionada en el componente de gastos del proceso y

² Fl. 141-150.



13001-33-33-012-2015-00386-01

agencias en derecho, y ordenó la actualización de los valores conforme a la fórmula prevista por el H. Consejo de Estado.

4. RECURSO DE APELACIÓN DE LA DEMANDADA³

Refirió cuáles son los procedimientos y normas que se deben observar para la liquidación y pago de prestaciones sociales a favor de los docentes y a cargo de las entidades territoriales, recalcando que la Nación – Ministerio de Educación Nacional de acuerdo con el artículo 81 de la Ley 1769 de 2015 carece de competencias y facultades para variar algún derecho que ha sido reconocido directamente por el respectivo ente territorial. Recalcó que, es el Departamento, a través de su Secretaría de Educación, el encargado de comparecer al proceso al ostentar y ejercer actualmente la potestad nominadora, la administración de las instituciones educativas y del personal docente y administrativo de los planteles educativos.

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 y que el A quo dejó de analizar que 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 y no contiene la manifestación de la voluntad del Ministerio de Educación Nacional-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que es una cuenta especial de la Nación con personería jurídica, que consiste en un patrimonio autónomo, cuyos recursos están destinados a atender las prestaciones que los entes territoriales reconocen a su planta de docentes. Por lo tanto el reconocimiento de la prestación no está a cargo de la entidad demandada.

5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto del 22 de noviembre de 2017, se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016, y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días, para que alegaran de conclusión y rindieran concepto de fondo, respectivamente⁴.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandante.

No alegó de conclusión.

6.2. Parte demandada.

³ Fl. 153-159.

⁴ Fl. 177.





13001-33-33-012-2015-00386-01

Reiteró los argumentos expuestos en su escrito de apelación⁵.

6.3. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no presentó concepto dentro del presente proceso.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia no se ejerció control de legalidad de las mismas. Revisado el expediente no se observa irregularidad alguna que impida decidir de fondo la alzada, toda vez que en el trámite de la segunda instancia también se respetaron 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 jurídico⁶:

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

⁵ Fl. 181-189.

⁶ 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 Corporación⁶, la competencia del juez de segunda instancia se rige por el principio de congruencia⁶, 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 jurídico⁶".





13001-33-33-012-2015-00386-01

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?

¿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?

Finalmente, y atendiendo a que el artículo 187 del CPACA ordena al fallador a que en su Sentencia se pronuncie acerca de las excepciones propuestas o de cualquiera que encuentra probada, aun cuando el juez A Quo guarde silencio, esta Sala deberá resolver si:

¿En el caso concreto, operó la prescripción prevista en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, que por analogía se aplica a la sanción moratoria por el retardo en el reconocimiento y pago de cesantías a docentes, conforme las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, pues le asiste razón a la Juez de primera instancia 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.

Se precisa 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, por lo que se REVOCARÁ parcialmente el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia.

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



13001-33-33-012-2015-00386-01

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 el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste."

Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006⁷, así:

⁷ Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.



13001-33-33-012-2015-00386-01

"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.

Artículo 6°. *Inspección, vigilancia y control.* Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las



195

13001-33-33-012-2015-00386-01

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 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).



13001-33-33-012-2015-00386-01

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 Magisterio⁸.

Llegó a la anterior conclusión, recordando que, en sede de revisión "la Corte Constitucional observó dicho panorama y mediante la sentencia de unificación número SU-336 de 2017,⁹ resaltó la disparidad de criterios originada con la postura inicial del Consejo de Estado y amparó los derechos de los accionantes al concluir, tal como ya lo había hecho el Consejo de Estado en las decisiones proferidas desde febrero de 2015, que a los

⁸ En esta misma sentencia, el H. Consejo de Estado llegó a esta conclusión en los siguientes términos:

"...En el caso de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la Nación – Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del citado fondo, la entidad obligada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías. Veamos:

- Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.
- Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.
- A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serán reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Por lo tanto, es con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se cubren tanto las cesantías de los docentes afiliados a este, como la sanción moratoria que se cause por la su pago oportuno, sin que tenga responsabilidad alguna el ente territorial, quien solo actúa en nombre del fondo.

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escruera Mayolo.



196

13001-33-33-012-2015-00386-01

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.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados.

5.1.1 La señora SONIA CECILIA PÉREZ HERRERA, se encuentra vinculada a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar como docente de vinculación municipal (F. 18).

5.1.2 El 3 de octubre de 2011, radicó ante la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar, solicitud de reconocimiento de cesantías parciales con destino a la compra de vivienda (F. 18).

5.1.3 Mediante **Resolución 5654 del 1º de marzo de 2012**, 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 **\$6.753.780** por concepto de liquidación parcial de cesantías. (F. 18-20), no habiendo constancia de que contra la misma se haya interpuesto recurso de reposición dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación.

5.1.4 De acuerdo con certificación emitida por FIDUPREVISORA (Fl. 21) el FOMAG programó el pago de las cesantías reconocidas la señora SONIA CECILIA PÉREZ HERRERA, quedando a su disposición en el BANCO BBVA, la suma de **\$6.753.780, el día 24 de julio de 2014.**

5.1.5 Mediante petición elevada el día **6 de agosto de 2014 (Fl. 25-26)**, la accionante reclamó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, 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



13001-33-33-012-2015-00386-01

marco normativo de esta providencia, la sentencia de primera instancia se debe confirmar parcialmente en cuando 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.

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 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 los siguientes cuestionamientos 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?



197

13001-33-33-012-2015-00386-01

¿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?

Frente al primer problema jurídico asociado, 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.

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
En vigencia del CCA 03/10/2011 (Fl. 18)	01/03/2012 (Fl. 18)	No se probó	5 días conforme al CCA 10/01/2013	En total 65 días hábiles 06/01/2012	24/07/2012	Desde el 7/01/2012 hasta el 23/07/2012

Como consecuencia de lo anterior, evidencia la Sala, que la entidad demandada omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías parciales solicitadas por la accionante, que en su orden debían ser 15 días para expedir el acto de reconocimiento, cinco (5) días más que corresponden al término de su ejecutoria (en vigencia del CCA), y 45 días hábiles dentro de los cuales se debía realizar el pago.

Atendiendo lo anterior, y contados 65 días hábiles con posterioridad al día en que se presentó la solicitud (**03 de octubre de 2011**), el pago de las cesantías debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día **6 de enero de 2012** como acertadamente lo concluyó la A-Quo, probándose que dicha mora cesó el 24 de julio de 2012, al demostrarse que el dinero de las cesantías de la actora se puso a su disposición ese mismo día en el Banco BBVA, por lo que la Sala concluye que el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías.

Por lo precedente, la demandante ciertamente tiene derecho a la reclamación por concepto de sanción moratoria a la entidad demandada





13001-33-33-012-2015-00386-01

durante el tiempo en que se le retardó el pago de su cesantía, es decir, desde el **día 7 de enero de 2012 hasta el 23 de julio de 2012.**

Conforme lo precedente se confirmará en dicho aspecto la sentencia de primera instancia.

Frente al segundo problema jurídico asociado, y que se relaciona con aspectos consustanciales a los argumentos de alzada garantes del ordenamiento jurídico, dado que la 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 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, teniéndose además que durante el trámite de la segunda instancia la parte demandante no concurrió, lo que refuerza aún más la no condena en constas en esta instancia.

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 1-DESPACHO 03
SENTENCIA No. ___/2018

SIGCMA

13001-33-33-012-2015-00386-01

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en tanto dispuso una fórmula de actualización de las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria, conforme lo expuesto 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 PÉÑUELA ARCE~~

AUSENTE CON PERMISO

Arturo Matson Carballo
ARTURO MATSON CARBALLO

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

