



**SALA DE DECISIÓN No. 01**

13001-33-33-001-2015-00166-00

**Cartagena de Indias D. T. y C., dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciocho (2018)**

Medio de control	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
Radicado	<b>13001-33-33-001-2015-00166-01</b>
Demandante	<b>MARIANIS ESCAMILLA PÉREZ</b>
Demandado	<b>NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN</b>
Magistrado Ponente	<b>ARTURO MATSON CARBALLO</b>
Tema	<b>SANCION MORATORIA DE DOCENTE</b>

**I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

La Sala Fija de Decisión 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, procede a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del circuito de Cartagena en fecha 21 de octubre de 2016, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por la señora MARIANIS ESCAMILLA PEREZ contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1 LA DEMANDA**

**2.1.1. PRETENSIONES**

Que se declare la nulidad del acto ficto configurado el 21 de octubre del 2014, frente a la petición mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a que tiene derecho el demandante, por el pago tardío de sus cesantías.

Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la entidad demandada NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –(vinculado el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- SECRETARIA DE EDUCACION DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, a reconocer y pagar por concepto de sanción por mora en favor del demandante el equivalente a un (1) día de salario por





**SALA DE DECISIÓN No. 01**

13001-33-33-001-2015-00166-00

cada día de retraso en el pago de sus cesantías conforme a lo ordenado en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

### **2.1.2. HECHOS**

Los hechos de la demanda se resumen así:

A fecha 05 de noviembre de 2011, la señora Marianis Escamilla Pérez le solicito a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – (vinculado el Distrito de Cartagena de Indias- Secretaria de Educación Distrital de Cartagena de Indias, el reconocimiento y pago de sus cesantías.

Por medio de la resolución 0136 del 16 de enero de 2014, le fue reconocida la cesantía solicitada y cancelada a fecha 18 de marzo de 2014.

Señala el demandante que transcurrió un periodo de 47 días, desde la fecha que radicó la solicitud hasta cuando le fue reconocida el pago de la cesantía incurriendo en mora y contrariando lo señalado por la ley 1071 del 2006.

Con fecha 21 de julio del 2004, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad convocada y ésta resolvió negativamente a su pretensión.

### **2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La parte demandada la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no presento escrito de contestación de la demanda.

### **2.3 CONTESTACION DE LA DEMANDA DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**

El Departamento de Bolívar se opone a las razones jurídicas y fácticas expuestas en el escrito de la demanda y solicita que sean desestimadas todas y cada una de las pretensiones y peticiones de declaraciones de la demandante por carecer de fundamentos de hecho y de derecho para invocarlas.

En relación con el Departamento de Bolívar se opone a las pretensiones, toda vez que el hecho por el cual se demanda no le es jurídicamente imputable. En consecuencia debe ser absuelta de toda responsabilidad relacionada con los hechos que se discuten.



**SALA DE DECISIÓN No. 01**

**13001-33-33-001-2015-00166-00**

Propuso excepciones de fondo, a saber: I) inexistencia de obligación por parte del departamento en relación con las prestaciones sociales de los docentes. II) falta de legitimación en la causa por pasiva; III) inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

**2.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

A través de fallo judicial del 21 de octubre de 2017, proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena<sup>1</sup>, el cual accedió a conceder las pretensiones incoadas por el demandante, y por consiguiente se declaró la nulidad del acto surgido con ocasión de la reclamación presentada el 21 de julio de 2014, toda vez que se demostró la mora en el pago de las cesantías a favor de la señora MARIANIS ESCAMILLA PEREZ.

Como consecuencia de la mora del pago de cesantías, el juzgado de instancia condenó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a favor del demandante la totalidad de los días que este retardo el pago de las cesantías.

**III. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

- ✓ El 02 de febrero de 2017 fue repartido el proceso en segunda instancia al Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole por reparto al Despacho 005 (FL.3, cuaderno 2 )
- ✓ Por auto de 30 de mayo de 2017, el Magistrado Ponente admitió el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia de fecha 21 de octubre de 2017(FI.8).
- ✓ Posteriormente, mediante providencia del 4 de septiembre de 2017, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que si a bien lo tenía emitiera concepto. (FI. 12)
- ✓ La parte demandada presentó sus alegatos de conclusión (FL.16-20)
- ✓ Finalmente el proceso entra al Despacho 005 para su pronunciamiento de fondo.

<sup>1</sup> Folios 114-118



SALA DE DECISIÓN No. 01

13001-33-33-001-2015-00166-00

3.1. EL RECURSO DE APELACIÓN DEL DEMANDADO

La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de su apoderado judicial presentó y sustentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 2016<sup>2</sup>.

Señala que no puede atribuirse una negligencia por parte de su defendida, debido a que el reconocimiento de las cesantías sigue un procedimiento por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal, que se llevó a cabo adecuadamente, y en atención del principio de igualdad. Además, que el procedimiento de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está consagrado en el Decreto 2831 de 2005, que reglamentó el inciso 2º del artículo 3 y el numeral 6º del artículo 7º de la ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la ley 962 de 2005, el cual determina las etapas, términos y demás formalidades para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; resaltando que conforme al artículo 3 de la ley 91 de 1989, las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que paga en FOMAG será efectuado a través de las secretarías de educación, y es la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo quien deberá llevar a cabo el respectivo pago, por lo que no existe responsabilidad por parte del Ministerio de Educación.

Recalca asimismo, que para el caso concreto de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye entonces el procedimiento especial aplicable, de lo que se precisa que dicho procedimiento, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer 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.

<sup>2</sup> Folios 120-126

### **3.3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

#### **3.3.1 PARTE DEMANDANTE**

La parte demandante no presentó alegatos de segunda instancia dentro del proceso.

#### **3.3.2 PARTE DEMANDADA**

La parte demandada presentó alegatos de segunda instancia dentro del proceso<sup>3</sup>, en el que reitera su posición que la sanción por mora por el no pago oportuno de las cesantías parciales a los trabajadores y servidores del Estado, es una disposición legal de carácter general por la ley 1047 de 2006; que no se hacen extensivas para los docentes del sector público, que dicha ley que regula de manera especial las cesantías para los docentes es la 91 de 1989 la cual no se aplicó en el marco normativo.

De igual forma señala que a la parte actora no le asiste derecho a sanción moratoria pretendida, siendo que las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno y señalan, que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

### **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la Segunda Instancia y de conformidad con el artículo 207 del CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna por las partes o el Ministerio Público u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad de lo actuado y/o impidan proferir sentencia de fondo.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1 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.

---

<sup>3</sup> Folios 16-20



**SALA DE DECISIÓN No. 01**

13001-33-33-001-2015-00166-00

En virtud de lo anterior, se procede a delimitar el problema jurídico y los puntos sobre los cuales versará el estudio de fondo.

### **5.2 Problema Jurídico a Resolver**

De conformidad con los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y en atención a los argumentos del juez a quo en la sentencia de primera instancia, la Sala considera que se debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿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?

Y por último determinar si:

¿Es competente el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio 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?

### **5.3 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.

Se precisa que, la entidad, en el caso concreto tenía 70 días hábiles para reconocer y pagar las cesantías parciales a favor de la demandante.

### **5.4 Material probatorio relevante al caso.**

Se destacan las siguientes pruebas:



**SALA DE DECISIÓN No. 01**

**13001-33-33-001-2015-00166-00**

- Copia del derecho de petición del demandante solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de cesantías, invocadas en la ley 1071 de 2006. Folio- 25-26
- Resolución N°0136 del 16 de Enero de 2014, mediante la cual se reconoció el pago de las cesantías al señor Emilio Buenaventura Flórez Herrera, según la petición realizada el 7 de marzo de 2013. Folios 25 – 27
- Volante de consignación proferido por el banco BBVA, de fecha de pago 28 de marzo de 2014, en la cual consta de un pago a la señora Marianis Escamilla Pereza. Folio 18

## **5.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

### **❖ De las cesantías.**

Se tiene como primera medida que las cesantías hacen referencia a una prestación social a la cual todos los empleados públicos tienen derecho, entre los mismos se encuentran los que están en un mismo orden territorial y de manera general se fundamentan en el siguiente marco normativo:

- La Ley 6ª de 19 de febrero 1945 que en su artículo 17 estableció el auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios;
- El artículo 1º de la ley 65 de 1946, dispuso que todos los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación o en cualquiera de las ramas del poder público tiene derecho a partir del 1 de enero de 1942 al auxilio de la cesantía por todo el tiempo trabajado, sin importar la causa del retiro;
- El artículo 6o. del Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947, por el cual se modificaron disposiciones sobre la base para liquidar el monto de las cesantías de los asalariados nacionales, departamentales, intendentales, municipales y particulares;
- El Decreto 3118 de 1968, creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27 estableció las liquidaciones anuales y con carácter definitivo a partir del 1 de enero de 1969 para los trabajadores de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado;
- En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de



SALA DE DECISIÓN No. 01

13001-33-33-001-2015-00166-00

diciembre figuraban a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 1975;

- Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual, y previo el pago de intereses de la misma con cargo al Fondo Nacional del Ahorro;
- La Ley 41 de 1975 dispuso el abono anual de los intereses a las cesantías en las cuentas del FNA, sobre las cantidades que le figuren al empleado al 31 de diciembre de cada año inclusive sobre la parte de cesantías que se encuentren en poder de establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47 del Decreto 3118 de 1968;
- El Decreto 1045 de 1978, fijó reglas generales para la administración pública del orden nacional sobre prestaciones sociales y señaló los factores sobre los cuales debe liquidarse el auxilio de cesantía;
- La ley 91 de 28 de diciembre de 1989 creó el Fondo Nacional del Magisterio, y en su artículo 5° dispuso que las prestaciones sociales de personal nacional causadas hasta la fecha deben pagarse según los Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978;
- El artículo 99 de la Ley 50 de 1990, creó un nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, con las siguientes características:

*"1.- El 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*

*2.- El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*

*3.- El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.*

*4.- Si al término de la relación laboral existen saldos de cesantías a favor del trabajador que no hayan sido entregados al fondo, el*



SALA DE DECISIÓN No. 01

13001-33-33-001-2015-00166-00

*empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.*

*5.- Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto..."*

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, dispuso que a partir de la publicación de dicha norma (31 de diciembre de 1996), todos servidores públicos que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel, tendrían el régimen de liquidación anual de las cesantías, con corte a 31 de diciembre de cada año; norma reglamentada por el decreto 1528 del 5 de agosto de 1998 (vigente desde el 10 de agosto de 1998).

Según el artículo 3º del decreto 1919 de 2002<sup>4</sup>, los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.

En consecuencia, existen dos regímenes de cesantías: i) Pago de cesantías con liquidación anual, que se caracteriza por el reconocimiento y pago de intereses sobre el valor anual, y ii) Régimen de cesantías con liquidación retroactiva, que se realiza al final de la relación laboral con el último sueldo devengado y no contempla el pago sobre intereses a las cesantías.

❖ **De la sanción moratoria.**

En cuanto al procedimiento que debe surtir la Administración para la liquidación del auxilio de cesantías definitivas, la Ley 244 de 1995 dispuso:

"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 hacen falta anexar.

<sup>4</sup> Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.



SALA DE DECISIÓN No. 01

13001-33-33-001-2015-00166-00

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo".

Una vez proferida la Resolución de liquidación de la cesantía, el artículo 2° ibídem, establece que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

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

A su vez, el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, prevé la sanción moratoria en el pago de la cesantía definitiva, en caso de incumplirse los términos legales, así:

"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 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 éste."

La Ley 1071 de 2006 "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", extendió la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, pues la anterior normativa únicamente la previó para las definitivas. Así, se dispuso:

"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



SALA DE DECISIÓN No. 01

13001-33-33-001-2015-00166-00

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.”

A partir de las consideraciones normativas expuestas, se tiene que a partir del 31 de julio de 2006, la sanción moratoria aplica no sólo respecto de las cesantías definitivas sino que cubre también las parciales que soliciten los servidores públicos. De donde, no hay lugar a exigir el retiro del servidor público.

De estas disposiciones, se tiene una reglamentación para el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado: a) dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación por parte del peticionario, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento deberá expedir la resolución correspondiente y b) la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir del cual, quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de la prestación, para cancelarla, es preciso anotar que con la entrada en vigencia de la LEY 1437 DE 2011 el término de ejecutoria es de 10 días, esto conforme a lo dispuesto en su artículo 76<sup>5</sup>. Por ello todo empleador está en la obligación de consignar el valor de esta prestación social dentro de los términos legalmente establecidos, so pena de incurrir en una sanción moratoria.

❖ **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),

<sup>5</sup> Artículo 76. Oportunidad y presentación. **Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso.** Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.  
(...)



**SALA DE DECISIÓN No. 01**

13001-33-33-001-2015-00166-00

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.

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, 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.

❖ **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.

## 5.6 CASO EN CONCRETO

### 5.6.1 HECHOS PROBADOS.

Mediante Resolución de reconocimiento de cesantías definitivas N°0136<sup>6</sup> se puede demostrar que la señora Marianis Escamilla Pérez fue docente de vinculación nacional desde el 10 de abril de 1992 hasta el 21 de agosto de 2012, al servicio del municipio Arroyo Hondo, Bolívar; es decir en vigencia de la ley 91 de 1989, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así mismo se puede observar a folios 25-26 que el demandante realizó petición de reconocimiento de la sanción moratoria en fecha 21 de julio de 2014 invocando la ley 1071 de 2006.

<sup>6</sup> Folios 25-27



SALA DE DECISIÓN No. 01

13001-33-33-001-2015-00166-00

Ahora bien, a folio 18 se puede observar el volante de consignación expedido por el Banco BBVA, por un valor de cuarenta y cuatro millones quinientos cuarenta y dos mil setecientos cuarenta pesos (\$44.540.740) consignados a favor de la señora Marianis Escamilla Pérez, los cuales quedaron a su disposición a partir del 28 de marzo de 2014.

### 5.7. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS FRENTE AL MARCO JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los anteriores antecedentes normativos y jurisprudenciales que enmarcan los problemas jurídicos puestos a consideración de esta Sala, se procede a analizar el caso en concreto.

El 05 de noviembre de 2013 la señora Marianis Escamilla Pérez, presentó solicitud ante la Secretaría de Educación Departamental, con destino al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendiente al reconocimiento y pago de cesantías definitivas.

La Secretaría de educación, en representación de la nación –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió la **Resolución N°0136 del 16 de enero de 2014**, reconociendo a favor del actor la suma de sesenta y tres millones doscientos ochenta y un mil pesos M/CTE (\$63.281.886), como cesantías parciales<sup>7</sup>, de los cuales ordenó descontar la suma de dieciocho millones setecientos treinta y ocho seiscientos sesenta pesos M/CTE (\$ 18.738.660), por concepto de cesantías parciales, quedando un saldo de cuarenta y cuatro millones quinientos cuarenta y dos mil setecientos cuarenta pesos M/CTE (\$44.542.740), que se pagaron efectivamente el 28 de marzo de 2014<sup>8</sup>.

El H. Consejo de Estado ha establecido que en el caso de liquidación de la sanción por el pago tardío de las cesantías, se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1 y 2 de la LEY 244 DE 1995, modificada y adicionada por la 1071 de 2006. Y sobre el particular indicó lo siguiente:

"[...] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo

<sup>7</sup> Folio 19-21

<sup>8</sup> Folio 18



SALA DE DECISIÓN No. 01

13001-33-33-001-2015-00166-00

precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria [...].

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. [...]”<sup>9</sup>

Ahora bien, desde la fecha en que la parte accionante radicó, en debida forma la solicitud de pago de cesantías definitivas, ello es el 05 de noviembre de 2013 y de acuerdo a los términos perentorios en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio representado por el Ministerio de Educación Nacional, contaba con 70 días en este caso en concreto para cancelar el valor de las cesantías contados a partir de la radicación de la solicitud, esto es 15 días para expedir el acto administrativo, 10 de ejecutoria del acto de conformidad con la ley 1437 de 2011 y 45 días más para el pago, lo que no cumplió abriéndose paso a la indemnización moratoria alegada, conforme a la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa.

Atendiendo lo anterior, y contados 70 días hábiles con posterioridad al día en que se presentó la solicitud (05 de noviembre de 2013), el pago de la cesantía debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día 18 de febrero de 2014, como se probó que el dinero se puso a disposición de la interesada sólo hasta el día 28 de marzo de 2014, la Sala concluye que el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías.

Se reitera que, la sanción por mora por el pago tardío de la cesantías contempladas en los artículos 4º y 5º de la ley 1071 resultan aplicables al personal docente, tal y como lo ha sostenido en reiteradas jurisprudencia el máximo órgano rector de la jurisprudencia contenciosa, pues de no se ello así, se generaría un efecto perverso en contra de este sector de trabajadores, habida cuenta que no tenía ninguna facultad para demorar el pago de este derecho prestacional.

Por lo precedente, la demandante tiene derecho a la reclamación por concepto de sanción moratoria a la entidad demandada durante el tiempo en que se le retardó el pago de su cesantía, es decir, desde el día 19 de febrero hasta el 27 de marzo de 2014.

<sup>9</sup> Consejo De Estado, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 De 2016.



Conforme lo precedente y como en la sentencia de primera instancia, el Juez concluyó que la mora se generó desde el 18 de febrero de 2014 hasta el 04 de abril de 2014, deberá modificarse el NUMERAL TERCERO, con la fecha indicada en precedencia.

EVENTO	Fechas reales
Radicación de la solicitud de reconocimiento de cesantías	05 de noviembre de 2013
Expedición del acto administrativo	16 de enero de 2014
Notificación del Acto Administrativo aprobado	-
Ejecutoria del Acto de reconocimiento	30 de enero de 2014
Remisión del Acto ejecutoriado a la fiduciaria para el pago	-
Pago de las Cesantías	23 de marzo de 2014
Radicación de la solicitud de sanción moratoria	21 de julio de 2014

- Ajuste al valor

Sobre el tema del reajuste de las sumas reconocidas al demandante, es preciso decir que no se puede actualizar la suma como lo ordenó la juez, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria, por lo cual se debe revocar el NUMERAL CUARTO de la providencia apelada.

- Responsabilidad en el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes.

Ahora respecto al último problema jurídico, es preciso indicar que 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 representada por el 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



SALA DE DECISIÓN No. 01

13001-33-33-001-2015-00166-00

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.

De lo anterior se concluye que la competencia para el reconocimiento y pago del Auxilio de Cesantías de los docentes y demás prestaciones a las que haya lugar está en cabeza del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por ende, la legitimación por pasiva le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación, pues en materia de cesantías, aun cuando el trámite se adelanta a través de la Secretaría de Educación a la cual se encuentre vinculado el docente, su reconocimiento corresponderá a dicho Fondo.

**VI. 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.

**VII. DECISION**

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Fija de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha de 21 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.



**SALA DE DECISIÓN No. 01**

13001-33-33-001-2015-00166-00

**SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia 21 de octubre 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, para establecer que se condena a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar a la señora MARIANIS ESCAMILLA PEREZ la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales en el periodo comprendido del 19 de febrero de 2014 hasta el 27 de marzo de 2014, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: REVOCAR EL NUMERAL CUARTO** de la sentencia de fecha 21 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en tanto dispuso una 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.

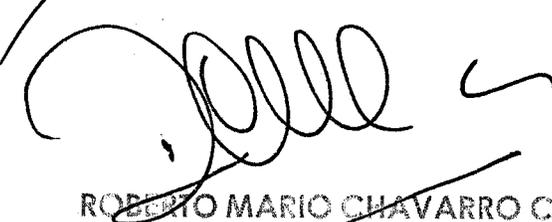
**QUINTO:** Ejecutoriada la presente providencia, DEVUELVASE al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia. El proyecto de esta Sentencia fue considerado y aprobado en Sala de decisión de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
ARTURO MATSON CARBALLO



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE  
(Ausente en Comisión)

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS



