

SENTENCIA No. 025 - 2018

13001-33-33-001-2015-00242-01

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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-001-2015-00242-01
Demandante	YERLIS BONILLA DÍAZ
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	ARTURO MATSON CARBALLO
Tema	SANCION MORATORIA DE DOCENTE

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 audiencia inicial de fecha 3 de noviembre de 2016, mediante la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por la señora YERLIS BONILLA DÍAZ 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 existencia de un acto ficto negativo configurado el 16 de octubre 2014, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 16 de julio de 2014, y posteriormente, se declare la nulidad de este acto ficto.

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 DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR), a reconocer y pagar por concepto de sanción por mora en favor del demandante el equivalente a un (1) día de salario por cada día de retraso en el pago de sus cesantías, conforme a lo ordenado en las leyes 244 de



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

1995 y 1071 de 2006, y se condene al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar.

2.1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen así:

A fecha 17 de diciembre de 2012, la señora YERLIS BONILLA DÍAZ le solicito a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – (vinculado el Distrito de Cartagena de Indias- Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias) el reconocimiento y pago de sus cesantías.

Por medio de la resolución 1456 del 20 de agosto de 2013, le fue reconocida la cesantía solicitada y cancelada a fecha 18 de noviembre de 2013.

Señala el demandante que transcurrió un período de 225 días de mora, 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 16 de julio de 2014, 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.

2.2.1. NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

El a quo tuvo por no contestada la demanda por haberse presentado en forma extemporánea.

2.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez Primero del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 3 de noviembre de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el Departamento de Bolívar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

SEGUNDO.- Declarar la nulidad del acto ficto surgido con ocasión de la reclamación presentada el 16 de julio de 2014, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en el pago de las cesantías reconocidas a la señora YERLIS BONILLA DÍAZ.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho se condena a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar a la señora GLADYS MARIA MARTINEZ MEJIA, la suma de **once millones trescientos setenta y nueve mil setecientos cincuenta y ocho pesos (\$11.379.758)**, por concepto de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas mediante la Resolución No. 1456 de fecha 20 de agosto de 2013.

CUARTO.- La sanción moratoria indicada en el numeral anterior, deberá ser ajustada conforme a lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA, aplicando la fórmula establecida en las consideraciones de esta providencia.

QUINTO.- Condenar en costas y agencias en derecho a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (...)

SEXTO.- El cumplimiento de la sentencia y el pago de intereses moratorios se surtirán de conformidad con lo establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría remítanse los oficios conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo (...)"

Para sustentar su decisión el A-quo, afirmó que a los docentes, al igual que los demás empleados del Estado, les resulta aplicable tanto la Ley 244/95 como la Ley 1071 de 2006 que establecieron la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas y parciales.



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

Encontró probado que la actora solicitó sus cesantías parciales el 17 de diciembre de 2012, por lo tanto, las mismas debían ser reconocidas hasta el 10 de enero de 2013 y canceladas, a más tardar el 2 de abril de 2013, pero fueron canceladas de manera extemporánea el 18 de noviembre de 2013, lo que generó una mora de 229 días.

III. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- ✓ El 24 de enero de 2017 fue repartido el proceso en segunda instancia al Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole por reparto al Despacho 005 (FL. 3 Cuaderno de 2ª instancia)
- ✓ 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 3 de noviembre de 2016 (Fl. 5).
- ✓ 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. (Fl. 9)
- ✓ La parte demandada presentó sus alegatos de conclusión (FL. 27-31)
- ✓ Finalmente el proceso entra al Despacho 005 para su pronunciamiento de fondo.

3.1. DEL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló que la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006, por la cual se adicionó la Ley 244 de 1995, solo procede respecto de los plazos para el trámite de las prestaciones económicas.

La FIDUPREVISORA S.A., cancela los pagos de las prestaciones luego de contar con el acto administrativo emitido por la Secretaría de Educación, previo al trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente, y según la disponibilidad de recursos provenientes el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La sanción por mora en el pago de las cesantías de los trabajadores y servidores del Estado regulada por la Ley 1071 de 2006, no se hace extensiva a los docentes del sector público, pues la Ley 91 de 1989 regula de manera especial las cesantías para los docentes y no contempla la



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

sanción por mora en su pago.

Sostuvo, además, que carece de competencia para variar algún derecho que ha sido reconocido directamente por el respectivo ente territorial; y es precisamente este último, a través de su Secretaría de Educación, el encargado de comparecer al proceso, por ostentar y ejercer actualmente la potestad nominadora, la administración de las Instituciones Educativas y del personal docente y administrativo de los planteles educativos, y expidió el acto administrativo objeto de la demanda, por medio del cual se procedió a decidir la vacancia definitiva del cargo que venía desempeñando.

Señaló que no procede sanción alguna por el retardo en el reconocimiento y pago de las cesantías, cuando las mismas están condicionados a la expedición de disponibilidades presupuestales por parte del Ministerio de Hacienda y al respeto a turnos establecidos conforme al orden de reclamación.

3.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público rindió concepto frente al presente asunto, solicitando la confirmación de la sentencia apelada, por haberse acreditado el derecho que le asiste a la demandante.

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 DEMANDADA¹

En lo sustancial la apoderada de la demandada, se confirmó en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

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

¹ Folios 27-31 cuaderno de segunda instancia.



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

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.

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

Consiste en determinar si la demandante tiene derecho a que se reconozca y pague la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías parciales y, en caso afirmativo, quién es la entidad encargada del pago.

3. Tesis de la Sala

La Sala estima que los docentes tienen derecho, como los demás servidores públicos, al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Además, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, conforme al Decreto 2831 del 2005 y, por tanto, de la sanción que se cause por su pago tardío.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. De la sanción por mora en el pago de las 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



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

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, cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda, entre otros motivos previstos legalmente.

Las cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran amparada por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la que se dispone lo siguiente:

"Artículo 15:

Numeral 3. Cesantías.

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional".

La norma trascrita no establece la sanción por la mora en la cancelación de las cesantías a los docentes, generando múltiples decisiones disímiles, en las cuales jueces, magistrados y consejeros de estado han negado y concedido el pago de la sanción, lo que se traduce en una inseguridad



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

jurídica para los administrados al no tener claro si tienen derecho o no al reconocimiento de esta prestación.

Ante la incertidumbre generada por la situación anterior, la Corte Constitucional, mediante sentencia de unificación SU-336 de mayo 18 de 2017, precisó que *aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. Lo anterior, porque lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. Así mismo, aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989...*". La sanción moratoria en estudio se instituyó en la Ley 244/95, 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.



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

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 2006², 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.*

² 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.



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

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



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

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

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

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

Sobre la interpretación de las normas en cita por parte del Consejo de Estado, en sentencia de la Sala Plena de fecha 27 de marzo de 2007, expediente No. 2777-2004, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se llegó a las siguientes conclusiones:

"(...) 5.3. Formulación de las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas.

(...) Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así:

5.3.1 La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías.

5.3.2 La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga.

5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.

En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:

5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.

5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.

5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.

5.3.4. Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.

En las situaciones aludidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral.

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V.gr. hipótesis 5.3.3.1 y 5.3.3.2. (...)

En suma la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. (...)

(i) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

(ii) Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía.

(iii) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva.

(iv) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros, expresos y exigibles, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.

Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho. (...)" (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo expuesto, concluye el Tribunal:

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 existe 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. **Presentada la solicitud, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, cuenta con 15 días hábiles para expedir la resolución de reconocimiento.**
5. De conformidad con el artículo 87 del CPACA, la **Resolución de reconocimiento quedará en firme** desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos, o desde el día siguiente al vencimiento del término para interponer recursos



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

cuando estos no fueron interpuestos o respecto de ellos se hubiera renunciado.

6. A partir de la firmeza del acto de reconocimiento, la **entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995** - diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones - **cuenta con un término máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, 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.**

Precisa la Sala, que aunque la Ley 91 de 1989 que regula de manera especial el pago de cesantías para los docentes, no contempla la sanción moratoria por el retardo en el pago, el Consejo de Estado³, en proveído cuyos fundamentos se comparten, ha reconocido sin mayor dificultad la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector público,⁴ siendo esta posición, a criterio de esta Sala de Decisión, la que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral y al de igualdad material de los docentes frente a los otros servidores públicos que sí se ven cobijados por dicha prerrogativa; aplicabilidad que igualmente se da, acudiendo a una interpretación finalista de la norma general, que procura que al establecer el auxilio de cesantías en favor de servidores públicos, la administración debe reconocerlo y pagarlo en unos plazos, es decir, no puede hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa prestación social, la cual es, servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante. De allí que, en vista de la finalidad que llevó a establecer la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías, no es posible que excluir a los docentes que se podrían encontrar en la misma situación.

³ Consejo de Estado- Sección Segunda del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B", M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación No. 23001-23-31-000-2004-00069-02(0859-08), actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo, sentencia del 21 de mayo de 2009.

⁴ En sentencia más reciente, también se aplicó ese criterio: CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B-Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ-Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015)-Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14)-Actor: YANETH LUCÍA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ-Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MUNICIPIO DE IBAGUÉ (TOLIMA)-Referencia: AUTORIDADES NACIONALES - LEY 1437 DE 2011. Finalmente, se adoptó el mismo criterio en sentencia proferida por la Subsección A de la Sección B 17 de noviembre de 2016 con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

Los mismos criterios fueron expuestos en sentencia de 22 de enero de 2015, Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) la Segunda-Subsección B, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, y en sentencia proferida por la Subsección B de 17 de noviembre de 2016, C.P. William Hernández Gómez, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01.

Así las cosas, ha de concluir la Sala que para el caso de los docentes del sector público también resulta aplicable la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

4.2 Sobre el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de docentes, y la responsabilidad frente a las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos de reconocimiento.

La Corte Constitucional, en Sentencia de unificación SU-336 de 18 de mayo de 2017 antes señalada, sostuvo que los docentes están cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula las cesantías.

Sostuvo, además, que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989, así:

"(...) Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

Por lo anterior, a fin de establecer el término que tiene la entidad para pagar las cesantías a los docentes habrá que remitirse a las normas especiales que sobre la materia lo rigen, es decir, el procedimiento establecido en el Decreto 2831 de 2005.

En efecto, el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos que deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, con el fin de que asumiera el pago de las prestaciones sociales de los docentes. A su vez, el artículo 9º de la citada ley indica 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.



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

En armonía con las anteriores disposiciones, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994 ordena que las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado sean reconocidas por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el educador, e igualmente que el acto administrativo de reconocimiento de las mismas debe constar en una resolución que lleve, además, la firma del coordinador regional de prestaciones sociales del mismo Ministerio, en la respectiva regional.

En ese mismo orden, se tiene que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, señala: *"RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial"*.

Por su parte, el Decreto 2831 de 2005, por medio del cual se reglamenta el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispone:

"Artículo 2º Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...)"

En igual sentido, el artículo 3º del Decreto en cita expresa:

*Artículo 3º. Gestión a cargo de las secretarías de educación de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada **a través***



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,
4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.
5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste,



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme. (...)

El artículo 4º ibídem señala que *el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.*

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

El artículo 5º ibídem, señala que aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

De lo anterior, se tiene que las secretarías de educación tienen 15 días para expedir el proyecto y enviarlo a la Fiduciaria encargada del manejo de y administración de los recursos del Fondo; la Fiduciaria dentro de los 15 días más debe impartir su aprobación y una vez aprobado, el respectivo secretario de educación deberá suscribirla y notificarlo de manera personal dentro de los 5 días y dentro de los 3 días siguiente a la ejecutoria del acto (10 días con el C.P.A.C.A. o 5 días con al C.C.A.) deberá remitirlo a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago, lo que arroja un total de 48 o 43 días dependiendo de la ejecutoria del acto administrativo.

Ahora bien, en decisión de la Subsección "B" de la sección Segunda del H. Consejo de Estado, se hizo un exhaustivo análisis, que comparte en su integridad por esta Sala, respecto de la responsabilidad que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente al reconocimiento y



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados, en el que señaló⁵:

"Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente⁶.

No obstante lo anterior, y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar⁷ una serie de

⁵ Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección "B" Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del 14 de febrero de 2013, radicación No. 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12), Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS, Demandado: FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-AUTORIDADES NACIONALES.

⁶ En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁷ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos."



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que "**Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.**". (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, es claro para esta Sala de Decisión que en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados intervienen, tres entidades: la Secretaría de Educación de la entidad territorial, donde presta sus servicios el docente, la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo.

Sin embargo, para efectos fiscales y patrimoniales, los recursos que se afectan con cualquier decisión relativa a las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Mpgisterio, son los de este Fondo, que es 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** y tiene como finalidad de acuerdo al artículo 5º de la Ley 91 de 1989, el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, es decir de los docentes.

Así las cosas, las condenas relativas o que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente, no obstante la responsabilidad disciplinaria y fiscal en que incurran los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a eso hubiere lugar.

Legitimación en la causa por pasiva.



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

Los argumentos expuestos previamente permiten concluir, adicionalmente que la legitimación en la causa por pasiva en casos de reclamo judicial de la sanción por mora en el reconocimiento y pago de cesantías a favor de docentes oficiales es la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En efecto, 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 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, no puede atribuirse a la Secretaría de Educación de la entidad territorial demandada obligaciones que no le corresponden legalmente, pues sus funciones se limitan a la proyección y suscripción de los actos administrativos que reconozcan o nieguen prestaciones sociales, en nombre del Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las condenas que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación territorial, ello, no obstante la responsabilidad disciplinaria y fiscal en que podrían verse incurso los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a eso hubiere lugar.

Consecuencias de la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal para el pago de cesantías y de la necesidad de asignación de turnos.

La falta de disponibilidad o apropiación presupuestal para el pago de cesantías, o la necesidad de atender los turnos en el orden de reclamación, no constituyen un motivo legalmente válido para desconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración tiene la obligación, instituida en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, de tramitar en forma eficiente, tanto la expedición de



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

disponibilidades y registros presupuestales, como la oportuna asignación de los recursos económicos para atender sus obligaciones. Y también tiene la obligación de tramitar y decidir las reclamaciones de prestaciones sociales de conformidad con los términos y condiciones previstos en la Ley 91/89 y el Decreto Reglamentario 2381/05.

El retardo en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías y la ineficiencia de la administración en aportar los documentos necesarios para el efecto, no impide el surgimiento de ese derecho, pues la consecuencia a dichas omisiones están previstas en la ley y no es otra que el deber de pagar una sanción equivalente a un día de salario por cada día d retardo.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados.

El 17 de diciembre de 2012 la demandante solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, el reconocimiento de sus cesantías parciales; solicitud que fue resuelta mediante Resolución No. 1456 del 20 de agosto de 2013 (Fl.18 - 20).

El 18 de noviembre de 2013 fueron consignadas las cesantías de la actora en el Banco BBVA (Fl. 21).

El 16 de julio de 2014 la accionante radicó ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, dirigida al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fls. 25-26).

La solicitud anterior no fue respondida dando lugar acto administrativo ficto negativo demandado.

5.2 Análisis crítico de los hechos probados de cara al marco jurídico.

La demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el 17 de diciembre de 2012, por lo que el trámite para reconocer las cesantías vencía el 26 de febrero de 2013 y el plazo para cancelarlas vencía el 6 de mayo de 2013.

El siguiente es el cronograma que debió cumplir la demandada, de acuerdo con el Decreto 2831 del 2005:



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

Radicación de la solicitud	17-12-2012
Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación (15 días)	Hasta el 10-01-2013
Aprobación del proyecto por la Fiduciaria (15 días)	Hasta el 08-01-2013
Notificación del acto administrativo (5 días)	Hasta el 1-02-2013
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	Hasta el 15-02-2013
Remisión del acto administrativo a la fiduciaria (3 días)	Hasta el 26-02-2013
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 6-05-2013

Se concluye de todo lo anterior que las cesantías debieron pagarse el 6 de mayo de 2013, pero se pagaron efectivamente el 18 de noviembre de 2013, por lo cual el pagador incurrió en mora de 168 días contados desde el 7 de mayo 2013 hasta el 15 de noviembre de 2013.

El menor número de días de mora anterior es inferior al que señaló el A quo en la sentencia apelada, y ello se explica por el hecho de que esta Sala considera que al reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes se debe aplicar el procedimiento especial previsto en el Decreto 2831/05, el cual, como atinadamente manifestó el apelante, establece un término mayor al previsto de manera general por las Leyes 244/95 y 1071/06.

El juez aplicó el procedimiento de reconocimiento de las cesantías y de sanción moratoria previstos en la Ley 244/95 y 1071/06, lo cual esta Sala considera errado, porque en nuestro ordenamiento, tanto las competencias como los procedimientos a cargo de las entidades del Estado son regladas, y la competencia para tramitar y decidir las solicitudes de reconocimiento y pago de cesantías a favor de los docentes están distribuidas, por la Ley 91/99 y su Decreto Reglamentario 2831 del 2005, entre las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, el Ministerio de Educación Nacional y la Fiduciaria contratada por la Nación, quienes deben cumplir con los trámites y términos allí previstos.

La estructura administrativa de quienes se ocupan del trámite referido frente a los docentes y la existencia de competencias y procedimientos especiales, respecto de ellos, no están reconocidos por las Leyes 244/95 y 1071/06, las cuales establecen un procedimiento general de reconocimiento y pago de cesantías a favor de los servidores públicos en general.





SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

Nada impide que las dependencias que se ocupan de las prestaciones sociales de los docentes sigan cumpliendo sus competencias y procedimientos; y que se extienda a éstos la Ley 244/95 y 1071/06 en aplicación del principio de igualdad, pero solo para reconocer que tienen derecho a la sanción moratoria en caso de incumplimiento de los términos previsto en el Decreto 2831/05 para el reconocimiento y pago de las cesantías.

Se trata de aplicar normas de las leyes mencionadas que se complementan, pero en ningún caso se contradicen.

- Por otra parte, la Sala también modificará la sentencia apelada, por condenar a la parte demandada al pago de la indexación de la sanción moratoria, pues, ello resulta improcedente por las razones que de manera reiterada ha expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en distintas oportunidades, entre ellas al proferir la sentencia de 17 de noviembre de 2016, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" C.P. Dr. William Hernández Gómez, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01, donde expresó lo siguiente:

"¿Hay lugar a los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías?"

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No hay lugar a ordenar los ajustes de valor de acuerdo al IPC en los casos de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contemplado en la Ley 1071 de 2006, como a continuación se argumentará.

Sobre el particular es pertinente citar la jurisprudencia que indica la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda en este punto, a saber: "[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 199616, la jurisprudencia del Consejo de Estado (17) ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, 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. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]”18 (Subraya de la Subsección).

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.

En aplicación del criterio anterior, que esta Sala prohíja, se revocará la condena referida a la indexación de la sanción moratoria, entre otras razones, en defensa del patrimonio público que resultaría ilegalmente afectado.

6. Condena en Costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual 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, habiendo sido resuelto parcialmente favorable el recurso de apelación de la parte demandada, no habrá lugar a condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

PRIMERO. Modificar el numeral tercero de la sentencia apelada, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, decidió en primera instancia el proceso de la referencia, el cual quedará así:

“TERCERO.-A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación -Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca y pague a la demandante YERLIS BONILLA



SENTENCIA No.

13001-33-33-001-2015-00242-01

DÍAZ la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales de la demandante, a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago de las mismas, consistente en **ciento sesenta y ocho (168)** días de salario, teniendo en cuenta el salario devengado por la demandante en el término en que trascurrió la mora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia".

SEGUNDO. Revocar el numeral cuarto de la sentencia apelada, por las razones expuestas en el parte motiva de esta providencia. En su lugar se deniega la pretensión de indexación de la sanción moratoria.

TERCERO. Confirmar los demás numerales de la sentencia apelada.

CUARTO. Sin condena en costas en esta instancia.

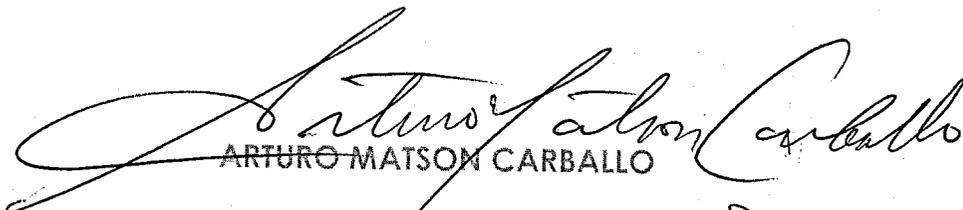
QUINTO. Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

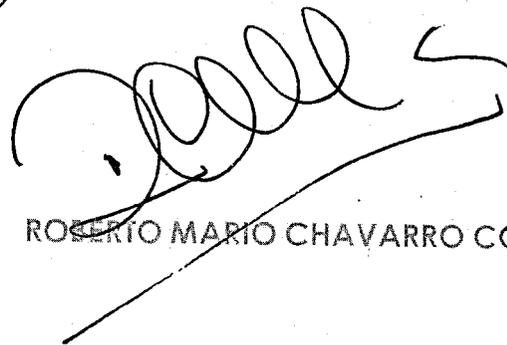
SEXTO. Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

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

Handwritten text, possibly a signature or date, oriented vertically on the right side of the page.