Cartagena de Indias D. T. y C., Veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13001-33-33-002-2015-00535-01**
Demandante	**WILMER RAFAEL MADERA PINO**
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 demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena en fecha 15 de diciembre de 2016, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por el señor WILMER RAFAEL MADER PINO 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 27 de julio 2015, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 27 de abril de 2015, 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 EDUCACION 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

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 19 de febrero de 2014, el señor WILMER RAFAEL MADERA PINO le solicitó 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 1337 del 10 de junio de 2014, le fue reconocida la cesantía solicitada y cancelada a fecha 30 de enero de 2015.

Señala el demandante que transcurrió un periodo de 242 días, desde la fecha que radicó la solicitud hasta cuando le fue reconocido el pago de la cesantía incurriendo en mora y contrariando lo señalado por la ley 1071 del 2006.

Con fecha 27 de abril de 2015, 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

La parte demanda no contestó oportunamente la demanda.

2.2.2. DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

Propone como excepción, entre otras, la falta de legitimación pasiva, la cual el a quo encontró fundada y así la declaró, por lo que ordenó la desvinculación del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR en el presente asunto.

2.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

A través de fallo judicial del 15 de diciembre de 2016, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena[1] negó las

[1] Folios 92-94

pretensiones incoadas por el demandante, al concluir que la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, de acuerdo al criterio de especialidad establecido en la Ley 157 de 1887, son las normas aplicables para el procedimiento de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías.

Además, afirma que la sanción por mora en el pago de las cesantías consagrada en el parágrafo del artículo 5 de la ley 1076, no procede frente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por no haber consagración legal de sanción alguna para esta entidad.

III. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- ✓ El 7 de febrero de 2017 fue repartido el proceso en segunda instancia al Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole por reparto al Despacho 005 (FL.2 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 15 de diciembre de 2016 (Fl. 4).
- ✓ 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. 8)
- ✓ La parte demandada presentó sus alegatos de conclusión (FL. 12-16)
- ✓ Finalmente el proceso entra al Despacho 005 para su pronunciamiento de fondo.

3.1. EL RECURSO DE APELACIÓN DEL DEMANDANTE

La apoderada de la demandante presentó y sustentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2016[2], solicitando se revoque la decisión adoptada, y en consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda.

Señala que debió efectuarse el estudio del caso concreto con base en la ley 1071 de 2006, al tener la calidad de servidor público el demandante, en concordancia con la ley 91 de 1989, que consagra disposiciones sobre el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes al servicio oficial.

3.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público rindió concepto frente al asunto, solicitando se revoque la sentencia apelada y en su lugar se concedan las pretensiones del escrito

[2] Folios 98-106 del cuaderno de primera instancia

inicial, en razón a que al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria deprecada. (Fls. 17-30 del cuaderno de segunda instancia)

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[3]

La parte demandada presentó alegatos de segunda instancia dentro del proceso, 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.

Así mismo 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

[3] Folios 12-16 cuaderno de segunda instancia

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

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:

> ¿Es aplicable la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías consagrada Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 al caso de los docentes oficiales?
>
> ¿Cuál es el procedimiento que se debe cumplir para computar los días que tiene la entidad para el pago de cesantías y el correspondiente reconocimiento de la sanción moratoria?

Y 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 revocará la sentencia de primera instancia, pues le asiste razón al impugnante al concluir que la sanción moratoria en el pago de las cesantías prevista en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 si es aplicable para los docentes de las entidades territoriales, y que el competente para reconocer y pagarla es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien contaba, en el caso concreto, con 70 días hábiles.

5.4 Material probatorio relevante al caso.

Se destacan las siguientes pruebas:

- 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
- Certificado de pago efectivo de cesantías parciales reconocidas a la accionante, suscrito por el Director de Afiliaciones y Recaudos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Folio 23-24
- Resolución 1337 del 10 de junio de 2014, mediante la cual se reconoció el pago de las cesantías al señor Madera Pino, en virtud de la petición realizada el 19 de febrero de 2014, proferida por la Secretaría de Educación de Bolívar. Folios 19-21
- Recibo de pago expedido por el Banco BBVA, de fecha 30 de enero de 2015, a favor del señor Wilmer Rafael Madera Pino. 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 1° 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, intendencia les, 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 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 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 3° del decreto 1919 de 2002[4], 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 1°. 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.
>
> 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,

[4] 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.

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 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 cobija 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 termino de ejecutoria es de 10 días, esto conforme a lo dispuesto en su artículo 76[5]. 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), 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.

---

[5] 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.
(...)

- **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 parciales N° 1337 de 2014[6] se puede demostrar que el señor Wilmer Rafael Madera Pino actualmente se desempeña como docente, vinculado desde el 23 de mayo de 1995, al servicio del municipio de Cantagallo; 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 27 de abril de 2015 invocando la ley 1071 de 2006.

Ahora bien, a folio 18 se puede observar el comprobante de pago expedido por el Banco BBVA en fecha 30 de enero de 2015.

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 19 de febrero de 2014 el señor Wilmer Rafael Madera Pino, presentó solicitud ante la Secretaría de Educación Departamental, con destino al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendiente al reconocimiento y pago de cesantías parciales.

[6] Folios 19-21 del cuaderno de primera instancia

La Secretaría de Educación Departamental, en representación de la Nación –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió la **Resolución N° 1337 del 10 de junio de 2014,** reconociendo a favor del actor la suma de once millones quinientos noventa y dos mil novecientos treinta y dos pesos M/CTE ($11.592.932), como cesantías parciales, que se pagaron efectivamente el 30 de enero de 2015[7].

Conforme lo precedente y como en la Sentencia de primera instancia, el Juez denegó las pretensiones de la demanda, el período que tendrá en cuenta la Sala para determinar la sanción moratoria, será del 5 de junio de 2014 al 29 de enero de 2015, así:

Tabla No.1

EVENTO	Fechas reales
Radicación de la solicitud de reconocimiento de cesantías	19 de febrero de 2014
Expedición del proyecto por la Secretaria de Educación (15 días)	12 de marzo de 2014
Ejecutoria del Acto de reconocimiento (10 días)	27 de marzo de 2014
Pago de las Cesantías (45 días)	4 de junio de 2014
Radicación de la solicitud de sanción moratoria	27 de abril de 2015

- Aplicación de la sanción por mora en el caso de los docentes.

Respecto al primer problema jurídico, es preciso decir que el H. Consejo de Estado ha establecido que los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, y por ello es aplicable lo dispuesto en el artículo 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la 1071 de 2006.

Además, la H. Corte Constitucional[8] justificó, la aplicación de la sanción por mora en el caso de los docentes, argumentando que aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales, además de ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

- Procedimiento para el reconocimiento y pago de cesantías.

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

[7] Folio 18
[8] Sentencia SU-336 de 2017. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

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 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. [...]" .[9]

Ahora bien, desde la fecha en que la parte accionante radicó, en debida forma la solicitud de pago de cesantías parciales, ello es el 19 de febrero de 2014 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 (19 febrero de 2014), el pago de la cesantía debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día 4 de junio de 2014.Como se probó que el dinero se puso a disposición de la interesada sólo hasta el día 30 de enero de 2015, 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 4° y 5° 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.

---

[9] Consejo De Estado, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 De 2016.

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 5 de junio de 2014 hasta el 29 de enero de 2015.

Conforme lo precedente y como en la sentencia de primera instancia, el Juez negó las pretensiones de la demanda, deberá revocarse está sentencia, para en su lugar declarar la nulidad del acto ficto negativo producto de la reclamación presentada el día 19 de febrero de 2014, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en el pago de la cesantías parciales reconocidas al señor Wilmer Rafael Madera Pino, y como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho se condenará a la entidad encargada del reconocimiento y pago de las cesantías, a pagar al accionante un día de salario del año 2014 por cada día de retardo en el pago de la cesantía parcial reconocida, por concepto de la sanción moratoria, en el periodo de mora corresponde al comprendido del 5 de junio de 2014 al 29 de enero de 2015.

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

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.° los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.° el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

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 adelante 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 favorable a la parte demandante, como quiera que se revocó la sentencia de primera instancia en cuanto se declaró la nulidad del acto surgido con ocasión de la reclamación presentada el día 27 de abril de 2015, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en el pago de la cesantías parciales reconocidas al señor Wilmer Rafael Madera Pino; y se condenó a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pagar al señor Madera Pino un día de salario del año 2014 por cada día de retardo en el pago de la cesantía parcial reconocida, por concepto de la sanción moratoria, en el periodo de mora corresponde al comprendido del 5 de junio de 2014 al 29 de enero de 2015, 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: REVOCAR la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto surgido con ocasión de la reclamación presentada el día 19 de febrero de 2014, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por la mora en el pago de la cesantías parciales reconocidas al señor Wilmer Rafael Madera Pino.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho se condena a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pagar al señor Wilmer Rafael Madera Pino un día de salario del año 2014 por cada día de retardo en el pago de la cesantía parcial reconocida, por concepto de la sanción moratoria, en el periodo de mora corresponde al comprendido del 5 de junio de 2014 al 29 de enero de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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