



13-001-33-33-003-2015-00119-01

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	13-001-33-33-003-2015-00119-01
Demandante	MARIA EUGENIA DÍAZ TORRES
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	ARTURO MATSON CARBALLO
Tema	SANCIÓN MORATORIA DE DOCENTE

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en contra de la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que declaró la existencia del acto ficto configurado el 18 de diciembre de 2014 y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a favor de la demandante, por concepto de sanción moratoria 252 días de salarios del año 2013.

II.- ANTECEDENTES

2.1 PRETENSIONES

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la señora MARÍA EUGENIA DÍAZ TORRES instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes declaraciones:

Se declare la existencia de un acto ficto configurado el día 18 de diciembre de 2014, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 18 de septiembre del 2014, por el pago tardío de sus cesantías.



13-001-33-33-003-2015-00119-01

Se declare la nulidad del acto ficto configurado el día 18 de diciembre de 2014, frente a la petición presentada el día 18 de septiembre del 2014, en cuanto le negó el derecho a pagar la sanción por mora establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006 y declarar que la actora tiene derecho a que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la sanción por mora equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo contados a partir de los sesenta y cinco días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006 a favor del demandante.

2.2. HECHOS

En lo relevante se tiene que el artículo 3 de la ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonio, contable y estadística, sin personería jurídica.

De conformidad con el parágrafo 2º del artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asigno como competencia al Fondo Nacional d Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Que la señora María Eugenia Díaz Torres, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, solicitó a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 12 de marzo de 2013 el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

Por medio de la Resolución 1885 del 15 de octubre del 2013, le fue reconocida las cesantías solicitadas, siendo canceladas el día 28 de febrero del 2014, por intermedio de entidad bancaria. Conforme a las fechas vistas, el plazo para cancelarlas que era el día 20 de junio de 2013 pero que fueron efectivamente pagadas el 28 de febrero de 2014, por lo que trascurrieron 171 días de mora contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.

Con fecha de 18 de septiembre de 2014 se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad



13-001-33-33-003-2015-00119-01

convocada y está resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas.

2.3 CONTESTACIÓN

El a quo tuvo por no contestada la demanda.

2.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

En sentencia de fecha veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Establece que los docentes oficiales tienen derecho a ser acreedores a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y definitivas prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, aplicando los principios de igualdad, favorabilidad e integración normativa.

Indicó que quedó demostrado que la administración omitió el cumplimiento de los términos consagrados en la Ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías reclamadas por la demandante, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías, 5 días más que corresponden al término de la ejecutoria y 45 días dentro de los cuales debía realizar el pago. Concluyó que, el pago debió producirse el 20 de junio de 2013, pero solo se hizo hasta el 28 de febrero de 2014, es decir después de vencido el término. Declaró la nulidad del acto ficto acusado y ordenó pagar sanción moratoria por un término de 252 días, ajustando las sumas conforme al IPC previsto en el artículo 187 del CPACA y condenó en costas al FOMAG.

2.5. RECURSO DE APELACIÓN¹

La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de su apoderado judicial presentó y sustentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2016, retomando sus argumentos de defensa.

Señala que la FIDUPREVISORA S.A. procede con los pagos prestacionales luego de haber contado con el acto administrativo que fue emitido por la secretaria de Educación y posterior a ello el trámite legal para su concesión,

¹ Fls. 63-70 del cuaderno de primera instancia



13-001-33-33-003-2015-00119-01

comprendiendo así los entes comprometidos dentro del salario del docente. Además, señala el apelante que el procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentra consagrado en el Decreto 2832 de 2005, en el cual se determina claramente las etapas, los términos y las demás formalidades para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

De acuerdo a lo anterior, sostiene que las solicitudes de reconocimiento deberán ser radicadas en la secretaría de educación o la dependencia que haga sus veces puesto que conforme a lo establecido en la ley 60 de 1993, el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad como aquel ente nominador, siendo así que para el caso de las cesantías esta también se encuentra dentro del decreto 2831 de 2005 y por tanto no puede ser cobijada por las demás normas respecto al tema.

Por último, manifiesta que revoque la sentencia proferida en primera instancia dentro del proceso de la referencia y en consecuencia exonerar de cualquier responsabilidad a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – LA FIDUPREVISORAA S.A.

2.6. TRAMITE DE 2ª INSTANCIA

Por auto calendado el 30 de mayo de 2017 se dispuso la admisión del recurso de apelación presentado por la parte demandada; con providencia adiada el 4 de septiembre de 2017, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por la parte demandada, quien se ratificó en sus argumentos de apelación.

2.7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto alguno.

2.8. ALEGATOS DE 2ª INSTANCIA

2.8.1. Parte demandada.²

Se confirma en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

² FIs. 11-15 del cuaderno de segunda instancia.



13-001-33-33-003-2015-00119-01

III. 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.

IV.- CONSIDERACIONES

4.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuestos por la parte demandada contra la sentencia del 28 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Oral Administrativo del Circuito de Cartagena.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

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

¿Cuál es el procedimiento que se debe cumplir para computar los días que tiene la entidad para el pago de cesantías y el correspondiente reconocimiento de la sanción moratoria?

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

Y por último determinar si:

¿Es competente el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 a favor de los docentes oficiales, derivada del no pago oportuno de sus cesantías parciales?



13-001-33-33-003-2015-00119-01

4.3. TESIS DE LA SALA

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

Se precisa que, la entidad, en el caso concreto tenía 65 días hábiles para reconocer y pagar las cesantías parciales a favor de la demandante, como acertadamente lo concluyó el juez de primera instancia. De otro lado, no hay lugar al reconocimiento a los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria como lo ordenó el A-quo, en la medida en que ésta es superior al reajuste monetario y el pago de ambas, constituye el reconocimiento de doble sanción.

4.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

❖ De las cesantías.

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

- La Ley 6ª de 19 de febrero 1945 que en su artículo 17 estableció el auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios;
- El artículo 1º de la ley 65 de 1946, dispuso que todos los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación o en cualquiera de las ramas del poder público tiene derecho a partir del 1 de enero de 1942 al auxilio de la cesantía por todo el tiempo trabajado, sin importar la causa del retiro;
- El artículo 60. 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, intendencias, 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;



13-001-33-33-003-2015-00119-01

- 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..."



13-001-33-33-003-2015-00119-01

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 2002³, 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

³ 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.



13-001-33-33-003-2015-00119-01

Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social."

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

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

La Ley 1071 de 2006 "por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación", extendió la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, pues la anterior normativa únicamente la previó para las definitivas. Así, se dispuso:

"Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quedé 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



13-001-33-33-003-2015-00119-01

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 en vigencia del Decreto 1 de 1984, el termino de ejecutoria era de 05 días, esto conforme a lo dispuesto en su artículo 51⁴.

❖ **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

⁴ ARTICULO 51. OPORTUNIDAD Y PRESENTACION. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> **De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo. (...)**



13-001-33-33-003-2015-00119-01

de los accionantes al concluir, tal como ya lo había hecho el Consejo de Estado en las decisiones proferidas desde febrero de 2015, que a los docentes sí les son aplicables las normas de sanción por mora en el pago de cesantías.

❖ **Ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías.**

La Sala aplicará el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección "A", C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, de fecha diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), radicado (1520-2014), en la que sobre este tema se concluyó que no resulta procedente su reconocimiento, porque se ha mantenido posición pacífica en la medida en que si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso es superior a ella, lo que significaría un doble pago.

4.6. CASO CONCRETO

4.6.1. Hechos probados.

Con el objeto de resolver el problema jurídico expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- Para efectos del reconocimiento de cesantías parciales el demandante demostró haber prestado sus servicios desde el 27 de mayo de 1996 hasta el 30 de diciembre de 2011 de forma continua. (Folio 19)
- El día 12 marzo de 2013 la actora solicita el reconocimiento y pago de una cesantía parcial con destino de compra de vivienda, correspondiente a los servicios prestados como docente de vinculación Municipal.
- A través de resolución No. 1885 de 15 de octubre de 2013 se le hizo reconocimiento de sus cesantías. (Folio 19-21)
- Comprobante de pago expedido por la entidad bancaria BBVA. (Folio 18)
- El 18 de septiembre de 2014 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de cesantías, conforme a la ley 1071 de 2006, petición resuelta de forma desfavorable a través del acto acusado. (Folio 24-25)



13-001-33-33-003-2015-00119-01

4.6.2. Valoración probatoria de cara al marco jurídico.

Teniendo en cuenta los anteriores antecedentes normativos y jurisprudenciales que van de cara con los problemas jurídicos a resolver, esta Sala procede a realizar el siguiente análisis frente al caso en concreto teniendo en cuenta lo siguiente:

El 12 de marzo de 2013 la señora María Eugenia Díaz Torres, presentó solicitud ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendiente al reconocimiento y pago de cesantías parciales.

La Secretaría de educación, en representación de la Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió la **Resolución No. 1885 con fecha de 15 de octubre de 2013**, reconociendo a favor de la actora la suma de catorce millones doscientos treinta y ocho mil novecientos noventa y siete pesos M/CTE (\$14.238.997), como cesantías parciales⁵, que se pagaron efectivamente el 7 de marzo de 2014⁶.

Frente al primer problema jurídico asociado, relacionado con el procedimiento para computar los días con que cuenta el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, se debe señalar que está previsto en las mismas Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

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

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

⁵ Folio 19-21

⁶ Folio 18



13-001-33-33-003-2015-00119-01

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. [...]” .⁷

Ahora bien, desde la fecha en que la parte accionante radicó, en debida forma la solicitud de pago de cesantías parciales, ello es el 12 de marzo de 2013 y de acuerdo a los términos perentorios en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio representado por el Ministerio de Educación Nacional, contaba con 65 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, 5 de ejecutoria del acto de conformidad con el Decreto 1 de 1984 -Código Contencioso Administrativo- 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 65 días hábiles con posterioridad al día en que se presentó la solicitud (12 de marzo de 2013), el pago de la cesantía debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día 20 de junio 2013, como lo concluyó el A Quo. Como se probó que el dinero se puso a disposición de la interesada sólo hasta el día 7 de marzo de 2014, la Sala concluye que el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías.

Se reitera que, la sanción por mora por el pago tardío de las 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.

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 21 de junio de 2013 hasta el 6 de marzo de 2014.

⁷ Consejo De Estado, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 De 2016.



13-001-33-33-003-2015-00119-01

Conforme lo precedente y como en la sentencia de primera instancia, el Juez concluyó que la mora se generó desde el 21 de junio de 2013 hasta el 6 de marzo de 2014, deberá modificarse el NUMERAL SEGUNDO, con la fecha indicada en precedencia, veamos:

Tabla No.1

EVENTO	Fechas reales
Radicación de la solicitud de reconocimiento de cesantías	12 de marzo de 2013
Expedición del proyecto por la Secretaria de Educación (15 días)	5 de abril de 2013
Ejecutoria del Acto de reconocimiento (5 días)	12 de abril de 2013
Pago de las Cesantías (45 días)	20 de junio de 2013
Radicación de la solicitud de sanción moratoria	18 de septiembre de 2014

- Ajuste al valor

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

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

Ahora respecto al último problema jurídico, es preciso indicar que mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes. Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en



13-001-33-33-003-2015-00119-01

todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

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

4.7. Condena en Costas.

Conforme al artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del Código de General del Proceso –C.G.P.- se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, se tiene que el recursos interpuesto fue resuelto parcialmente favorable a la parte demandada, como quiera que se modificó la sentencia de primera instancia en cuanto a revocar el reconocimiento de reajuste de la sanción y corregir el cálculo de la misma, dándosele aplicación plena a las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En ese orden de ideas, se abstendrá la Sala de condenar en costas.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.





13-001-33-33-003 2015-00119-01

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, para establecer que el periodo de mora corresponde al comprendido el 21 de junio de 2013 hasta el 6 de marzo de 2014, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia".

TERCERO: REVOCAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en tanto dispuso una fórmula de actualización de las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria, conforme a la parte motiva de esta providencia.

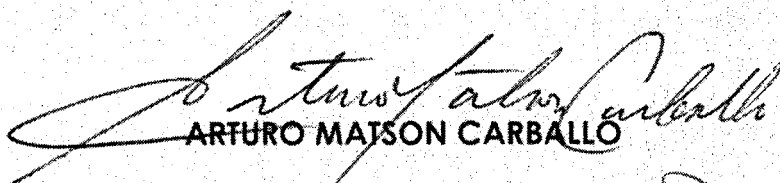
CUARTO: Sin condena en costas en segunda instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

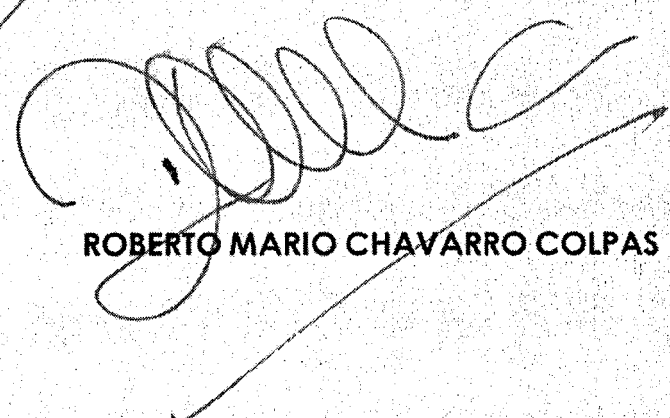
Constancia: El proyecto de esta Sentencia fue considerado y aprobado en Sala de decisión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

(Ausente en comisión)


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procedimiento de Casación N.º 01 de 2015, 11-07-2011

