



13-001-33-33-007-2015-00257-02

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	13-001-33-33-007-2015-00257-02
Demandante	DORA DEL SOCORRO MARTINEZ
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTROS
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 Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, en fecha 7 de octubre de 2016, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por la señora DORA DEL SOCORRO MARTINEZ 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 y nulidad de un acto ficto configurado el día 16 de octubre del 2014, presuntamente por el silencio administrativo generado por el no reconocimiento y pago de la sanción moratoria a que tiene derecho el demandante, por el pago tardío de sus cesantías.

Como consecuencia de las anteriores afirmaciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados a partir de los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía a favor de la demandante por concepto de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías conforme a lo ordenado en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

2.1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen así:



13-001-33-33-007-2015-00257-02

A fecha 15 de Enero de 2013, la señora Dora del Socorro Martínez 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 2155 del 28 de octubre de 2013, le fue reconocida la liquidación parcial de cesantía solicitada con disponibilidad de dinero para su retiro en entidad financiera – BBVA el día 29 de noviembre y retirada efectivamente por la demandante el día 06 de diciembre de 2013.

Señala la demandante que transcurrió un periodo de 212 días (fl.14), 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, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria generada por el pago de la cesantía de acuerdo a la Ley 244 de 1995, pero la entidad demandada negó dicha solicitud por medio de acto ficto a causa del silencio administrativo configurado el día 16 de octubre del 2014.

La apoderada de la parte demandante, fundamenta su argumento en los articulo 1 y 2 de la ley 244 de 1995 la cual establece el tiempo para expedir la resolución de reconocimiento y pago de las cesantías si se cumple con el lleno de los requisitos y el termino con el que la entidad pública pagadora dispone para cancelar la prestación social solicitada. Además los artículos 4 y 5 de la Ley 1071/2006 disponen los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante comunicación presentada por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (fl.37-50), con fecha 17 de noviembre del 2015, la apoderada – Dra. Ana Raquel Miranda de la Hoz se pronuncia oponiéndose a cada una de las pretensiones instauradas por la parte demandante por carecer de fundamentos hecho y de derecho que avalen su prosperidad, y responde de cada uno de los hechos planteados en la demanda así:

- De los hechos No. 1 al No. 3: considera que es una apreciación jurídica y valorativa.
- Del hecho 4: admite que se reconoció la cesantía solicitada
- Al hecho No. 5: afirma que es cierto
- Al hecho No. 6 y 7: considera que no son hechos sino apartes normativos
- Al hecho No. 8: considera que no es cierto que es una interpretación jurídica errada de la parte demandante



13-001-33-33-007-2015-00257-02

- Al hecho No. 9 afirma que es cierto que presentó escrito solicitando la indemnización de sanción moratoria.

Además propone las siguientes excepciones:

- **INEXISTENCIA DEL DERECHO POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA**, teniendo en cuenta que la pretensión de la parte demandante se base en una norma, esta debe aplicarse de manera integral.
- **BUENA FE**, mediante la cual la parte demandada ha actuado, procediendo de acuerdo a los lineamientos normativos.
- **EXCEPCIÓN GENÉRICA O INNOMINADA**, aplicable en este proceso, cuando el juez halle probado los hechos deberá reconocerla oficiosamente en su pronunciamiento, lo anterior en disposición del artículo 282 del C.G.P.
- **COMPENSACIÓN**

Concluyendo el apoderado de la parte demandada, que a la señora Dora del Socorro Martínez, no le asiste derecho a la pretendida sanción moratoria debido a que las disposiciones que reglamentan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no contemplan la indemnización moratoria por el no pago oportuno, y señalan que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

El departamento de Bolívar a través de apoderado judicial presentó escrito de contestación de la demanda, pronunciando sobre las pretensiones y condenas establecidas en el contenido de las pretensiones del demandante, resistiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las peticiones formuladas por carencia de fundamentos facticos y jurídicos y proponiendo como excepciones:

- **LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**, ya que es esta la que la identificación cabal del demandado es una exigencia que se establece en la Constitución Política de Colombia y en el Decreto 2591 de 1991.
- **EXPRESA PROHIBICION LEGAL**, analizado desde el artículo 21 de la Ley 715 de 2001, mediante la cual ordena en cuanto al límite del crecimiento de los costos, que "(...)....Los departamentos, distritos y municipios no podrán autorizar planta de personal docente o administrativo a cargo del sistema general de participaciones, que superen el monto de los recursos de este".
- **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION LEGAL**, ya que no es obligación legal del departamento de Bolívar, asumir el pago moratorio de las pretensiones de la demanda, toda vez que esta corresponde a una prestación social a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; por consiguiente no corresponde al erario del departamento.
- **LA GENERICA**, la que se encuentre probada por el juez de primera instancia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho.



13-001-33-33-007-2015-00257-02

2.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

A través de fallo judicial del 7 de octubre de 2016, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena (fl. 112-126), el cual accedió a conceder las pretensiones incoadas por el demandante, y por consiguiente se declaró la nulidad del acto ficto configurado el día 16 de octubre de 2014 por parte de la Secretaria de Educación del departamento de Bolívar en nombre y representación de la Nación Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que por su silencio administrativo se presume que niega la solicitud de reconocimiento y pago de los intereses y la sanción moratoria de las cesantías de la señora DORA DEL SOCORRO MARTINEZ CAMPO; siendo que la nulidad solo se establece para el pago de la sanción moratoria, toda vez que se demostró la mora en el pago de las cesantías a favor de la demandante.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, el juzgado de primera instancia condenó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar a favor del demandante, la totalidad de los días que retardaron el pago de las cesantías, lo cual equivale a la suma de DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS DIECINUEVE MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS (\$19'319.520.00), correspondientes a 220 días, debido a la sanción moratoria

III. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- ✓ El 14 de marzo 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 Interlocutorio de fecha 10 de mayo de 2017, el Magistrado Ponente admitió el recurso de apelación en contra de la Sentencia de primera instancia de fecha 7 de octubre 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. 9).
- ✓ La parte demandada presentó sus alegatos de conclusión (FL. 12-16) el día 12 de septiembre de 2017, mediante consecutivo 20170949451.
- ✓ El Ministerio Público no presento escrito de concepto frente al tema.
- ✓ Finalmente el proceso entra al Despacho 005 para su pronunciamiento de fondo (fl.17).

3.1. EL RECURSO DE APELACIÓN DEL DEMANDADO



13-001-33-33-007-2015-00257-02

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 7 de octubre de 2016 (fl.134-140).

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

Destaca además, que para el caso específico de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye entonces el procedimiento especial aplicable, de lo que se precisa que dicho procedimiento, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.

3.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público rindió no se pronunció frente al presente asunto,

3.3. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

3.3.1 PARTE DEMANDANTE

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

3.3.2 PARTE DEMANDADA

La parte demandada presentó alegatos de segunda instancia dentro del proceso (fl.12-16), 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



13-001-33-33-007-2015-00257-02

una disposición legal de carácter general por la Ley 1071 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 C.P.A.C.A., 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 C.P.A.C.A., 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

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?

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?



13-001-33-33-007-2015-00257-02

5.3 Tesis de la Sala

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

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

5.4 Material probatorio relevante al caso.

Se destacan las siguientes pruebas:

- 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, (fl.18 – 19).
- Resolución N° 2155 del 28 de octubre de 2013, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la señora DORA DEL SOCORRO MARTINEZ CAMPO, según la petición realizada el 15 de enero de 2013 No. 2013-CES-000886, (fl. 20 – 22).
- Constancia de pago proferido por el banco BBVA, de fecha de pago 22 de enero de 2014, en la cual consta de un pago al señor Emilio Buenaventura Flórez Herrera (fl. 22- 23).
- Certificado de salarios y/o comprobante de pago (fl. 24).
- Petición realizada a la entidad

5.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

➤ De las cesantías.

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

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



13-001-33-33-007-2015-00257-02

- 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, 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 3º 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 5º 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.



13-001-33-33-007-2015-00257-02

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 3º del decreto 1919 de 2002¹, los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.

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

➤ De la sanción moratoria.

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

"ARTÍCULO 1º. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

¹ 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.



13-001-33-33-007-2015-00257-02

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 2º ibídem, establece que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

“ARTÍCULO 2º. 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 2º 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 4º. 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.



13-001-33-33-007-2015-00257-02

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 cubre también las parciales que soliciten los servidores públicos. De donde, no hay lugar a exigir el retiro del servidor público.

De estas disposiciones, se tiene una reglamentación para el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado: a) dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación por parte del peticionario, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento deberá expedir la resolución correspondiente y b) la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir del cual, quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de la prestación, para cancelarla, es preciso anotar que con la entrada en vigencia de la LEY 1437 DE 2011 el término de ejecutoria es de 10 días, esto conforme a lo dispuesto en su artículo 76². 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.**

² 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.
(...)



13-001-33-33-007-2015-00257-02

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.

5.6 CASO EN CONCRETO

5.6.1 HECHOS PROBADOS.

Mediante Resolución de reconocimiento de Cesantía Parcial N° 2155 del 28 de octubre de 2013 (fl.20-23) se puede demostrar que la señora Dora del Socorro Martínez Campo fue docente de vinculación Nacional desde el 17 de enero de 1994 hasta el 30 de diciembre de 2011, al servicio del Departamento de Bolívar; es decir en vigencia de la Ley 91 de 1989, a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así mismo se puede observar a (fl.18 – 19) que el demandante realizó petición de reconocimiento de la sanción moratoria en fecha 16 de julio de 2014 invocando la ley 1071 de 2006.

Ahora bien, a folio 22, se puede observar notificación de la resolución 2155 sellada por el Banco BBVA, de fecha de pago 06 de diciembre de 2013, con valor de suma reconocida por veintiséis millones cincuenta y seis mil cuarenta y siete pesos (\$26.056.047.00), a favor de la señora Dora del Socorro Martínez Campo, mediante la cual estipula que el pago se realizar cuando le corresponda el turno y exista la disponibilidad presupuestal.

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 15 de enero de 2013 la señora Dora del Socorro Martínez Campo, presentó solicitud ante la Secretaría de Educación Departamental, con destino al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendiente al reconocimiento y pago de cesantías definitivas.



13-001-33-33-007-2015-00257-02

La Secretaría de educación, en representación de la Nación –Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió la Resolución N° 2155 del 28 de Octubre de 2013, reconociendo a favor del actor la suma de veintiséis millones cincuenta y seis mil cuarenta y siete pesos (\$26.056.047.00), como cesantías definitivas (fl.22), de los cuales ordenó descontar la suma de trece millones novecientos veintitrés mil seiscientos noventa y dos pesos M/CTE (\$ 13.923.692), por concepto de cesantías parciales, quedando un saldo de doce millones ciento treinta y dos mil trescientos cincuenta y cinco pesos (\$12.132.355.00), que se pagaron efectivamente el 6 de diciembre de 2013 (fl.22).

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 [...].

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. [...]"³.

Ahora bien, desde la fecha en que la parte accionante radicó, en debida forma la solicitud de pago de cesantías definitivas, ello es el 15 de enero de 2013 y de acuerdo a los términos perentorios en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio representado por el Ministerio de Educación Nacional, contaba con 70 días en este caso en concreto para cancelar el valor de las cesantías contados a partir de la radicación de la solicitud, esto es 15 días para expedir el acto administrativo, 10 de ejecutoria

³ Consejo De Estado, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 De 2016.



13-001-33-33-007-2015-00257-02

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 (15 de enero de 2013), el pago de la cesantía debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día 26 de abril 2013, y no como equivocadamente lo concluyó el A Quo, el 19 de abril de 2013. Como se probó que el dinero se puso a disposición de la interesada sólo hasta el día 29 de noviembre de 2013, la Sala concluye que el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías.

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

Por lo precedente, la demandante tiene derecho a la reclamación por concepto de sanción moratoria a la entidad demandada durante el tiempo en que se retardó el pago de su cesantía, es decir, desde el día 27 de abril de 2013 hasta el 28 de noviembre de 2013.

Conforme lo precedente y como en la Sentencia de primera instancia, el Juez concluyó que la mora se generó desde el 22 de abril de 2013 al 28 de noviembre de 2013 y la oportunidad para reconocer y pagar las cesantías en el pago de las cesantías era 70 días, deberá modificarse el **NUMERAL SEGUNDO**, pero teniendo en cuenta, que la fecha contabilizada para determinar la sanción moratoria que estimó el a quo fue de doscientos veinte (220) días y los días de mora efectivamente contabilizados corresponden al periodo comprendido entre el día 27 de abril del 2013 hasta el 28 de noviembre del 2013 (ver Tabla No.1), se modificará parcialmente esta decisión, para no empeorar la situación del apelante único. De tal manera, se garantiza el derecho del FOMAG como apelante único y se salvaguarda el patrimonio público así como el ordenamiento jurídico; consustanciales a los argumentos de alzada.

Tabla No.1

EVENTO	Fechas reales
Radicación de la solicitud de reconocimiento de cesantías	15 de enero de 2013
Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación	28 de octubre de 2013
Expedición del proyecto por parte de la Fiduciaria	-
Notificación del Acto Administrativo aprobado	12 de noviembre de 2013
Ejecutoria del Acto de reconocimiento	-
Remisión del Acto ejecutoriado a la fiduciaria para el pago	29 de noviembre de 2013
Pago de las Cesantías	29 de noviembre de 2013
Radicación de la solicitud de sanción moratoria	16 de julio de 2014



13-001-33-33-007-2015-00257-02

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

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

VI. Condena en Costas.

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

En ese sentido, se tiene que el recurso interpuesto fue resuelto parcialmente favorable a la parte demandante, como quiera que se modificó la Sentencia de primera instancia en cuanto a corregir el periodo de mora en el pago parcial de la



13-001-33-33-007-2015-00257-02

cesantía reconocida a la demandante, dándosele aplicación plena a las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

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

VII. DECISION

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la Sentencia de fecha 7 de Octubre de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO de la Sentencia 7 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, para establecer que el periodo de mora corresponde al comprendido del 27 de abril de 2013 hasta el 28 de noviembre de 2013, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta Sentencia.

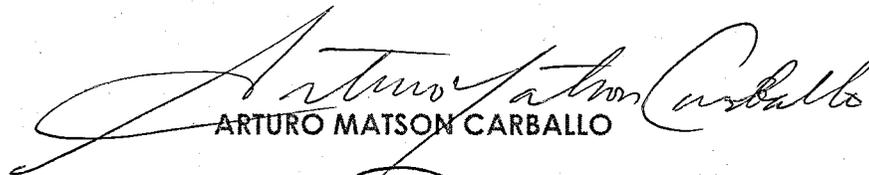
TERCERO: Sin condena en costas en segunda instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: 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