



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

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-011-2015-00347-01
Demandante	JENNY VERGARA GÓMEZ
Demandado	MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	ARTURO MATSON CARBALLO
Tema	SANCION MORATORIA DE DOCENTE

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala Fija de Decisión 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, procede a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena en fecha 12 de octubre de 2016, mediante la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurado por la señora JENNY VERGARA GÓMEZ contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

II. ANTECEDENTES

2.1 LA DEMANDA

2.1.1. PRETENSIONES

Que se declare la nulidad del oficio 2014RE5433 del 15 de diciembre de 2014 frente a la petición presentada el día 9 de diciembre de 2014, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la demandante, establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

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



13001-33-33-011-2015-00347-01

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:

La accionante laboró como docente y le solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de las cesantías el 20 de junio de 2011.

Por medio de la Resolución 4408 de 23 de noviembre de 2011 le fueron reconocidas las cesantías solicitadas, las cuales fueron puestas a disposición para pago el 14 de mayo de 2012.

Debido a que la demandada pagó las cesantías de manera tardía, la demandante el 9 de diciembre de 2014 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, petición que fue negada mediante el acto demandado.

2.1.3. NORMAS VIOLADAS

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

Ley 91 de 1989: Artículos 5 y 15
Ley 244 de 1995: Artículos 1 y 2
Ley 1071 de 2006: Artículos 4 y 5

2.1.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Ley 91 de 1989. Artículo 2 numeral 5

La demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizada y la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, situación por la que la sanción moratoria está a cargo de la demandada y está obligada a responder por la situación.

- Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006



13001-33-33-011-2015-00347-01

Indicó que la demandada dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2º de la misma ley, tiene un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo para cancelar la prestación.

Adujo la accionante que se transgredieron las disposiciones normativas citadas por cuanto se desconocieron los términos o plazos establecidos para el reconocimiento y pago de las cesantías y al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, con lleva el hecho de haber expedido el acto de reconocimiento en términos que excedieron los establecidos en la norma, o por el hecho de haberse expedido oportunamente el acto de reconocimiento pero por no haber realizado el pago de los dineros reconocidos en el acto dentro del tiempo máximo que el precepto legal establece, se transgrede la norma y se desconoce el espíritu bajo el cual la misma fue desarrollada.

Señaló, así mismo, que la Ley 244 de 1995 fue sustituida por la Ley 1071 de 2006, es claro que la intención del legislador, fue buscar que una vez el empleado quedara cesante en su empleo, pueda obtener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perder su trabajo.

Agregó que el espíritu garantista de la ley 1071 de 2006 al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía, está{a siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, obviando la protección de los derechos del trabajador, haciéndose el Fondo de Prestacional del Magisterio acreedor de la sanción que corresponde por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El a quo tuvo por no contestada la demanda oportunamente.

2.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

13001-33-33-011-2015-00347-01

A través de fallo judicial del 12 de octubre de 2016, el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cartagena¹ accedió a las pretensiones incoadas por el demandante, al concluir que se encontraba probada la situación de hecho que exige el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 para que haya lugar al reconocimiento de la sanción moratoria, esto es, estar acreditado el no pago dentro del término los cuarenta y cinco (45) días hábiles.

En efecto para el a quo, transcurrieron 190 días de mora, comprendidos entre el 4 de noviembre de 2011 – fecha en la que se debió cancelar las cesantías parciales a la demandante – y, el 14 de mayo de 2012, fecha en que efectivamente se puso a su disposición para pago. Por consiguiente se condenó a la demandada a pagar a favor de la señora JENNY VERGARA GÓMEZ, un suma equivalente a SIETE MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS MCT. (\$7.997.803), por concepto de sanción moratoria.

III. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- ✓ El 3 de marzo de 2017 fue repartido el proceso en segunda instancia al Tribunal Administrativo de Bolívar, correspondiéndole por reparto al Despacho 005 (FL.3 Cuaderno de 2º instancia)
- ✓ Por auto del 30 de mayo de 2017, el Magistrado Ponente admitió el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia de fecha 12 de octubre de 2016 (Fl. 5).
- ✓ Posteriormente, mediante providencia del 4 de septiembre de 2017, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que si a bien lo tenía emitiera concepto. (Fl. 9)
- ✓ La parte demandada presentó sus alegatos de conclusión (FL. 13-17)
- ✓ Finalmente el proceso entra al Despacho 005 para su pronunciamiento de fondo.

3.1. DEL RECURSO DE APELACIÓN²

La apoderada de la demandada presentó y sustentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 12 de octubre de 2016, solicitando se revoque la decisión adoptada, y en consecuencia se nieguen las pretensiones de la demanda, exonerando de responsabilidad alguna a la demandada.

¹ Folios 83-89

² Folios 95-102



13001-33-33-011-2015-00347-01

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

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

Finalmente señala que debió efectuarse el estudio del caso concreto con base en la ley 1071 de 2006, al tener la calidad de servidor público la demanda, 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, esto es, que las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que paga FOMAG serán efectuadas a través de la Secretaría 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, por no ser la encargada de conformidad con lo antes dicho.

13001-33-33-011-2015-00347-01

3.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público rindió concepto frente al presente asunto, solicitado se confirme en todas sus partes el fallo proferido por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, al estar demostrado el derecho que le asiste a la señora JENNY VERGARA GÓMEZ.

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 DEMANDADA³

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

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

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

V. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

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

³ Folios 11-16 cuaderno de segunda instancia



13001-33-33-011-2015-00347-01

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 modificará parcialmente la sentencia de primera instancia, en su numeral segundo, pues 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 65 días hábiles.

5.4 Material probatorio relevante al caso.

Se destacan las siguientes pruebas:

- 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, radicado en fecha 9 de diciembre de 2014. Folio 19-20



13001-33-33-011-2015-00347-01

- Oficio N° 2014RE5433 de fecha 15 de diciembre de 2014, a través del cual la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor de la señora JENNY VERGARA GÓMEZ. (Fls 21-22)
- Copia de la Resolución N° 4408 de fecha 23 de noviembre de 2011, a través del cual la Secretaría de Educación Distrito, reconoce y paga la señora JENNY VERGARA GÓMEZ, la suma equivalente a SEIS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MCT. (\$6.296.282), por concepto de liquidación parcial de cesantías. (Fls 23 – 25)
- A folio 26 del expediente obra constancia de que el valor de las cesantías fue puesto a disposición para pago a la demandante el 14 de mayo de 2012 a través del Banco BBVA.

5.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

❖ De las cesantías.

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

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



13001-33-33-011-2015-00347-01

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..."

13001-33-33-011-2015-00347-01

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 2002⁴, 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

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.



13001-33-33-011-2015-00347-01

y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social."

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

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

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

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

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

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

Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo 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

13001-33-33-011-2015-00347-01

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 la 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 01 de 1984, el término de ejecutoria era de 5 días, esto conforme a lo dispuesto en su artículo 51.

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

Radicación de la solicitud	20 de junio de 2011
Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación (15 días)	Hasta el 13-07-2011
Ejecutoria del acto administrativo (5 días)	Hasta el 21-07-2011
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 23-09-2011



13001-33-33-011-2015-00347-01

El 20 de junio de 2011 la accionante presentó solicitud ante la Secretaría de Educación Departamental, con destino al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendiente al reconocimiento y pago de cesantías definitivas⁵.

La Secretaría de Educación, en representación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió la **Resolución No. 4408 del 23 de noviembre de 2011**, reconociendo a favor de la accionante, la suma de \$6.296.282 como cesantías parciales. Conforme a la afirmación indefinida en el hecho quinto de la demanda y el oficio dirigido por la Fiduciaria La Previsora⁶, la suma reconocida fue puesta a disposición de la demandante el 14 de mayo de 2012.

Ahora, 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. [...]"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 20 de junio de 2011 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

⁵ En atención a los considerandos de la Resolución 4408 del 23 de noviembre de 2011

⁶ Fl. 26

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





13001-33-33-011-2015-00347-01

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 45 días para expedir el acto administrativo, 5 de ejecutoria del acto de conformidad con el Decreto 1 de 1984 -Código Contencioso Administrativo- y 15 días más para el pago, venciéndose dicho trámite el 23 de septiembre de 2011, lo que no cumplió abriéndose paso a la indemnización moratoria alegada, conforme a la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa.

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.

Ahora bien, respecto al caso en concreto el Juez de primera instancia consideró que los términos para efecto de reconocimiento son los contemplados en el Decreto 2831 de 2005, por ser norma especial y específica para los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que contaba la entidad con 43 días hábiles para la aprobación expedición y ejecutoria del acto administrativo y con 45 días hábiles para para proceder al pago de las cesantías definitivas, siendo en realidad 65 días para cancelar el valor de las cesantías contados a partir de la radicación de la solicitud, debiendo modificarse en ese sentido porque favorece a la demandante. La mora en que se incurrió va desde el 26 de septiembre de 2011 hasta el 14 de mayo de 2012.

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 ordinal tercero de la providencia apelada, en el sentido de no ordenar el ajuste de los valores que resulten a favor del demandante.

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

13001-33-33-011-2015-00347-01

Ahora respecto al segundo 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 adelanta a través de la Secretaría de Educación a la cual se encuentre vinculado el docente, su reconocimiento corresponderá a dicho Fondo.

VII. DECISIÓN

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

FALLA



13001-33-33-011-2015-00347-01

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de fecha 12 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, el cual quedará así:

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: Reconocer y pagar a favor de la demandante, por concepto de sanción moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de mora, a partir del periodo comprendido entre el 23 de septiembre de 2011 hasta el 14 de mayo de 2012, prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

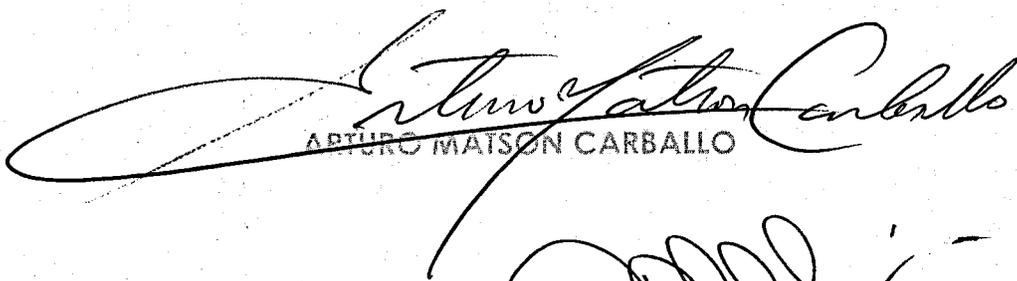
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

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

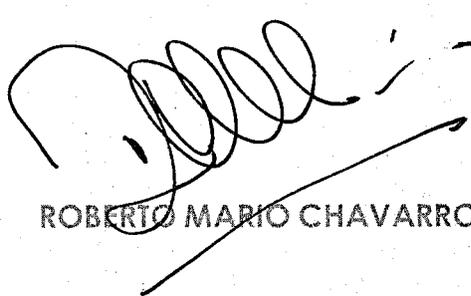
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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