

13001-23-33-000-2016-00145-00

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13001-23-33-000-2016-00145-00
Demandante:	Gloria Isabel Posada Saavedra
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Departamento de Bolívar
Tema	Sanción por mora en el pago de cesantías a docentes oficiales
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación emitir fallo de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

## III. ANTECEDENTES

### 3.1. Demanda

#### a). Pretensiones

La señora Gloria Isabel Posada Saavedra, presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y al Departamento de Bolívar – Secretaría de Educación Distrital, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

1. Declarar la existencia del acto ficto configurado el día 6 de julio de 2015, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 6 de abril de 2015, por el pago tardío de las cesantías a mi representado.

2. Declarar la nulidad acto ficto configurado el día 6 de julio de 2015, frente a la petición presentada el día el día 6 de abril de 2015, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su 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.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- (vinculado Departamento de Bolívar - Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, por tener interés en las resultas del proceso), le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su 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 entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.



CONDENAS

1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - (vinculado Departamento de Bolívar - Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, por tener interés en las resultas del proceso) a que se le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su 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 entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
2. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - (vinculado Departamento de Bolívar - Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, por tener interés en las resultas del proceso) a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).
3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - (vinculado Departamento de Bolívar - Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, por tener interés en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.
4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - (vinculado Departamento de Bolívar - Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, por tener interese en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCION MORATORIA reconocida en esta sentencia.
5. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - (vinculado Departamento de Bolívar - Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, por tener interés en las resultas del proceso) de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

**b). Hechos**

Para sustentar sus pretensiones la demandante, afirmó, en resumen, lo siguiente:

En su condición de docente oficial radicó el 20 de junio de 2013 ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías, las cuales fueron reconocidas



13001-23-33-000-2016-00145-00

mediante Resolución No. 1617 de 2 de julio de 2014 y pagadas el 6 de febrero de 2015.

Como solicitó las cesantías el 20 de junio de 2013, el plazo para pagarlas vencía el 24 de septiembre de 2013, pero fueron consignadas efectivamente el 6 de febrero de 2015; por lo que transcurrieron 491 días de mora, contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para pagarlas.

El 6 de abril de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la cual fue negada mediante el acto administrativo ficto demandado.

**c). Normas violadas y concepto de la violación.**

La demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15.
- Ley 244 de 1995. Artículos 1 y 2.
- Ley 1071 de 2006. Artículos 4 y 5.

Como concepto de su violación manifestó que el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en algunos eventos, ha demorado hasta 5 años; contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que son canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud.

En virtud de esta circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se estableció un término de 15 días después de radicada la solicitud para resolver la solicitud y 45 días después de expedido el acto administrativo de reconocimiento, para cancelarlas.

Sin embargo, a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago de las cesantías, no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, la entidad demandada paga las cesantías por fuera de este término, lo que genera una sanción equivalente a un día de salario por cada día demora, con posterioridad al día 65 y hasta cuando se efectúe el pago.

La Ley 91 de 1989, en su artículo 2, establece que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de su promulgación son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sostuvo que tiene la calidad de nacional o nacionalizado y la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989,



13001-23-33-000-2016-00145-00

por lo que el pago de la sanción moratoria está a cargo de la entidad demandada.

A pesar de que dicha Ley fue sustituida por la ley 1071 de 2006, fue clara la intención del legislador de buscar que, una vez el empleado quedara cesante en su empleo, pudiera obtener rápidamente unos recursos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos por la pérdida de su trabajo.

Inicialmente la sanción solo hacía referencia a las cesantías definitivas, pero con la entrada en vigencia de la Ley 1071 de 2006, la protección consistente en que el trabajador pudiera obtener su pago de la cesantía antes de los 65 días después de radicada la solicitud fue ampliada a la cesantía parcial.

### 3.2. Contestación.

a). **El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** se opuso a las pretensiones por las razones que enseguida se resumen.

La Ley 91/89 establece que el pago de las prestaciones sociales de los docentes está a cargo del Fondo, y el artículo 2 del Decreto 2831 del 2005 establece el procedimiento a seguir frente a las solicitudes de reconocimiento y señala que deberán ser radicadas en la Secretaría de Educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada, a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del FOMAG.

El Fondo es quien tiene la función del pago de las prestaciones sociales; sin embargo, se diseñó un trámite en el que se encomienda a las secretarías el trámite de solicitudes en general y la expedición del acto de reconocimiento y, por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria - FIDUPREVISORA S.A.-, la administración de los recursos del Fondo y el pago de las prestaciones reconocidas, luego de contar con el acto administrativo emitido por la Secretaría de Educación y previo trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente, conforme a derecho y a la mayor brevedad posible, según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los actos administrativos mencionados llevan inherente una condición suspensiva, que en el presente caso es la disponibilidad presupuestal con la que cuenta según los recursos provenientes de Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y esta sujeción a las decisiones del Ministerio es la que precisamente influye en el pago tardío que aduce el actor.



13001-23-33-000-2016-00145-00

La Corte Constitucional exige respetar el orden de las solicitudes de pago y tener en cuenta la disponibilidad presupuestal. Por lo tanto, se desconocen los principios y la jurisprudencia constitucional, cuando se reconoce intereses moratorios y/o indexación en casos en que se pagan efectivamente las cesantías atendiendo el turno de atención correspondiente y la asignación presupuestal destinada para tal efecto, de acuerdo al principio de Igualdad.

Las etapas, términos y demás formalidades para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG, está consagrado en el Decreto 2831 de 2005, que reglamentó el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

Dicho procedimiento especial *"...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." Lo anterior, porque "en materia sancionatoria, al igual que en el derecho penal, opera el principio de interpretación restrictiva de la norma, es decir, que las normas que establecen sanciones o que fijan límites a los derechos se deben interpretar a la determinación literal de la conducta que se sanciona, quedando proscrita todo tipo de interpretación extensiva, analógica o deductiva.*

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, genéricas e innominadas y buena fe, con el argumento de que la entidad ha cancelado al demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas causadas a su favor, así como tampoco existe sustento normativo (fs. 49-60)

### 3.3. Trámite

La demanda se admitió mediante auto de 28 de julio de 2016 (f. 35).

Mediante auto de 2 de mayo de 2017 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 77); el 22 de septiembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia (fs. 82-71).

### 3.4. Audiencia inicial

#### 3.4.1 Fijación del litigio

Corresponde a la Sala establecer con base en las pruebas que se recauden en el proceso, si la señora Gloria Isabel Posada Saavedra en su calidad de docente



13001-23-33-000-2016-00145-00

al servicio del Estado, tiene derecho con fundamento en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 a que la entidad demandada le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, los cuales fueron reconocidas mediante Resolución N° 1617 del 2 de julio de 2014. En caso afirmativo, si se debe declarar la nulidad del acto demandado y acceder al restablecimiento del derecho solicitado.

### 3.4.2. Audiencia de pruebas

Atendiendo a que no había pruebas que practicar, se prescindió de la realización de la audiencia de pruebas, conforme a lo dispone el inciso final del artículo 179 del C. P. A. C. A.

### 3.4.3. Alegatos

Mediante decisión proferida en audiencia inicial del 22 de septiembre de 2017, se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito, para cuyo efecto se les concedió un término máximo de diez (10) días de conformidad con el numeral 2° del artículo 181 del C.P.A.C.A.

**a) El Agente del Ministerio Público** rindió concepto y solicitó que se accediera parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenando el pago de la sanción moratoria desde el 1 de octubre de 2013 hasta la fecha en que se hizo efectivo el pago, como lo ordena la Ley 244 de 1995, con las modificaciones de la Ley 1071 de 2006.

Sin embargo, solicitó que se denegara la actualización monetaria según lo sostenido por el Consejo de Estado en proveído de 17 de noviembre de 2016, en Sección Segunda, C.P William Hernández Gómez. (fs. 87 a 90)

**b) El Departamento de Bolívar – Secretaría de Educación Distrital** propuso **i)** falta de legitimación en la causa por pasiva, sosteniendo que el FOMAG es la entidad encargada del pago de dichas prestaciones; **ii)** inexistencia de la obligación legal, pues no existe disposición normativa que obligue al Departamento de Bolívar a realizar dichos pagos; **iii)** expresa prohibición legal, señaló que el artículo 21 de la Ley 715 de 2001 limitó el crecimiento de costos con cargo al Sistema General de Participaciones, prohibiendo la autorización de montos superiores al designado y **iv)** la genérica. (fls. 91 a 93)

**c) El FOMAG** reiteró lo expresado en la contestación de la demanda, señalando que la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías es una disposición legal que no se hace extensiva al sector público. En consecuencia, solicitó denegar las pretensiones de la demanda. (fls. 94 a 99).

**d) El demandante** no alegó de conclusión.

#### IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

#### V.- CONSIDERACIONES

##### 5.1. Cuestiones procesales previas sobre las excepciones propuestas

El apoderado del demandado alegó **a)**. Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma; **b)**. Pago **c)**. Cobro de lo no debido; **d)**. Compensación; **e)**. Buena fe **f)**. Genéricas e innominadas y aunque adujo que se trataba de excepciones, en estricto rigor procesal no son tales, pues no constituyen hechos nuevos con la aptitud de enervar las pretensiones de la demanda, sino razones de defensa que deben ser examinadas por la Sala al momento de abordar el estudio de fondo de la demanda, como en efecto lo hará.

##### 5.2. Problema Jurídico

Consiste en determinar si la demandante tiene derecho a que se reconozca y pague la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, derivada del pago tardío de sus cesantías parciales, y en caso afirmativo, se deberá determinar la entidad obligada al pago.

De reconocerse la sanción moratoria, deberá establecer la Sala establecer si hay lugar a ordenar la indexación de las mismas.

##### 5.3. Tesis de la Sala

La Sala concederá las pretensiones del demandante, toda vez que por ser Docente al servicio del Estado, tiene derecho al reconocimiento de la sanción por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

Además, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo; por lo tanto, de la sanción que se cause por la falta de consignación oportuna de las cesantías.

##### 5.4. Marco normativo y jurisprudencial

##### 5.4.1. De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes.

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo



13001-23-33-000-2015-00801-00

laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda, entre otros.

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

**“Artículo 15: Numeral 3. Cesantías.**

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

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

La norma trascrita no establece la sanción por la mora en el pago de las cesantías a los docentes, generando múltiples decisiones disimiles, en las cuales jueces, magistrados y consejeros de estado han negado y concedido el pago de la sanción, lo que se traduce en una inseguridad jurídica para los administrados al no tener claro si tienen derecho o no al reconocimiento de esta prestación.

El anterior interrogante fue decidido por la Corte Constitucional mediante sentencia de unificación SU-336 de mayo 18 de 2017, al señalar que *“aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en*



13001-23-33-000-2016-00145-00

cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. Lo anterior porque lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. Así mismo, aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.

Acorde con lo anterior, la sanción moratoria se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995 y tiene lugar siempre que al momento del retiro del servicio o de la terminación del contrato, la entidad pública pagadora incumpla los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales. Al respecto señalan los artículos 1 y 2 de la mencionada ley:

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

*PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al petitionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar.*

*Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*

*ARTÍCULO 2º La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

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



13001-23-33-000-2016-00145-00

Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006<sup>1</sup>, así:

*Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.*

*Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, **empleados y trabajadores del Estado** y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.*

*Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:*

- 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.*
- 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.*

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

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

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

*Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

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

*Artículo 6°. Inspección, vigilancia y control. Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las*

<sup>1</sup> 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.



13001-23-33-000-2016-00145-00

prestaciones sociales de los Servidores Públicos, cumplan con los términos señalados en la presente ley.

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

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

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

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

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

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

5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.

En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:

5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.

**5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.**

5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.

5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.

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

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

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

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

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



13001-23-33-000-2016-00145-00

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

(iii) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva.

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

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

Acorde con lo anterior expone el Tribunal los siguientes razonamientos:

1. La vía judicial adecuada para reclamar el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva y la sanción moratoria es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que no existe título ejecutivo.
2. Las cesantías definitivas se pagan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregarse para que disponga de ellas o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese.
3. La liquidación de las cesantías definitivas o parciales deben estar contenidas en una resolución o acto administrativo originado en la petición del interesado.
4. **Presentada la solicitud, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, cuenta con 15 días hábiles para expedir la resolución de reconocimiento.**
5. De conformidad con lo señalado en el artículo 87 del CPACA, la **Resolución de reconocimiento quedará en firme** desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos, o desde el día siguiente al vencimiento del término para interponer recursos cuando estos no fueron interpuestos o respecto de ellos se hubiera renunciado.
6. A partir de la firmeza del acto de reconocimiento, **la entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995 - diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones - cuenta con un término**



13001-23-33-000-2016-00145-00

máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, para hacer efectiva la prestación liquidada, so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

Acorde con lo anterior, debe precisar la Sala que la Ley 91 de 1989, modificada por el Decreto 2831 de 2005, norma que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma especial reguló lo atinente al reconocimiento y pago de las cesantías del sector docente, teniéndose que en la misma no se contempló la figura de la sanción por mora, situación que ha generado controversias y posiciones encontradas al respecto, pues se argumenta por un lado, que al existir norma especial que regula lo referente a las cesantías de los docentes, prevalece esta norma especial sobre la general establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, no pudiéndose hacer extensivas estas últimas a los docentes del sector público; al tiempo que, por otro lado, está la posición contraria que considera que los docentes del sector público, sí tienen derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, en aplicación de los principios de favorabilidad e igualdad material.

Precisa la Sala, que ciertamente la Ley 91 de 1989 regula de manera especial el pago de cesantías para los docentes, y no contempla la sanción moratoria por el retardo en el pago de las mismas; no obstante, el H. Consejo de Estado<sup>2</sup>, en proveído cuyos fundamentos se comparten, ha reconocido sin mayor dificultad la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector público<sup>3</sup>, siendo esta posición, a criterio de esta Sala de Decisión, la que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral y al de igualdad material de los docentes frente a los otros servidores públicos que sí se ven cobijados por dicha prerrogativa; aplicabilidad que igualmente se da, acudiendo a una interpretación finalista de la norma general, que procura que al establecer el auxilio de cesantías en favor de servidores públicos, la administración debe reconocerlo y pagarlo en unos plazos, es decir, no implica que pueda hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa prestación social, la cual es, servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante, de allí, que respecto de la finalidad que llevó a establecer

<sup>2</sup> Consejo de Estado- Sección Segunda del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B", M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación No. 23001-23-31-000-2004-00069-02(0859-08), actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo, sentencia del 21 de mayo de 2009.

<sup>3</sup> En sentencia más reciente, también se aplicó ese criterio: CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B-Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ-Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015)-Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14)-Actor: YANETH LUCÍA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ-Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MUNICIPIO DE IBAGUÉ (TOLIMA)-Referencia: AUTORIDADES NACIONALES - LEY 1437 DE 2011



13001-23-33-000-2016-00145-00

la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías, no es posible que se excluya a los docentes que se podrían encontrar en la misma situación<sup>4</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>4</sup>Tal posición ya había sido aceptada por ésta Corporación en sentencia del diez (10) de julio de dos mil quince (2015), Exp. No. 13001-23-23-000-2013-00569-00-Medio de Control de Nulidad y restablecimiento del derecho- Demandante: HARRY ANTONIO DIAZ MENA y demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FPSM- Magistrado Ponente: HIRINA MEZA RHÉNALIS.



13001-23-33-000-2016-00145-00

*de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.*

*(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[Z1].*

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

En efecto, el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos que deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, con el fin de que asumiera el pago de las prestaciones sociales de los docentes. A su vez, el artículo 9° de la citada ley indica que **las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional**, función que se delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

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

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

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



13001-23-33-000-2016-00145-00

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

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

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

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

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

El artículo 4º ibídem señala que el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la



13001-23-33-000-2016-00145-00

sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

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

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

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

Ahora bien, en decisión de la Subsección "B" de la sección Segunda del H. Consejo de Estado, se hizo un exhaustivo análisis, que comparte en su integridad por esta Sala, respecto de la responsabilidad que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente al reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados, en el que señaló<sup>5</sup>:

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

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



13001-23-33-000-2016-00145-00

*certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente<sup>6</sup>.*

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

La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar<sup>7</sup> una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que **"Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo."** (Negrillas fuera de texto).

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

Sin embargo, para efectos fiscales y patrimoniales, los recursos que se afectan con cualquier decisión relativa a las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, son los de este Fondo, que es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, **está representada por el Ministerio de Educación Nacional** y tiene como finalidad de acuerdo al artículo 5º de la Ley 91 de 1989, el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, es decir de los docentes.

Así las cosas, las condenas relativas o que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que

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

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



13001-23-33-000-2016-00145-00

prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente, no obstante la responsabilidad disciplinaria y fiscal en que incurran los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a eso hubiere lugar.

#### 5.4.3 Legitimación en la causa por pasiva.

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

En efecto, la Ley 91 de 1989, es clara al indicar que las prestaciones sociales que pague el Fondo *serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional*, función que se delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales. Es decir, las secretarías departamentales o distritales, se convierten en el instrumento idóneo para racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no siendo viable por lo tanto atribuirle responsabilidad a quien actúa en delegación por expresa disposición normativa y en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confiere la ley en cita.

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

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

Por lo anterior, la Sala declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Bolívar.



13001-23-33-000-2016-00145-00

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

La falta de disponibilidad o apropiación presupuestal para el pago de cesantías, o la necesidad de atender los turnos en el orden de reclamación, no constituyen un motivo legalmente válido para desconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración tiene la obligación, instituida en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, de tramitar en forma eficiente, tanto la expedición de disponibilidades y registros presupuestales, como la oportuna asignación de los recursos económicos para atender sus obligaciones. Y también tiene la obligación de tramitar y decidir las reclamaciones de prestaciones sociales de conformidad con los términos y condiciones previstos en la Ley 91/89 y el Decreto Reglamentario 2381/05.

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

#### 5.5. Hechos probados.

- El 20 de junio de 2013, la señora Gloria Isabel Posada Saavedra solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, el reconocimiento y pago de cesantías parciales con destino a remodelación de vivienda; la cual fue resuelta mediante **Resolución No. 1617 de 2 de julio de 2014**, en la que se reconoció y se ordenó al Magisterio a través de la FIDUPREVISORA pagar la suma de **\$10.389.233.00**. (fls. 19-21).

- La anterior resolución fue notificada el 26 de septiembre de 2014 (f. 21 respaldo).

- Mediante oficio No. 20150170348041 de 15 de mayo de 2015 emitido por la FIDUPREVISORA, se certificó que el pago de las cesantías se realizó el 26 de enero de 2015 a través del Banco BBVA (fl. 25)

- El 6 de abril de 2015, el accionante solicitó ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. (fls. 26-27).

De conformidad con lo establecido en el artículo 83<sup>8</sup> del C.P.A.C.A., la

<sup>8</sup> **Artículo 83. Silencio negativo.** Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa. En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la



13001-23-33-000-2016-00145-00

administración contaba con el término de 3 meses para resolver la petición formulada; sin embargo, no lo hizo.

Por lo anterior, habiendo transcurrido más de tres (3) meses sin que la administración hubiera resuelto la petición del demandante, se configura la existencia del acto administrativo ficto negativo y así se declarará en esta providencia.

### 5.6. Caso concreto.

El demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el **20 de junio de 2013**, de lo que se infiere que la entidad tenía hasta el 5 de noviembre de 2013 para expedir, ordenar el pago y pagar las cesantías parciales solicitadas, así:

Radicación de la solicitud	<b>20 de junio de 2013</b>
Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación (15 días)	<b>Hasta el 12-07-2013</b>
Aprobación del proyecto por la Fiduciaria (15 días)	<b>Hasta el 02-08-2013</b>
Notificación del acto administrativo (5 días)	<b>Hasta el 12-08-2013</b>
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	<b>Hasta el 27-08-2013</b>
Remisión del acto administrativo a la fiduciaria (3 días)	<b>Hasta el 30-08-2013</b>
Pago de la obligación (45 días)	<b>Hasta el 05-11-2013</b>

Observa la Sala, que la entidad demandada omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley, tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías parciales solicitadas por la demandante.

Las cesantías fueron reconocidas mediante Resolución No. 1617 de 2 de julio de 2014, y pagadas el 26 de enero de 2015; es decir, que desde el día siguiente que tenía la obligación de pagarlas (06-11-2013) hasta el día anterior hábil a la fecha de su pago (23-01-2015) se generaron 444 días de mora, por lo que se dispondrá el reconocimiento y pago de la sanción por los días de mora señalados.

Para la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, referentes a la no aplicación de sanción moratoria en favor de

decisión. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.



13001-23-33-000-2016-00145-00

los docentes por tener un régimen especial, toda vez que tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia SU-336 de mayo 18 de 2017, para el caso de los docentes del sector público también es aplicable la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por criterios de igualdad laboral frente a otros empleados públicos del Estado y atendiendo a una interpretación finalista de la ley.

Adicionalmente, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente, máxime cuando se trata de un empleado como el que aquí demanda.

Conforme a lo anterior, es claro que el acto administrativo ficto o presunto está viciado de nulidad, por vulneración de las normas en que debía fundarse, concretamente, de la Ley 1071 de 2001 modificatoria de la Ley 244 de 1995.

Tampoco es de recibo el argumento del demandado en señalar que es la entidad territorial quien debe comparecer al proceso y asumir el pago de la sanción moratoria, porque tal como lo señaló el Consejo de Estado<sup>9</sup> el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Tal y como se expuso en el marco normativo, la Ley 91 de 1989, es clara al indicar que las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, función que se delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales. Es decir, las secretarías departamentales o distritales, se convierten en el instrumento idóneo para racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no siendo viable por lo tanto atribuirle responsabilidad a quien actúa en delegación por expresa disposición normativa y en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confiere la ley en cita.

Por lo anterior, se precisa que no puede atribuírsele a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, obligaciones que la ley no le ha conferido, pues como se analizó, sus funciones se limitan a la proyección y suscripción de los actos administrativos que reconozcan o nieguen

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A". C. P. Dr. William Hernández Gómez, Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01.



13001-23-33-000-2016-00145-00

prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio, más no le corresponde efectuar o materializar el pago que de ellos emane, toda vez, que es la Fiduciaria con quien ha contratado previamente la Nación – Ministerio de Educación Nacional la que está obligada a tal cometido.

Así las cosas, esta Sala considera que las condenas relativas o que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente, ello, no obstante la responsabilidad disciplinaria y fiscal en que podrían verse incurso los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a eso hubiere lugar, de allí que en el presente caso la condena será dirigida exclusivamente a la Nación –Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos por delegación por la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, radican únicamente en cabeza de la primera.

Por lo anterior, la Sala ordenará a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que reconozca y pague a la actora la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías parciales, desde el día 6 de noviembre de 2013 hasta el 23 de enero de 2015. Así mismo, ordenará la Sala que la liquidación de la condena se realice teniendo en cuenta el salario diario devengado para esas fechas.

#### **- Sobre la pretensión de indexación**

La Sala no accederá a la pretensión de que se indexen las sumas a las que resulta condenada la parte demandada por concepto de la sanción por retardo en el pago de las cesantías.

Dicha pretensión resulta improcedente por las razones que de manera reiterada ha expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en distintas oportunidades, entre ellas al proferir la sentencia de 17 de noviembre de 2016, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" C.P. Dr. William Hernández Gómez, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01, donde expresó lo siguiente:

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

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



13001-23-33-000-2016-00145-00

*Sobre el particular es pertinente citar la jurisprudencia que indica la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda en este punto, a saber: "[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 199616, la jurisprudencia del Consejo de Estado (17) ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]"18 (Subraya de la Subsección).*

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

En aplicación del criterio anterior, que esta Sala negará la pretensión descrita.

#### **- De la prescripción trienal extintiva.**

Por regla general el término de prescripción de tres años se debe contar desde que la obligación se hace exigible y se puede interrumpir por un lapso igual, es decir, por tres años más.

En el presente caso, la sanción moratoria empezó a causarse desde el 6 de noviembre de 2013 hasta el 25 de enero de 2015, como la demandante solicitó el pago de dicha sanción el 6 de abril de 2015, interrumpió el término de prescripción por tres años; por lo anterior, no hay lugar a declarar prescrita ninguna mesada.

#### **- Intereses**

En el evento de que se presenten los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del CPACA, se pagarán los intereses de que trata dicha norma.

#### **5.7. Condena en Costas.**

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que 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, no hay lugar a condenar en costas en el presente caso, toda vez que se accedieron parcialmente a las pretensiones de la demanda, pues no se reconoció la indexación solicitada.



13001-23-33-000-2016-00145-00

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

**VII.- FALLA**

**PRIMERO:** Declarar la configuración del acto ficto o presunto y su correspondiente nulidad en relación con la petición presentada el 6 de abril de 2015.

**SEGUNDO:** Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a que tiene derecho la señora Gloria Posada Saavedra, correspondiente a un (01) día de salario por cada día de mora en el pago de las cesantías parciales, desde el 6 de noviembre de 2013 hasta el 23 de enero de 2015, correspondiente a 444 días, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** Negar la solicitud de indexación.

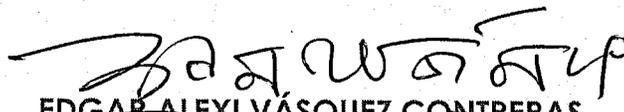
**CUARTO:** No hay lugar a declarar prescripción.

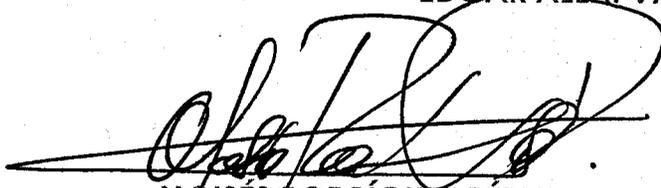
**QUINTO:** Sin condena en costas.

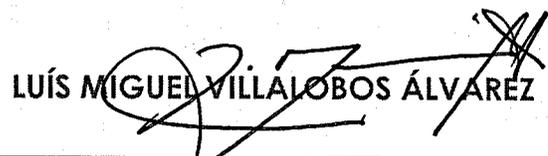
**SEXTO:** La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

**SÉPTIMO:** Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**  
**Los Magistrados**

  
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Medio de Control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13001-23-33-000-2016-00145-00
Demandante:	Gloria Posada Saavedra
Demandado:	Nación - Mineducación - Departamento de Bolívar
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras