



Cartagena de Indias, D. T. y C, Seis (06) de abril de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de Control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado No.</b>	<b>13001-33-33-002-2014-00339-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>ZAMIRO SARMIENTO BAHOQUE – RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>Tema</b>	<b>SANCIÓN MORATORIA DOCENTE</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ</b>

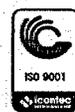
Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia oral de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA<sup>1</sup>

#### 1. 1. PRETENSIONES

Pretende la parte demandante se declare la nulidad del acto administrativo presunto, producto del silencio administrativo negativo por no responder la petición de fecha 16 de noviembre de 2012, negando el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías parciales; y a título de restablecimiento del derecho se ordene el pago de la sanción, debidamente ajustada.





## 1.2 HECHOS

Se señala como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

El señor ZAMIRO SARMIENTO BAHOQUE, el día 5 de mayo de 2009, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a que tenía derecho por laborar como docente mediante vinculación departamental en la Institución Educativa Catalina Herrera en el Municipio de Arjona.

Por medio de Resolución No. 2482 del 8 de enero de 2010, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas, por valor de \$18.359.146; dichas cesantías le fueron canceladas el 18 de mayo de 2010, es decir con una mora de 297 días.

El señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE, el día 15 de marzo de 2010, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a que tenía derecho por laborar como docente mediante vinculación departamental en la Institución Educativa Técnica Industrial Juan Federico Hollman en el Municipio de El Carmen de Bolívar.

Por medio de Resolución No. 3508 del 11 de agosto de 2010, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas, por valor de \$22.314.763; dichas cesantías le fueron canceladas el 8 de abril de 2011, es decir con una mora de 297 días.

## 1. 3 NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE VIOLACIÓN.

Ley 244 de 1995, Artículo 2.

Ley 1071 de 2006, Artículo 5.

En síntesis, señalan que el acto acusado infringe las normas acusadas porque habiéndose producido la mora en el pago de las cesantías parciales a los demandantes, se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, restándole efecto útil a la norma y la capacidad conminatoria de la sanción.



## **2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>2</sup>.**

En sentencia de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016) proferida en curso de audiencia inicial, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Aduce que conforme al criterio de especialidad establecido en el artículo 5° de la Ley 157 de 1887, la norma pertinente para aplicar al procedimiento de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías de los docentes, es el conjunto conformado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, pues no podría aplicarse parcialmente estas disposiciones y también parcialmente el régimen general de la ley 244 de 1995, creando un tercer régimen compuesto por el conjunto antes descrito, dado que dicha situación violentaría el principio de inescindibilidad.

Señala que la sanción por mora en el pago de la cesantía consagrada en el párrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, sanciona a quien incumple con el término preclusivo de 45 días prescrito en el mismo precepto, plazo que no opera frente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que está consagrado en una norma de carácter general, teniendo dicho fondo para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a su cargo una norma de carácter general, además debe atenderse en lo que respecta al derecho sancionatorio, al principio de legalidad, pues no hubo consagración legal de sanción alguna para esta entidad.

## **3. RECURSO DE APELACIÓN<sup>3</sup>.**

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando en esencia lo siguiente:

Adujo que el Juez erró en considerar que los términos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas o parciales, fijados por la Ley 91

<sup>2</sup> Fls. 121 – 125

<sup>3</sup> Fls. 130 - 143.





de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, son distintos a los previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; cuando son los mismos 65 días para efectuar el pago.

Que antes de existir la incompatibilidad entre las disposiciones, lo que existe es una armonía entre una norma sustancial y una instrumental, como protección y garantía al disfrute de los derechos laborales de los docentes en Colombia.

Aunado a lo anterior, solicita la aplicación del precedente jurisprudencial vertical, respecto al derecho controvertido en el presente proceso.

#### **4. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Por auto del 5 de diciembre de 2016 (Fl. 4), se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2016, y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de diez (10) días, para que alegaran de conclusión y rindiera concepto de fondo, respectivamente (Fl. 8).

#### **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

##### **5.1 Parte demandante.<sup>4</sup>**

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y el recurso de apelación.

##### **5.2 Parte Demandada.<sup>5</sup>**

Concluye que a la parte actora no le asiste derecho a la sanción moratoria pretendida, por cuanto en las mismas disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno, y señalan que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

<sup>4</sup> Fls. 11 – 19 cuaderno de segunda instancia.

<sup>5</sup> Fls. 20 – 24 cuaderno de segunda instancia.





## **6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

No emitió concepto.

## **II. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

## **III. CONSIDERACIONES**

### **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.

### **2. Problema jurídico.**

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

*¿Tienen derecho los demandantes a que se les reconozca y pague la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, derivada del no pago oportuno de sus cesantías parciales causadas con ocasión de su desempeño como docentes?*

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, se debe determinar si es a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de



Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde asumir el pago de la sanción moratoria.

### **3. Tesis de la Sala**

La Sala revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, porque contrario a lo afirmado por el A quo, los docentes sí tienen derecho como los demás servidores públicos al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en ese orden, al señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE se le reconocerá la sanción moratoria por el reconocimiento y pago inoportuno de sus cesantías parciales, sin ser procedente su ajuste de valor; así mismo, el cumplimiento del restablecimiento de derecho le corresponde es a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- FOMAG, y no a la FIDUPREVISORA, ni a la entidad territorial, debido a que la primera simplemente administra los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG, y la segunda si bien expide el acto administrativo correspondiente actúa como delegataria de la Nación.

Finalmente, se confirmará el fallo recurrido en cuanto negó las pretensiones del señor ZAMAIRO SARMIENTO BAHOQUE, por haber operado el fenómeno de la prescripción de su derecho a percibir la sanción por mora.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

### **4. Marco normativo y jurisprudencial.**

#### **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 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.

Por su parte, 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 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 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 2° 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.”*

La citada norma fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>6</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*

<sup>6</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.



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 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." (Negritas y subrayas nuestras).

En cuanto a la aplicación de la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, para el caso de los docentes del sector público, en **SU-336 del 18 de mayo de 2017**, la Corte Constitucional precisó que dicho



régimen es aplicable, toda vez que el objetivo del legislador fue desarrollar el inciso final del artículo 53 de la Constitución Nacional, en virtud del cual la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, ya que los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente a los trabajadores por cuanto es el fruto de su sustento y el de sus familias, razón por la cual el pago de la cesantía debe ser oportuno.

En conclusión, la Corte Constitucional considera 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, garantizando en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

#### **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.**

El artículo 3º 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 9º 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:

*"Artículo 2° 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 3° del decreto en cita expresa:

*"Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° 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. (...)**"

Ahora bien, en decisión de la Subsección "B" de la sección Segunda del H. Consejo de Estado, se hizo un exhaustivo análisis que se comparte en su integridad por esta Sala, respecto a 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>7</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 peticionario, 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 certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente<sup>8</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.**

<sup>7</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

<sup>8</sup> En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.





La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar<sup>9</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 5° de la Ley 91 de 1989, el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, es decir de los docentes.

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, 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.

<sup>9</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."



## 5. EL CASO CONCRETO.

### 5.1 Hechos relevantes probados.

5.1.1 El señor ZAMAIRO SARMIENTO BAHOQUE el 5 de mayo de 2009, radicó ante la Secretaría de Educación de Bolívar, solicitud de reconocimiento de cesantías parciales, la cual fue resuelta mediante **Resolución 2482 de 8 de enero de 2010**, ordenándose el reconocimiento de la suma de **\$18.359.146** por concepto de liquidación de cesantías parciales (Fls. 23 - 25); dicha resolución fue notificada personalmente el **27 de enero de 2010** (Fl. 25 Vto.), no habiendo constancia de que contra la misma se haya interpuesto recurso -sólo procedía el recurso de reposición dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación-. Obra en el expediente constancia del pago de las cesantías, de fecha **15 de abril de 2010** (fl. 22).

5.1.2 El señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUES radicó ante la Secretaría de Educación de Bolívar, solicitud de reconocimiento de cesantías parciales, la cual fue resuelta mediante Resolución 3508 de 11 de agosto de 2010, por la cual ordenó reconocer la suma de \$22.314.763, por concepto de liquidación de cesantías parciales (Fls. 31 - 33); dicha resolución fue notificada personalmente el 20 de septiembre de 2010 (Fl. 33 Vto.), no habiendo constancia de que contra la misma se haya interpuesto recurso - sólo procedía el recurso de reposición dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación-; y tiene sello de pagado por caja el día 8 de abril de 2011.

5.1.4 El 16 de noviembre de 2012, los accionantes presentaron petición ante el Ministerio de Educación Nacional solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria. (Fls. 12 - 14)

### 5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Conforme lo señalado en el marco normativo y jurisprudencial citado, se tiene que para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas por los accionantes, la Secretaría de Educación del



Departamento de Bolívar, como Delegataria del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tenía quince (15) días hábiles para dictar el acto de reconocimiento de las cesantías parciales de los docentes demandantes, y remitirlo a la Sociedad Fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del fondo para que, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, impartiera su aprobación o indicara de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informara de ello a la respectiva secretaría de educación; igualmente, la Secretaría de Educación de Bolívar tenía cinco (05) días para la notificación del acto administrativo y cinco (5) días más para que éste quedara ejecutoriado<sup>10</sup>; posteriormente, tres (03) días para la remisión del acto administrativo a la fiduciaria y 45 días hábiles para pagar.

Así mismo, advierte la Sala que 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 los docentes por tener un régimen especial. En torno a dichos argumentos, debe indicarse en primer lugar que, 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, tal como quedó plasmado en el marco normativo y jurisprudencial aquí expuesto.

Además de lo anterior, 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.

Por otro lado, ha de precisar la Sala, tal y como se expuso en el marco normativo de esta providencia que, 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 en las*

<sup>10</sup> De conformidad con el artículo 51 del CCA





entidades territoriales; es decir, en las secretarías de Educación departamentales o distritales; entidades a las cuales no se les puede atribuir responsabilidad alguna a pesar de ser ellas quienes expiden los correspondientes actos administrativos, debido a que actúan como delegatarias de la Nación.

Por lo anterior, se precisa que no puede atribuírsele a la Secretaría de Educación de Bolívar, obligaciones que la ley no le ha asignado, pues como se analizó, sus funciones se limitan a la proyección y suscripción de los actos administrativos que reconozcan o nieguen 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 de Bolívar, radican únicamente en cabeza de la primera.

En consideración a lo expuesto, procederá la Sala a determinar si el acto administrativo acusado 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, respecto de cada uno de los accionantes:



### 5.2.1 ZAMAIRO SARMIENTO BAHOQUE

Se probó que respecto del demandante, se **expidió el acto que reconoció las cesantías parciales contenido en Resolución N° 2482 del 8 de enero de 2010**, y su **cancelación** se hizo efectiva el día **15 de abril de 2010**.

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

Radicación de la solicitud	<b>05-05-2009</b>
Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación (15 días)	<b>Hasta el 27-05-2009</b>
Aprobación del proyecto por la Fiduciaria (15 días)	<b>Hasta el 18-06-2009</b>
Notificación del acto administrativo (5 días)	<b>Hasta el 26-06-2009</b>
Ejecutoria del acto administrativo (5 días)	<b>Hasta el 06-07-2009</b>
Remisión del acto administrativo a la fiduciaria (3 días)	<b>Hasta el 09-07-2009</b>
Pago de la obligación (45 días)	<b>Hasta el 15-09-2009</b>

Como consecuencia de lo anterior, evidencia 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 del accionante, razón por la cual tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria durante el tiempo en que se le retardó el pago de su cesantía, es decir, **desde el 16 de septiembre de 2009 hasta el 14 de abril de 2010**.

### 5.2.2 RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE

En cuanto al demandante, se **expidió el acto que reconoció las cesantías parciales contenido en Resolución N° 3508 del 11 de agosto de 2010**, y su **cancelación** se hizo efectiva el día **8 de abril de 2011**.



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

Radicación de la solicitud	<b>15-03-2010</b>
Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación (15 días)	<b>Hasta el 08-04-2010</b>
Aprobación del proyecto por la Fiduciaria (15 días)	<b>Hasta el 29-04-2010</b>
Notificación del acto administrativo (5 días)	<b>Hasta el 06-05-2010</b>
Ejecutoria del acto administrativo (5 días)	<b>Hasta el 13-05-2010</b>
Remisión del acto administrativo a la fiduciaria (3 días)	<b>Hasta el 19-05-2010</b>
Pago de la obligación (45 días)	<b>Hasta el 27-07-2010</b>

De lo anterior se observa 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 del accionante, por lo que tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria durante el tiempo en que se le retardó el pago de su cesantía, es decir, **desde el 28 de julio de 2010 hasta el 7 de abril de 2011, por un total de 254 días de mora.**

### 5.2.3 Prescripción

Ahora bien, atendiendo a que conforme al marco jurídico que fue expuesto, la sanción moratoria equivale a un día de salario por cada día de retardo en el pago, contados desde el día siguiente al que se hizo exigible la obligación respecto de las cesantías causadas, procede la Sala a determinar si hay prescripción de los derechos de los accionantes -que en el caso de las acreencias laborales corresponde a tres años-.

En el caso del señor ZAMAIRO SARMIENTO BAHUQUE, se tiene que el día 15 de septiembre de 2009 se venció el plazo para el pago de sus las cesantías



parciales, empezando a correr el período de mora a partir del día 16 de septiembre de la misma anualidad; no obstante, la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria fue presentada el día 16 de noviembre de 2012 (Fl. 11), 3 años y dos meses después de haberse hecho exigible el derecho, por lo que se tiene que ha operado el fenómeno de la prescripción de dicha sanción moratoria, razón por la cual esta Magistratura declarará probada la excepción en mención y confirmará la negativa de las pretensiones del demandante, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Respecto del señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE, el día 27 de julio de 2010 se venció el plazo para el pago de las cesantías solicitadas, iniciando el período de mora el 28 del mismo mes y año; sin embargo, observa la Sala que la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria fue presentada el día 16 de noviembre de 2012 (Fl. 11), y la demanda fue presentada el 25 de agosto de 2014 (Fl. 1), por lo que se tiene que no ha operado el fenómeno de la prescripción de los períodos en mora a reconocer a este demandante.

#### **5.2.4 Ajuste de valor**

Por otra parte, para esta Magistratura resulta improcedente el ajuste de valor de la sanción moratoria por las razones que de manera reiterada ha expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en distintas oportunidades, entre ellas 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.*

*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 1996, la jurisprudencia del Consejo de Estado 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 [...]" (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, para la Sala de Decisión no es procedente el ajuste de valor de la sanción moratoria, entre otras razones, en defensa del patrimonio público que resultaría ilegalmente afectado.

### **5.2.5 Restablecimiento del derecho**

Así las cosas, la Sala declarará la nulidad parcial del acto administrativo ficto o presunto de fecha 17 de febrero de 2013, producto de no dar respuesta a la petición de fecha 16 de noviembre de 2012, en la medida en que desconoce el derecho del señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHUQUE a que se le reconozca y pague dentro de los términos de ley sus cesantías parciales, y a que por consiguiente se cancele la mora por el no pago oportuno de las mismas.

En consecuencia, ordenará a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que reconozca y pague al señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHUQUE una sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías parciales, desde el 28 de julio de 2010 hasta el 7 de abril de 2011, equivalente a 254 días de mora; para lo cual, se tendrá en cuenta el salario devengado por el demandante en el término en que transcurrió la mora.

Finalmente, se confirmará el fallo recurrido en cuanto negó las pretensiones del señor ZAMAIRO SARMIENTO BAHUQUE, pero por las razones expuestas en esta providencia, esto es, haber operado el fenómeno de la prescripción de su derecho a percibir la sanción por mora.



#### **6. Condena en Costas.**

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el numeral 5° del artículo 365 del C.G.P., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, a quien se le resolvió parcialmente desfavorable el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

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

#### **IV. FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en cuanto negó las pretensiones del señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE.

**SEGUNDO: DECLARAR** la configuración del acto ficto o presunto negativo de fecha 17 de febrero de 2013, que surgió de la solicitud que los demandantes elevaron al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el día 16 de noviembre de 2012, tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995.

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad parcial del acto ficto o presunto de 17 de febrero de 2013, producto de la solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria elevada por el señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE el 16 de septiembre de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago al señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE de una sanción moratoria equivalente a un (01) día de salario por cada día de mora en el pago de las cesantías parciales, desde el 28 de julio de 2010 hasta el 7 de abril de 2011, equivalente



a 254 días de mora; para lo cual, se debe tener en cuenta el salario devengado por el demandante en el término que transcurrió dicha mora.

**QUINTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada, por las razones expuestas en esta providencia.

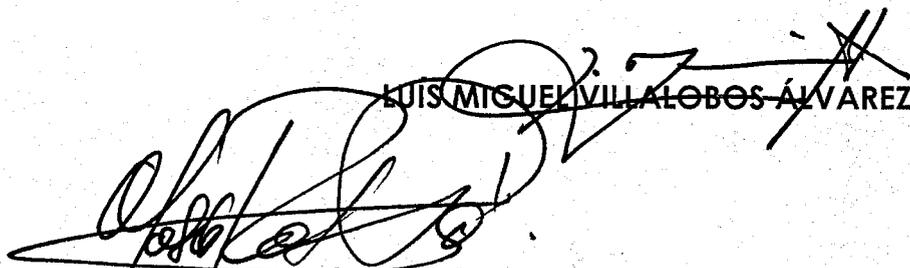
**SEXTO: NO CONDENAR** en costas.

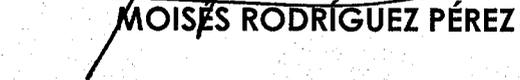
**SÉPTIMO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha, según consta en Acta No. \_\_\_\_

**LOS MAGISTRADOS,**

  
**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ**

  
**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**  
*Ausente con permiso*

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.	13001-33-33-002-2014-00339-01
Demandante	ZAMIRO SARMIENTO BAHUQUE – RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHUQUE
Demandado	NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



*[Handwritten signature]*

*[Faint handwritten text]*