



*Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01*

Cartagena de Indias, D. T. y C, veintinueve (29) de septiembre dos mil diecisiete (2017)

|                           |  |
|---------------------------|--|
| <b>Medio de Control</b>   | <b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>  |
| <b>Radicado No.</b>       | <b>13001-33-33-002-2015-00342-01</b>   |
| <b>Demandante</b>         | <b>LOURDES ÁLVAREZ ALTAFULLA</b>   |
| <b>Demandado</b>          | <b>NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-<br/>FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL<br/>MAGISTERIO - DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR</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 proferida dentro de audiencia inicial de fecha cuatro (04) de agosto de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA

#### 1. 1. HECHOS

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

- El día 22 de marzo de 2013, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho por laborar como docente en los servicios educativos estatales.
- Por medio de Resolución 5545 del 25 de julio de 2013, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas.
- Dichas cesantías le fueron canceladas el 19 de septiembre de 2013.



*Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01*

- El 27 de octubre de 2014, presentó petición ante el Ministerio de Educación Nacional solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria; y ésta resolvió negativamente las pretensiones invocadas.

## **1.2. PRETENSIONES**

Pretende el accionante se declare:

- La nulidad del Oficio 2014RE5041 del 19 de octubre de 2014, en cuanto negó el derecho a pagar al demandante la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo el pago.

- Condenar a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR (vinculado por tener interés en el proceso), a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo el pago de la misma.

- Condenar a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR (vinculado por tener interés en el proceso), a dar cumplimiento al fallo que 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 C.P.A.C.A.

- Condenar a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR (vinculado por tener interés en el proceso), al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago



*Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01*

de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso

- Condenar a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR (vinculado por tener interés en el 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 sanción moratoria reconocida en esta sentencia.

- Condenar a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR (vinculado por tener interés en el proceso), de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del C.P.A.C.A., el cual rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

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

Ley 91 de 1989, Artículos 5 y 15.

Ley 244 de 1995, Artículos 1 y 2.

Ley 1071 de 2006, Artículos 4 y 5.

En síntesis, señala que la intención del legislador fue buscar que una vez el empleado quedara cesante en su trabajo, pudiera obtener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perderlo, pero el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los sesenta y cinco días después de haberla solicitado, obviando la protección de los derechos del trabajador.

### **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

Se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó como ciertos los hechos relativos a la solicitud de la cesantía y su reconocimiento, frente a la



*Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01*

reclamación administrativa que dio origen al acto administrativo demandado, expresa que no son es un hecho, sino mas bien una apreciación jurídica de parte de la apoderada de la demandante; en tanto que respecto a los demás manifestó que corresponden es a razonamientos normativos o jurídicos.

Sostuvo que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales es quien tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, sin embargo se diseñó un trámite en el que las secretarías son encomendadas en la expedición del acto, y gestión de solicitudes en general, 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 sociales.

Ahora bien, afirma que FIDUPREVISORA, procede con los pagos, luego de contar con el acto administrativo de reconocimiento emitido por la Secretaría de Educación y según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; es decir el pago se realiza cuando existe la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de resoluciones, tal y como se sostuvo en la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo Directivo del Fondo, atendiendo a la Sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001.

Así las cosas, considera que no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente al demandante, es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

De igual forma manifestó que en el caso de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye el procedimiento especial aplicable, que a su vez difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y que no contempla sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. No puede entonces hacerse aplicación extensiva de la referida sanción, habida cuenta del principio de interpretación restrictiva.



*Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01*

Propuso como excepciones la inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, compensación, caducidad, excepción genérica o innominada y buena fe.

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

En sentencia de fecha cuatro (04) de agosto de dos mil dieciséis (2016) proferida en curso de audiencia inicial, el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Aduce esencialmente que las cesantías de los empleados docentes, no están regidas por la normatividad general contemplada en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, sino por la regulación especial prevista en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, y Decreto 2831 de 2005, no pudiendo hacerse extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado por una norma especial, cuando los términos de uno y otro régimen son diversos.

En ese sentido, plantea que bajo los principios de la razonabilidad y proporcionalidad, no se puede exigir a las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas ni a la Fiduciaria la Previsora S.A., el cumplimiento de los términos señalados en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales y definitivas docentes, pues para tal efecto existen normas que contienen un procedimiento administrativo especial, con términos diversos y más extensos y en las cuales no se previó expresamente sanción moratoria alguna.

Finalmente, precisa que la Ley 1071 de 2006 no derogó el procedimiento administrativo especial previsto en el Decreto 2831 de 2005 para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no resulta válido afirmar que en el ámbito de aplicación señalado en el artículo 2º de aquella ley estén incluidos los docentes.

---

<sup>2</sup> Fl. 90 – 92



*Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01*

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

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

Adujo que el artículo 123 Constitucional fija una noción general respecto de quienes ostentan la calidad de servidores públicos, incluyendo a empleados y trabajadores del Estado, por lo que no queda duda de que la parte actora se encuentra enmarcada dentro de tal denominación.

Partiendo de lo anterior, señala que la Ley 1071 de 2006, incorporó lo dispuesto por el artículo precitado al consagrar como destinatarios de su cuerpo normativo a los empleados y trabajadores del Estado. Así las cosas al tener la demandante la calidad de servidora pública, indubitablemente debe aplicársele la Ley 1071 de 2006 en toda su extensión y por consiguiente el reconocimiento de la sanción moratoria en una eventual tardanza del pago de las cesantías.

Manifiesta también, que el A quo consideró que la Ley 1071 de 2006 es especial y que por lo tanto no hay lugar a aplicársela a los docentes oficiales, pero tal apreciación es errada, pues la teleología de dicha norma es que por parte de la administración, se reconozca y pague a todos los servidores públicos, sin discriminación alguna, la prestación de cesantías en los términos y plazos allí definidos. Si el legislador hubiese querido darle un entendimiento diferente lo hubiese expresado, pero no habiéndolo hecho, no le es dado al intérprete hacerlo.

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

Por auto del 5 de diciembre de 2016 (Fl. 6, cuaderno segunda instancia), se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 04 de agosto 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.10, cuaderno de segunda instancia).

<sup>3</sup> Fl. 95 – 103.



Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

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

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

### **6.2. Parte demandada.**

La parte demandada no presentó escrito de alegatos.

## **7. 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:

---

<sup>4</sup> Folios 12 - 18.



*Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01*

*¿Tiene derecho la demandante a que se 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 docente?*

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

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, porque contrario a lo afirmado por el A-quo, los docentes 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 demandante se le reconocerá la sanción moratoria por el reconocimiento y pago inoportuno de sus cesantías parciales.

### **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.

Ahora bien, el reconocimiento y pago de una prestación social bajo el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, se convierte en un asunto que adquiere relevancia Constitucional y, en consecuencia, exige al encargado de establecer su viabilidad en cada caso concreto, la observancia de los principios constitucionales aplicables en materia laboral.

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



Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01

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 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 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."

Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006<sup>5</sup>, así:

"Artículo 1º. 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 2º. 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 3º. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2º 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.

<sup>5</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.



Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01

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." (Negrillas y subrayas nuestras).

Sobre la interpretación de las normas en cita por parte del H. 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 relevantes:

"(...) 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.



Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01

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.

(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, expesos 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 expesos 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



Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01

Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dado que no existe título ejecutivo.

2. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele 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 la cesantía definitiva o parcial debe estar contenida en una resolución o acto administrativo originado en la petición del interesado.
4. La petición del interesado se debe resolver por la entidad dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a su presentación.
5. La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995 es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, por ello, la primera cuenta con un término máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, 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.
6. De forma detallada se tiene que, presentada la solicitud, la entidad tiene 15 días hábiles siguientes para efectuar su reconocimiento y ordenar su pago, es decir, para expedir la resolución; más cinco (5) días<sup>6</sup> hábiles que corresponden a la ejecutoria del acto de reconocimiento y 45 días hábiles siguientes para efectuar la cancelación de las mismas, lo que sumado arroja un total de 65 días a partir de la presentación de la petición del reconocimiento de las cesantías, para pagar sin incurrir en la sanción moratoria.
7. Sobre el término a partir del cual se debe contabilizar la sanción moratoria, es dable hacer las siguientes precisiones:

La sanción moratoria se causa a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales, esto es, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (art. 62 del C.C.A. hoy contenido en el artículo 87 del CPACA).

<sup>6</sup> Hoy 10 días de conformidad con lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.  
Código: FCA - 008      Versión: 01      Fecha: 18-07-2017



*Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01*

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>7</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>8</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

<sup>7</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>8</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



Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01

a establecer 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?

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.

Lo anterior encuentra sustento en la más reciente **sentencia de unificación de la H. Corte Constitucional, 336 del 18 de mayo de 2017**, en la cual se precisaron los siguientes puntos:

A juicio de esta Corporación, el régimen contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos es aplicable a los docentes oficiales, 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.

Así mismo, el máximo Tribunal Constitucional, señaló que la aplicación del régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, se adecúa a los postulados constitucionales por las siguientes razones:

*"(...) Bajo ese entendido, la aplicación de este régimen a los docentes estatales se adecúa a los postulados constitucionales, por las siguientes razones:*

*(i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.*

---

<sup>9</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 MENÁ y demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y NACION-MINISTERIO DE EDUCACION-FPSM- Magistrado Ponente: HIRINA MEZA RHÉNALIS.



Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01

(ii) En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

(iii) Al igual de los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

(iii) Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.

(iv) En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.  
(...)"

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

#### **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



Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01

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:*



Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01

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>10</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

<sup>10</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



Rad. 13001-33-33-002-2015-00342-01

régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente<sup>11</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>12</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.

<sup>11</sup> En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>12</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."



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 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. EL CASO CONCRETO.

### 5.1. Hechos relevantes probados.

5.1.1. La señora LOURDES SOFÍA ÁLVAREZ ALTAFULLA radicó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, solicitud de reconocimiento de cesantías parciales el **22 de marzo de 2013**; la cual fue resuelta por dicha entidad mediante **Resolución N° 5545 del 25 de julio de 2013**, por la cual ordenó reconocer la suma de **\$13.291.302** por concepto de liquidación de cesantías parciales con destino a reparación de vivienda. (Fls. 23-26).

5.1.2. Obra en el expediente constancia de pago de las cesantías de fecha **19 de septiembre de 2013** (Folio 27).

5.1.4. Se encuentra acreditado, que el día **27 de octubre de 2014**, la accionante presentó petición ante el Ministerio de Educación Nacional solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006. (Fls.19- 20); siendo negada dicha solicitud mediante Oficio 2014RE5041 expedido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena (Fls.21-22).

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

En el presente caso se tiene que, la accionante **solicitó el reconocimiento y pago** de sus cesantías parciales el día **22 de marzo de 2013**, y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tenía quince (15) días hábiles para dictar el acto de reconocimiento de las mismas, 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; cinco (05) días para la notificación del acto administrativo y diez (10) días más para que éste quedara ejecutoriado<sup>15</sup>; posteriormente, tres (03) días para la remisión del acto administrativo a la fiduciaria y 45 días hábiles para pagar.

No obstante lo anterior, se probó que **expidió el acto que reconoció las cesantías contenido en la Resolución No. 5545 del 25 de julio de 2013 y su cancelación se hizo efectiva el día 19 de septiembre de 2013.**

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

|  |                            |
|--|----------------------------|
| Radicación de la solicitud                                       | <b>22-03-2013</b>          |
| Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación (15 días) | <b>Hasta el 17-04-2013</b> |
| Aprobación del proyecto por la Fiduciaria (15 días)              | <b>Hasta el 09-05-2013</b> |
| Notificación del acto administrativo (5 días)                    | <b>Hasta el 17-05-2013</b> |
| Ejecutoria del acto administrativo (10 días)                     | <b>Hasta el 31-05-2013</b> |
| Remisión del acto administrativo a la fiduciaria (3 días)        | <b>Hasta el 06-06-2013</b> |
| Pago de la obligación (45 días)                                  | <b>Hasta el 13-08-2013</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 de la 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 14 de agosto de 2013 hasta el 18 de septiembre de 2013.**

<sup>15</sup> De conformidad con el artículo 76 del CPACA





Para la Sala tampoco 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, máxime cuando se trata de un empleado como el que aquí demanda, que prestó sus servicios como docente en el Distrito de Cartagena desde el año 1994 (Fl. 23).

Conforme lo anterior, es claro que el Oficio del 13 de noviembre de 2014, por el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria es nulo por vulneración de las normas en que debía fundarse, concretamente, la Ley 1071 de 2001 modificatoria de la Ley 244 de 1995; así las cosas deberá declararse su nulidad en la medida en que desconoce el derecho de laccionante 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, la que será por tanto materia de las órdenes consecuentes de restablecimiento.

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 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 Distrital de Cartagena, 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 Distrital, radican únicamente en cabeza de la primera.

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

Por lo anterior, la Sala revocará el fallo impugnado y en consecuencia, se ordenará a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que reconozca y pague a la accionante la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías parciales, desde el día desde el 14 de agosto de 2013 hasta el 18 de septiembre de 2013, condena equivalente a 36 días de mora, para lo que se debe tener en cuenta el salario devengado por el demandante en el término que transcurrió la mora.

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

El artículo 188 del CPACA señala, que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de



apelación; previéndose en el numeral 4 ibídem que en los eventos como el presente, en los que se revoca en su totalidad la sentencia de primera instancia, debe el juzgador de segunda instancia proceder a condenar a la parte vencida al pago de las costas de ambas instancias.

En ese sentido, se encuentra procedente la condena en costas en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho de primera y segunda instancia a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del juzgado de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante. En consecuencia, se condenará en costas de primera y segunda instancia a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP.

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

## VI. FALLA

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de fecha cuatro (04) de agosto de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2014RE5041 de 2014, por medio de cual se negó el reconocimiento y pago de sanción moratoria solicitada por la demandante el **27 de octubre de 2014**, y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, **RECONOCER Y PAGAR** a la señora LOURDES SOFÍA ÁLVAREZ ALTAFULLA, la sanción moratoria equivalente a un (01) día de salario por cada día de mora en el pago de las cesantías parciales, que en el sub examine corresponde al período comprendido desde el 14 de agosto de 2013 hasta el 18 de septiembre de 2013, condena equivalente a 36 días de mora; teniendo en cuenta el salario devengado por la demandante en el período en que se causó la mora.



**TERCERO: CONDENAR** en costas de primera y segunda instancia a la parte demandada; liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**CUARTO: DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** 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

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ  
(Ausente con permiso)

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

