



13001-33-33-001-2015-00147-01

**Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1) de agosto de dos mil dieciocho (2018)**

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-001-2015-00147-01</b>
<b>Accionante</b>	<b>NAYIBI ISABEL PAJARO AVILA</b>
<b>Accionada</b>	<b>MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS</b>
<b>Tema</b>	<b>SANCIÓN MORATORIA</b>
<b>Magistrada Ponente</b>	<b>JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL</b>

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

## I.- ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

#### 1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- La señora NAYIBI ISABEL PAJARO AVILA, solicitó el 07 de junio de 2013, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, por encontrarse prestando sus servicios profesionales como docente del Departamento de Bolívar.

- La NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, a través de la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, mediante Resolución No. 0405 del 4 de febrero de 2014, reconoció a la docente NAYIBI ISABEL PAJARO AVILA, la suma de \$15.648.550, por concepto de liquidación parcial de cesantías.

- La NACION -MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, el 26 de mayo de 2014, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pagó a la señora NAYIBI ISABEL PAJARO AVILA, las cesantías parciales reconocidas, con una mora en el pago de 253 días.



13001-33-33-001-2015-00147-01

- La señora NAYIBI ISABEL PAJARO AVILA, el día 05 de noviembre de 2014, solicitó el pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales, el cual se resolvió negativamente mediante acto ficto.

### **1.2 Las pretensiones de la demanda**

Se declare la existencia del acto ficto negativo configurado a partir de la solicitud de pago de sanción moratoria realizada el día 05 de noviembre de 2014 y se declare su nulidad.

A título de restablecimiento del derecho se ordene al MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, reconozca y pague la sanción moratoria establecida en la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago.

De igual forma, que se condene al MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, a cumplir la condena en los términos del artículo 192 del CPACA, realizando ajustes de valor y pagando intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia.

Condenar en costas a las entidades demandadas.

### **1.3 Normas violadas y concepto de violación.**

La parte demandante señala como normas violadas los artículos 1 y 2 del Decreto-Ley 244 de 1995, adicionado y modificado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Aduce que en la entidad demandada desconoce lo consignado en las normas referidas, pues habiéndose producido la mora en el pago de las cesantías parciales a los demandantes, se negó el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el parágrafo del artículo 2 del Decreto Ley 244 de 1995, modificado por el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

En ese sentido, se considera que, al no haberse cumplido con el pago oportuno de las cesantías, le asiste derecho a que se le pague la sanción moratoria, tal y como lo dispone el artículo 5 de la Ley 1071 de 2005, por haberse superado los 45 días previstos por la ley para efectuar el pago de las cesantías.



## **2. Contestación de la demanda<sup>1</sup>.**

El Departamento de Bolívar, contestó la demanda presentada dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones, señalando que no le asiste legitimación en la causa por pasiva, toda vez que el encargo del pago de las cesantías es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que en este caso la Secretaria de Educación departamental actúa como un representante de este.

Argumenta que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, se inicia a computar a partir de la expedición del acto que ordena su liquidación, razón por la cual no le asiste derecho a la demandante al reclamar la sanción moratoria que no fue causada. Añade que la Ley 91 de 1989, régimen especial de prestaciones sociales de los docentes, no consagra la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, por lo tanto esta sanción no resulta aplicable al caso concreto.

La Nación - Ministerio de Educación Nacional, presentó escrito de contestación de demanda de forma extemporánea<sup>2</sup>.

## **3. Sentencia de Primera Instancia<sup>3</sup>**

En sentencia de fecha veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Señala que le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de las prestaciones sociales a favor de los docentes, por lo que le asiste la razón al Departamento de Santander en su excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Aduce que le asiste el derecho a la demandante en recibir lo concerniente al pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, pues la entidad tardó más del tiempo legalmente establecido para proceder a su pago.

<sup>1</sup> Fls. 53-56

<sup>2</sup> Folios 104 a 122.

<sup>3</sup> Fls. 126-130



13001-33-33-001-2015-00147-01

Aduce que aunque los docentes cuentan con un régimen especial de prestaciones, las normas concernientes al pago de la sanción moratoria de cesantías le resultan aplicables.

#### **4. Recurso de Apelación.**<sup>4</sup>

El Ministerio de Educación Nacional, presenta escrito de apelación dentro del término legal, solicitando la revocatoria del fallo de primera instancia, bajo el argumento que la prestación solicitada fue pagada de acuerdo con las normas especiales que la regulan, en las cuales no está prevista la sanción impuesta. Añade que para el pago de la prestación se debía tener en cuenta la disponibilidad presupuestal y el estricto orden de ingreso, cuestión que desconoció el fallador de primera instancia.

Manifiesta que el Ministerio de Educación carece de las facultades y competencias para varias lo reconocido por el Departamento de Bolívar a través de los actos administrativos que reconocieron el derecho a la demandante.

#### **5. Trámite procesal segunda instancia**

Con auto de fecha 30 de mayo de 2017, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada Ministerio de Educación Nacional (Fls. 8 Cdr. 2). Mediante auto del cuatro (4) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls 13 Cdr. 2)

#### **6. Alegaciones**

El Ministerio de Educación nacional presentó alegatos finales, reafirmando los argumentos expuestos en el escrito de apelación. (Fls. 16-20 Cdr. 2)

La Parte Demandante no presentó escrito de alegatos de conclusión.

#### **7. Concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público rindió concepto de fondo, solicitando se confirme la sentencia apelada, toda vez que la demandante tiene derecho al pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, en virtud de lo consagrado en la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 (Fls. 21-34 Cdr. 2)

<sup>4</sup> Fls. 135-141



## II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

## III. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

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

### 2. ASUNTO DE FONDO

#### 2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

*¿Tienen derecho la demandante a que se les reconozca y pague la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 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 sustentará que en el presente caso la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales reconocidas en su favor, en los términos y con los fundamentos que se precisa seguidamente.

### 4. Marco normativo y jurisprudencial.

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



13001-33-33-001-2015-00147-01

La sanción moratoria se encuentra prevista en la Ley 244 de 1995, la cual en su artículo 1 prescribe, que los servidores públicos de todos los órdenes, pueden solicitar las cesantías ante la entidad patronal, a quien le asiste la obligación de expedir la resolución correspondiente dentro de los 15 días hábiles siguientes a su presentación, si reúne los requisitos determinados por la ley. Cuando la solicitud está incompleta se debe informar al petente dentro de los 10 días hábiles siguientes a su recibo, señalándole de manera expresa los requisitos faltantes, y una vez aportados, esa solicitud se debe resolver dentro de los 15 días hábiles siguientes.

De igual forma, preceptuó en su artículo 2 que la entidad tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que adquiriera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo.

En el párrafo del citado articulado, se señaló que en caso de mora en el pago de esas cesantías definitivas, la entidad incumplida debe reconocer y cancelar al beneficiario un día de salario por cada día de retardo hasta que su pago se haga efectivo, para lo cual solo basta la acreditación de la no cancelación dentro del término legal previsto.

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

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

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

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

*1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.*

<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.



13001-33-33-001-2015-00147-01

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 estas normas, el 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.

(...)



13001-33-33-001-2015-00147-01

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

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

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

5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.  
En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:

5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.

5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.

5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.

5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.

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

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

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

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

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



13001-33-33-001-2015-00147-01

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

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

Ahora bien, se debe precisar 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, en la cual no se contempló la figura de la sanción por mora, situación que ha generado controversias y posiciones encontradas al respecto.

No obstante, el H. Consejo de Estado<sup>6</sup>, en proveído cuyo fundamentos se comparten, ha reconocido la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector público<sup>7</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.

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.

#### **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.**

<sup>6</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>7</sup> En sentencia más reciente, también se aplicó ese criterio: CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B-Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ-Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015)-Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14)-Actor: YANETH LUCÍA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ-Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MUNICIPIO DE IBAGUÉ (TOLIMA)-Referencia: AUTORIDADES NACIONALES - LEY 1437 DE 2011



13001-33-33-001-2015-00147-01

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, cuyos recursos deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, para asumir 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 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, dispone:

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

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



13001-33-33-001-2015-00147-01

*"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."*

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>8</sup>:

*"Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente petionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente<sup>9</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 petionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.**

<sup>8</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>9</sup> En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.



13001-33-33-001-2015-00147-01

*La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar<sup>10</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."*** (Negritas fuera de texto).

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, por lo cual en este evento no le asiste legitimación en la causa por pasiva al ente territorial.

Asimismo se tiene que la entidad cuanta con 45 días para efectuar el pago, con posterioridad a la ejecutoria del acto de reconocimiento, de acuerdo con los términos señalados en la leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, es decir que la entidad cuenta con 70 días para efectuar el pago, cuando la prestación haya sido solicitada en vigencia de la Ley 1437 de 2001 y con 65 días si la solicitud se da con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma.

## **5. EL CASO CONCRETO.**

### **5.1 Hechos relevantes probados.**

-La señora NAYIBI ISABEL PAJARO AVILA se encuentra vinculada a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar como docente de vinculación Municipal en propiedad devengando en el año 2013 un salario de \$2.089.745 (Fl. 19 y 22).

- El **07 de junio de 2013**, la señora NAYIBI ISABEL PAJARO AVILA radicó ante la

---

<sup>10</sup> Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos."



13001-33-33-001-2015-00147-01

Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar solicitud de reconocimiento de cesantías parciales con destino a remodelación de vivienda (Fl. 19).

- Mediante Resolución No. 0405 de 04 de febrero de 2014, la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, en nombre y en representación del Ministerio de Educación Nacional, ordenó reconocer y pagar a la señora NAYIBI ISABEL PAJARO AVILA la suma de **\$15.648.550** por concepto de liquidación parcial de cesantías (Fl. 19-21).

- Según recibo de pago del Banco BBVA Colombia (Fl. 18), el **26 de mayo de 2014** se le consignó las cesantías parciales que le fueron reconocidas a la señora NAYIBI ISABEL PAJARO AVILA.

- En fecha **05 de noviembre de 2014** (Fl. 24-25), la demandante presentó petición ante el Ministerio de Educación Nacional solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por retardo en el pago de sus cesantías parciales como docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio. Dentro del expediente no obra prueba que demuestre que tal petición haya sido atendida por la aquí demandada.

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

En el presente caso, se tiene que con la demanda se pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 2 de Ley 244 de 1995 modificado por la Ley 1071 de 2006, originada por el pago tardío de las cesantías parciales.

El Juez de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto ficto de negatoria del pago de la sanción moratoria y ordenando al Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagar por concepto de sanación moratoria a la demandante la suma de \$17.275.225.

En este orden, teniendo en cuenta el marco jurídico y jurisprudencial que fuere expuesto anteriormente, para ésta Sala, al igual que lo dicho por el Juez de primera instancia - a los docentes del sector público también resulta aplicable la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. Ello, bajo la aplicación del principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral y del de igualdad material de los docentes frente



13001-33-33-001-2015-00147-01

a los otros servidores públicos que sí se ven cobijados por la sanción moratoria.

Así las cosas, en el caso de la docente NAYIBI ISABEL PAJARO AVILA, está acreditado que presentó escrito solicitando el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el día **07 de junio de 2013** y de acuerdo a los términos perentorios previstos en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio representado por el Ministerio de Educación Nacional, contaba con 70 días hábiles para efectuar el pago (incluido el término para expedir el respectivo acto administrativo por parte de su representante territorial) y teniendo en cuenta que para esta fecha ya había entrado en vigencia la Ley 1437 de 2011, plazo que venció el **19 de septiembre de 2013**.

No obstante lo anterior, la consignación y pago de las cesantías de la señora NAYIBI ISABEL PAJARO AVILA solo se efectuó el día **26 de mayo de 2014** (Fl. 18), lo que permite concluir que tales cesantías, fueron pagadas con **248 días de mora**, pues la mora sólo corrió hasta el día anterior a dicho pago, es decir, hubo mora entre el **20 de septiembre de 2013 y el 25 de mayo de 2014**, que corresponden a **\$17.275.225** teniendo en cuenta el salario devengado por la actora en el año 2013 de **\$2.089.745**, lo cual fue reconocido en la sentencia de primera instancia y acogiendo el concepto del Ministerio Público.

No obstante, se observa que en la demanda se solicitó por este concepto la suma de \$16.511.327, y en este orden debe reducirse la condena impuesta teniendo en cuenta que la suma reconocida resulta mayor a la pretendida en la demanda.

Lo anterior teniendo en cuenta que la sanción moratoria no es accesoria a la prestación de la cesantía, pues corresponde a una penalidad indemnizatoria, y por tanto no se trata de un derecho cierto e indiscutible y en razón a ello debe ser tasado de acuerdo a lo solicitado por las partes, so pena de incurrir en una condena extra petita<sup>11</sup>.

Del mismo modo se revocara el numeral cuarto de la parte resolutive que accedió a la indexación de la condena, toda vez que ello va en contravía de la tesis unificada del Consejo de Estado que ha reiterado la

<sup>11</sup> Ver sentencia del Consejo de Estado del veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 18001-23-33-000-2012-00050-01(2386-14)



13001-33-33-001-2015-00147-01

improcedencia de la actualización de la condena cuando se trata de sanción moratoria.

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

El artículo 188 del CPACA dispone 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.

El artículo 365 del Código General del Proceso señala a su vez, que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En este orden, no se impondrá condena en costas, toda vez que el recurso de apelación presentado prosperó de manera parcial, pues la condena será modificada.

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

#### **FALLA**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia proferida el veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Primero Administrativo de Bolívar, el cual quedará así:

*"TERCERO: A título de restablecimiento del derecho se condena a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a pagar a la señora NAYIBI ISABEL PÁJARO ÁVILA, la suma de Dieciséis Millones Quinientos Once Mil Trescientos Veintisiete Pesos (\$16.511.327.), por concepto de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reconocidas mediante la Resolución No. 0405 del 04 de febrero de 2014."*

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral CUARTO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia proferida el veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016) por el Juzgado Primero Administrativo de Bolívar y en su lugar negar la indexación de la condena, conforme lo indicado en la parte motiva de este proveído.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SENTENCIA No. 67**  
**SALA DE DECISIÓN No. 01**

**SIGCMA**

13001-33-33-001-2015-00147-01

**TERCERO: CONFIRMAR** en las demás partes la sentencia de primera instancia proferida el catorce (14) de febrero de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Primero Administrativo de Bolívar, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

**CUARTO:** Sin condena en costas en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**