Cartagena de Indias D. T. y C., veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**
Radicado	**13001-33-33-002-2015-00313-01**
Accionante	**TARSICIO GAMARRA VIVANCO- DORISMEL VILLAFAÑE FERRER.**
Accionada	**MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**
Tema	**SANCIÓN MORATORIA.**
Magistrado Ponente	**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL.**

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha tres (3) de febrero de dos mil diecisiete (2017)[1], proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.[2]

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

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

- Los señores TARSICIO GAMARRA VIVANCO - DORISMEL VILLAFAÑE FERRER solicitaron el 13 de diciembre de 2010 y el 21 de noviembre de 2012 respectivamente, 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. 4700 del 26 de junio de 2011, reconoció al docente TARSICIO GAMARRA VIVANCO la suma de $61.689.400, por concepto de liquidación parcial de cesantías y al señor DORISMEL VILLAFAÑE FERRER

[1] Fol. 71-76 c-1
[2] 1-18- c 1

mediante Resolución Nº0792 del 22 de abril de 2013, la suma de $7.333.628 por concepto de liquidación parcial de cesantías.

– La NACION -MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, el 07 de diciembre de 2011, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pagó al señor TARSICIO GAMARRA VIVANCO las cesantías parciales reconocidas, con una mora en el pago de 268 días y al señor DORISMEL VILLAFAÑE FERRER el 05 de agosto de 2013 con una mora de 164 días.

- Los señores, TARSICIO GAMARRA VIVANCO - DORISMEL VILLAFAÑE FERRER el día 15 de octubre de 2014, solicitaron 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[3]

Se declare la nulidad del acto ficto mediante el cual se le negó el pago de la sanción moratoria solicitada el día 15 de octubre de 2014 ante la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar.

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 BOLIVAR, 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 BOLIVAR, 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.

[3] Fl. 1-18 c-1

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. <u>Contestación de la demanda</u>.[4]

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: indica que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, procede con los pagos prestacionales luego de contar con el acto administrativo emitido por la secretaria de Educación y previo trámite legal para su concesión, que comprende todos los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recurso provenientes del ministerio de hacienda y crédito público, pues hay que tener en cuenta que no se cuenta con los recursos suficiente para el pago de todas las cesantías que se encuentran en trámite. Es decir el pago se efectúa cuando existe disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones.

Por ello se deduce que no puede generarse intereses moratorios o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó es producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

Por otro lado es importante señalar que el procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG, está consagrado en el Decreto 2831de 2005, que reglamento el inciso segundo del artículo 3 y el numeral 6 del artículo 7

[4] Fl. 53-64 c- 1

de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la ley 962 de 2005, el cual determina claramente las etapas, términos y demás formalidades para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Propone las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, compensación, y buena fe.

3. Sentencia de Primera Instancia[5]

En sentencia de fecha tres (3) de febrero de dos mil diecisiete (2017) el Juzgado Segundo administrativo Oral del Circuito de Cartagena, accedió parcialmente 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, a través de la fiduciaria que administra sus recursos, de manera oportuna.

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

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

4. Recurso de Apelación.[6]

La parte demandante presenta escrito de apelación, solicita se reforme los numerales segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia de fecha tres (3) de febrero de 2017 toda vez que considera que el juez de primera instancia al determinar el número de días en que la entidad demandada incurrió en mora, le dio al parágrafo 5ª de la Ley 1071 de 2006, un alcance no previsto en la norma, así mismo dejo de aplicar el inciso final del artículo 187 de la ley 1437 de 2011, incurriendo en un defecto sustantivo de las disposiciones aplicadas.

[5] Fls. 87-89 c- 1
[6] Fls 91-98 c-1

5. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de veintiséis (26) de julio de 2018, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fls. 11 Cdr. 2). Mediante auto del treinta (30) de noviembre de 2018 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls 14 Cdr. 2)

6. Alegaciones

El Ministerio de Educación nacional presentó alegatos finales, reafirmando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. (Fls. 17- 26 Cdr. 2)

La Parte Demandante presento alegatos de conclusión reafirma los argumentos expuestos y solicita la petición formulada en el escrito de apelación. (Fls 27-30 C. 2).

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

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 los demandantes 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.

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 adquiera 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 parágrafo 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[7], así:

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

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

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

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

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

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

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.
Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

Parágrafo. ***En caso de mora en el pago de las cesantías*** *definitivas o* ***parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y***

[7] ***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.***

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.

(...)
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.

(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[8], 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[9], 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.

El artículo 3° de la Ley 91 de 1989 dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, 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 9° de la citada ley indica que **las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional**, función que se delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

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

---

[8] 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.

[9] 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

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."*

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[10]:

---

[10] 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

"Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente[11].

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[12] *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, las condenas relativas o que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del

---

[11] En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

[12] 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.".*

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.

Ahora bien, la Sala encuentra pertinente traer a colación la reciente Sentencia de unificación de la sección segunda del Consejo del Estado que sentó jurisprudencia en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y definitivas, en los siguientes términos:[13]

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley[14] para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

---

[13] Sentencia de unificación Sentencia SUJ-012-S2 Bogotá D.C., 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-3-000-2014-00580-01 No. Interno: 4961-2015 Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

[14] Artículo 69 CPACA.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados.

-Los señores TARSICIO GAMARRA VIVANCO se encuentran vinculados a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar como docente de vinculación Nacionalizado Situado Fiscal /Presupuesto ley 91 (Fl. 25 a 27) y el señor DORISMEL VILLAFAÑE FERRER docente de vinculación Departamental, Situado Fiscal /Presupuesto Ley 91(Fl.34-36)

- **El 13 de diciembre de 2010**, el señor TARSICIO GAMARRA VIVANCO radicó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar solicitud de reconocimiento de cesantías parciales con destino a compra de vivienda (Fl. 25-27 C.1) y **el 21 de noviembre de 2012**, el señor DORISMEL VILLAFAÑE FERRER radicó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar solicitud de reconocimiento de cesantías parciales con destino a compra de vivienda (Fl. 34 -36 C.1).

- Mediante Resolución No. 4700 del 26 de junio de 2011, la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, en nombre y en representación del Ministerio de Educación Nacional, ordenó reconocer y pagar al señor TARSICIO GAMARRA VIVANCO, la suma de **$61.689.400** por concepto de liquidación parcial de cesantías (Fl. 25-27). Y mediante Resolución Nº 0792 del 22 de abril de 2013 la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, en nombre y en representación del Ministerio de Educación Nacional, ordenó reconocer y pagar al señor DORISMEL VILLAFAÑE FERRER la suma de **$7.333.628** (Fl.34-36 C. 1).

- Según certificación expedida por la entidad Financiera BBVA. (Fl. 25-27), el **07 de diciembre de 2011** se le consignó las cesantías parciales que le fueron reconocidas al señor TARSICIO GAMARRA VIVANCO y el **01 de agosto de 2013** se le consignó las cesantías parciales que le fueron reconocidas al señor DORISMEL VILLAFAÑE FERRER (Fl.33).

- En fecha **10 de octubre de 2014** (Fl.31), los demandante presentaron 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 docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio. Mediante acto ficto configurado el 10 de enero de 2015, la

Secretaria Departamental de Bolívar negó el reconocimiento de la sanción moratoria solicitada.

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 demandado y ordenando al Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagar por concepto de sanción moratoria a favor del demandante, un día de salario por cada día de mora de acuerdo a lo previsto en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

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

Respecto al docente TARSICIO GAMARRA VIVANCO está acreditado que presentó escrito solicitando el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el día **El 13 de diciembre de 2010** 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 65 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 no había entrado en vigencia la Ley 1437 de 2011, plazo que venció el **15 de marzo de 2011.**

No obstante lo anterior la consignación y pago de las cesantías Respecto al señor TARSICIO GAMARRA VIVANCO se efectuó el día **07 de diciembre de 2011** (Fl. 25), lo que permite concluir que tales cesantías, fueron pagadas extemporáneamente, es decir, hubo mora entre el día **16 de marzo de 2011 y 6 de diciembre de 2011,** que corresponden a **266 días** de mora, lo cual equivale a dieciocho millones ochocientos ochenta y tres mil ochocientos setenta y dos

pesos **(18.883.872)**, teniendo en cuenta que el salario devengado para el año 2011 *$2.129.772*.

Respecto al docente DORISMEL VILLAFAÑE FERRER está acreditado que presentó escrito solicitando el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el día **21 de noviembre de 2012** 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 **04 de marzo de 2013.**

No obstante lo anterior la consignación y pago de las cesantías Respecto al señor DORISMEL VILLAFAÑE FERRER se efectuó el día **01 de agosto de 2013** (Fl. 33), lo que permite concluir que tales cesantías, fueron pagadas extemporáneamente, es decir, hubo mora entre el día **05 de marzo de 2013 y 31 de julio de 2013,** que corresponden a **149 días** de mora, por tal razón se modificara la condena impuesta para otorgar la verdadera cantidad de días de mora.

Con respecto a la solicitud de indexación presentada por el apelante, debe indicar la Sala que la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha sostenido que no resulta procedente su reconocimiento en asuntos de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, circunstancia que se viene obedeciendo en virtud de la obligatoriedad de acatar el precedente judicial del máximo órgano de cierre, por tal razón no se accederá a esta solicitud del apelante.

DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO

Respecto del señor **TARSICIO GAMARRA VIVANCO** Sobre la prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, estableció que su pago se debe reclamar desde que esta se hace exigible, so pena de que opere la prescripción, por cuanto los salarios moratorios que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B del Consejo de Estado han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción

moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular.[15]

Así las cosas, obsérvese que la entidad demandada tenía hasta **15 de marzo de 2011** para efectuar el pago respectivo, por lo que la sanción moratoria se inició a causar a partir de **16 de marzo de 2011**, sin embargo la solicitud reconocimiento y pago de sanción moratoria fue presentada por el demandante hasta el **10 de octubre de 2014**, igualmente la demanda fue instaurada él **14 de mayo de 2015**, es decir, el demandante reclamó su derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por fuera de los tres años contados a partir del día en que se hizo exigible la sanción moratoria, pues tenía hasta el **16 de marzo de 2014** para reclamar su derecho, por lo anterior, en el caso en concreto operó la prescripción extintiva, y en conclusión, se configuró el fenómeno prescriptivo respecto al derecho al reconocimiento de la sanción moratoria deprecada por la demandante así habrá de declararse en la parte resolutiva.

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 prosperó parcialmente, toda vez que se modificará la condena.

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 **SEGUNDO** de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia proferida el tres (3) febrero de dos mil

[15] ver la sentencia 00188 de 2018 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., quince (15) febrero de dos mil dieciocho (2018) Rad. No.: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14).

diecisiete (2017) por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, el cual quedará así:

"SEGUNDO : Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca y pague al señor DORISMEL ALFONSO VILLAFAÑE FERRER, la aludida sanción moratoria, tomando en cuenta que se causaron 149 días de mora. Declárese prescrito el derecho respecto del señor TARSICIO GAMARRA VIVANCO."

SEGUNDO: CONFIRMAR en las demás partes la sentencia de primera instancia proferida el tres (3) febrero de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin Condena en costas en esta instancia.

CUARTO: 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 ÁLVAREZ **ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**

Elaboró DV
Revisó ERC