



Cartagena de Indias D.T y C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-003-2015-00226-02</b>
<b>Demandante</b>	<b>VICTORIA TRUCCO MORALES</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	<i>SANCIÓN MORATORIA –Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 unificación Consejo de Estado- SANCIÓN MORATORIA DOCENTE.</i>

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 28 de marzo de 2017, por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió acceder a las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### **2.1. Demandante**

La presente acción fue instaurada por VICTORIA TRUCCO MORALES, por conducto de apoderado judicial.

#### **2.2.- Demandado**

La acción está dirigida en contra del NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

#### **2.1. La demanda<sup>1</sup>.**

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora VICTORIA TRUCCO MORALES instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN

<sup>1</sup> Folios 1-5 c/no 1



NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

## 2.2. Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la nulidad del Oficio No. 2015RE2296 del 17 de junio de 2015, frente a la petición presentada el día 12 de junio de 2015, en cuento negó el derecho a pagar la sanción moratoria de la demandante.

SEGUNDO: Que se declare que la señora VICTORIA TRUCCO MORALES, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006; en consecuencia, condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLIVAR, al pago de 1 día de salario por cada día de retardo contados desde los 65 días hábiles desde cuando se presentó la petición respectiva.

TERCERO: Que se dé cumplimiento al fallo, de acuerdo con lo establecido en el art. 192 y ss., del CPACA.

CUARTO: Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLIVAR al reconocimiento y pago de la actualización o indexación de la condena.

QUINTO: Reconocer y pagar los intereses causados en favor del actor.

SEXTO: Condenar en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

## 2.3 Hechos

El demandante expone que, el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, fue creado por medio de la Ley 91 de 1989, y tiene bajo su competencia el pago de las cesantías a los docentes de los establecimientos educativos de orden oficial.



Que, por haber laborado como docente en una institución educativa de carácter estatal, solicitó, el 27 de septiembre de 2013, el reconocimiento y pago de sus cesantías; siendo reconocidas las mismas, mediante Resolución No. 0047 del 07 de enero de 2014, y pagadas el 26 de febrero de 2014.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 65 días para el pago de las cesantías en comento, el cual vencía el 03 de enero de 2014, sin embargo, solo lo realizó el 26 de febrero de 2014, transcurriendo un total de 52 días de mora.

Afirma el actor que, con escrito del 15 de junio de 2015, solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta negó el reconocimiento del derecho en mención.

#### **2.4. Normas violadas y concepto de la violación**

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

Ley 91 de 1989 : Artículos 5 y 15

Ley 244 de 1995 : Artículos 1 y 2

Ley 1071 de 2006 : Artículos 4 y 5

##### **2.4.1 Concepto de la violación**

#### **Ley 91 de 1989. Artículo 2 numeral 5**

La demandante tiene la calidad de nacional o nacionalizado y la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, situación por la que la sanción moratoria está a cargo de la demandada y está obligada a responder por la situación.

#### **Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006**

Indica que la demandada dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2º de la misma ley, tiene un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que quede el acto administrativo para cancelar la prestación.



Explica el demandante que se transgredieron las disposiciones constitucionales citadas y de manera especial las legales por cuanto se desconocieron los términos o plazos establecidos para el reconocimiento y pago de las cesantías y al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, con lleva el hecho de haber expedido el acto de reconocimiento en términos que excedieron los establecidos en la norma, o por el hecho de haberse expedido oportunamente el acto de reconocimiento pero por no haber realizado el pago de los dineros reconocidos en el acto dentro del tiempo máximo que el precepto legal establece, se transgrede la norma y se desconoce el espíritu bajo el cual la misma fue desarrollada.

Explica que la Ley 244 de 1995 fue sustituida por la Ley 1071 de 2006, es claro que la intención del legislador, fue buscar que una vez el empleado quedara cesante en su empleo, pueda obtener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perder su trabajo.

Que el espíritu garantista de la ley 1071 de 2006 al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía, está siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, obviando la protección de los derechos del trabajador, haciéndose el Fondo de Prestacional del Magisterio acreedor de la sanción que corresponde por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

## **2.5 Contestación de las partes demandadas**

### **2.5.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>2</sup>**

Esta entidad dio contestación a la demanda el 26 de mayo de 2016, manifestando que las pretensiones del actor no están ajustadas a derecho, puesto que debió demandar a la entidad administradora de los recursos del magisterio, que es la FIDUPREVISORA. Añade, que a los docentes no les es permitido el reconocimiento de sanción moratoria por el no pago de las

<sup>2</sup> Folio 52-64 c. 1





cesantías, debido a que las normas que regulan sus derechos no lo contempla; como son la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

Además de lo anterior, expone que no es posible realizar el pago oportuno de las cesantías a los empleados del magisterio, toda vez que el Fondo de Prestaciones Sociales no cuenta con recursos para ello. Agrega, que no puede generarse el cobro de unos intereses moratorios cuando al actor se le reconocieron y pagaron sus cesantías en tiempo, de acuerdo al orden de turnos manejados a la hora de radicar la petición de pago de cesantías.

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso las siguientes:

-Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma: Se estructura por cuanto su pretensión se basa en una norma, desconociendo el ordenamiento jurídico de manera integral, en el que se encuentra también las normas y sentencias en las cuales fundamenta su posición.

-Pago: Que ha cancelado a la demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal y el principio de igualdad.

- Cobro de no debido: Indicando que no existe sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de lo solicitado, puesto que la demandada no podía ordenar el pago, so pena de incurrir en pago de no debido en los términos del artículo 2313 del Código Civil.

-Compensación: Expresa que sin que implique reconocimiento del derecho alguno, solicita en caso de ser procedente, se declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por la demandada.

-Excepción genérica o Innominada: Solicita que se declare probada de oficio cualquiera que el fallador encuentre en los términos del Artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

-Buena Fe: La demandada cita como antecedente la Sentencia T-475 de 1992 y agrega que ha actuado de buena fe exenta de culpa, inclusive,



durante todos los trámites efectuados por la parte demandante y en cumplimiento de las normas que regulan la materia.

### **III. – SENTENCIA IMPUGNADA<sup>3</sup>**

Por medio de providencia del 28 de marzo de 2017, el Juez Tercero Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda, exponiendo que, una vez confrontado el acto administrativo demandando, con la Ley 1071 de 2006, se encuentra que está probado el cargo de nulidad manifestado por la accionante, toda vez que la sanción que contiene dicha norma se configura de manera automática por el no pago oportuno de las cesantías, parciales o definitivas.

El juez de primera instancia encontró probado que la administración omitió el cumplimiento de los términos de ley debido a que, el actor solicitó el reconocimiento y pago el 27 de septiembre de 2013 y la consignación y pago; el término vencía el 03 de enero de 2014 y solo se hizo hasta el 26 de febrero de 2014 lo que generó una mora de 53 días contada desde el 04 de enero de 2014 y el 25 de febrero de 2014.

### **IV.- RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>**

Por medio de escrito del 05 de abril de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 28 de marzo de 2017, en lo que se refiere a la falta de disponibilidad presupuestal, y en el hecho de que la Ley 1071 de 2006 no contempla el reconocimiento de sanción moratoria por el pago retardado de las cesantías a los docentes.

Además de lo anterior, la apoderada de la entidad accionada hizo énfasis en el hecho de que el Ministerio de Educación debe ser excluido de la condena, toda vez que ésta entidad no tiene entre, su competencia, la función de expedir el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, así como tampoco profirió el oficio por medio del cual se le denegó a la actora la sanción moratoria; bajo ese entendido, debe considerarse la existencia de una falta de legitimación en la causa por activa.

<sup>3</sup> Folio 104-112 c. 1

<sup>4</sup> Folio 118-124 cdno. 1





### V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 23 de agosto de 2018<sup>5</sup>, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 28 de septiembre de 2018<sup>6</sup>, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

### VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**6.1. Alegatos de la parte demandante:** La parte accionante presentó su escrito de alegatos<sup>7</sup>.

**6.2. Alegatos de la parte demandada<sup>8</sup>:** Esta entidad, presentó su escrito de alegatos el 09 de octubre de 2018, ratificándose en los argumentos de la apelación.

**6.3. Concepto del Ministerio Público:** No rindió concepto en el presente asunto.

### VII.- CONSIDERACIONES

#### **7.1. Control de legalidad**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes.

#### **7.2. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

#### **7.3. Acto administrativo demandado.**

- Oficio No. 2014RE2531 del 09 de septiembre de 2014, frente a la petición presentada el día 16 de julio de 2014, que negó el derecho a pagar la sanción moratoria del demandante.

<sup>5</sup> Folio 7 cdno 2

<sup>6</sup> Fol. 11 cdno 2

<sup>7</sup> Fols. 20-23 cdno 2

<sup>8</sup> Folios 14-18 cdno 2



#### 7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por la parte actora y la sentencia de primera instancia, así:

*¿Tiene derecho la señora VICTORIA TRUCCO MORALES, al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, conforme con lo establecido en la Ley 1071 de 2006?*

*¿Le corresponde al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO asumir el pago de dicha sanción, por el no pago oportuno de las cesantías parciales a la accionante?*

En caso de que la respuesta a los anteriores interrogantes sea positiva, debe responderse lo siguiente:

*¿Se causó en favor de la señora VICTORIA TRUCCO MORALES, el derecho a reclamar una sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas?*

*¿Es la inexistencia de disponibilidad presupuestal, un hecho que exonera a la entidad pagadora de la sanción estudiada?*

#### 7.5 Tesis de la Sala

La Sala considera que la sentencia apelada debe ser **modificada** en cuanto al monto de la sanción moratoria, y los días a reconocer, en todo lo demás; será **confirmada** toda vez 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, aunque la Ley 91 de 1989 que regula de manera especial el pago de cesantías para los docentes, no contempla la sanción moratoria por el retardo en el pago, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, ha reconocido la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector público, 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; de allí que, en vista de la finalidad que llevó a establecer la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías, no es posible excluir a los docentes que se podrían encontrar en la misma situación.

Así las cosas, la sentencia apelada deberá ser **MODIFICADA** en cuanto a establecer que no son 53 días de mora tal como lo estableció el juez de primera instancia contadas desde el 04 de enero de 2014 y el 25 de febrero de 2014, sino de 42 días contabilizados desde el 14 de enero de 2014 hasta el 25 de febrero de 2014.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuesto, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes; y (ii) el caso concreto.

## **7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial**

### **7.6.1 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 y que se reconoce, de manera parcial cuando se dan los supuestos fácticos que originan el derecho a ella o en forma definitiva luego del retiro del servicio, siendo su oportuno pago, en ambos eventos, asunto de trascendencia constitucional.

En armonía con lo anterior, está establecido que el incumplimiento de los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías, parciales o definitivas, da lugar a la imposición de una sanción moratoria con sujeción a lo dispuesto especialmente en los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 1º a 6º de la ley 1071 de 2006, normas que se cita como fundamentos del presente fallo, absteniéndose el Despacho de transcribirlas en virtud de lo ordenado en el artículo 187 del CPACA, que al regular el contenido de la sentencia, dispone que se citen los textos legales que se apliquen al caso.



Sobre la interpretación de dicha normativa por parte del H. Consejo de Estado, se aplica reciente Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, de fecha 18 de julio de 2018. Rad: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), Actor: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, en la que se analiza las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por falta de pago oportuno de las cesantías, sentencia que permite extraer las siguientes conclusiones:

- **Ley aplicable:**

La Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.

- **Momento a partir del cual se hace exigible la obligación**

Precisa el momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía será vencido los 65 o 70 días con que cuenta la administración para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías y realizar el pago efectivo de las mismas así:

Se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006); 10 días del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se iniciará a causar la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Igualmente resume dicho término en las siguientes hipótesis:



HIPOTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTIA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal 9	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

• **Trámite para el reconocimiento de la cesantía en el sector docente**

En lo relativo al trámite para el reconocimiento de la cesantía en el sector docente, se tiene que el mismo fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5

Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.





del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005<sup>10</sup>, previó unos términos especiales, que la Sala resumió así:

	Trámite	Entidad encargada	Término
1	Radicación de la petición de cesantías parciales o definitivas	Secretaría de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente.	
2	Elaboración del proyecto de acto administrativo y remisión a la sociedad fiduciaria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la petición
3	Aprobación o razones para improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución
4	Suscribir la resolución y efectuar la notificación	Secretario de educación territorial	Dentro del término previsto en la ley
5	Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo

Sin embargo, considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006 para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en la Ley 1071 de 2006 para el reconocimiento y pago de la cesantía, en el sector docente oficial. En razón de lo expuesto, y haciendo uso de la «excepción de ilegalidad», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, se inaplicó, para los efectos de la unificación jurisprudencial, la mencionada norma reglamentaria, y se instó al Gobierno

<sup>10</sup>«Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6 del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»





Nacional a que en futuras reglamentaciones tenga en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

Así las cosas, sostiene que, en virtud de esa jerarquía normativa debe prevalecer el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales.

- **Salario base de liquidación de la sanción moratoria**

Sobre el salario base de liquidación de la sanción moratoria, se llega a las siguientes conclusiones:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

- **La indexación de la sanción moratoria**

Finalmente y en lo relativo a la indexación de la sanción moratoria reitera que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

### 7.6.2 Entidad competente para el pago de la sanción moratoria.

En relación con los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", con ponencia del Consejero WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, llegó a la conclusión que es al Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FOMAG, la entidad obligada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías.

Al respecto recalcó:

*"el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serán reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por*





*parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.*

*Por lo tanto, es con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se cubren tanto las cesantías de los docentes afiliados a este, como la sanción moratoria que se cause por la su pago oportuno, sin que tenga responsabilidad alguna el ente territorial, quien solo actúa en nombre del fondo.*

## **7.8 Caso concreto**

### **7.8.1 Hechos Probados**

- Resolución 0047 del 07 de enero de 2014, por medio de la cual se reconoce una cesantías parciales para compra de vivienda<sup>11</sup>.
- Oficio del 18 de junio de 2015, por medio de la cual se da respuesta a la petición de reconocimiento y pago de una sanción moratoria, de radicado 2015RE2296<sup>12</sup>.
- Comprobantes de pago de nómina expedido por Fiduprevisora, de fecha 26 de febrero de 2014<sup>13</sup>.
- Oficio No. 2015PQR9858 radicado el 12 de junio de 2015, por medio del cual la señora VICTORIA TRUCCO MORALES reclama el pago de una sanción moratoria<sup>14</sup>.

### **7.8.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial**

En el caso bajo estudio se advierte que, la señora VICTORIA TRUCCO MORALES, presta sus servicios como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA FE Y ALEGRÍA LAS GAVIOTAS de la ciudad de Cartagena, desde el 16 de noviembre de 1987.

Que, en virtud de lo anterior, radicó ante la Secretaria de Educación y Cultura de Bolívar, una solicitud de reconocimiento y pago parcial de

<sup>11</sup> Folio 24-26 cdno.1

<sup>12</sup> Folio 22 cdno. 1

<sup>13</sup> Folio 195 cdno. 1

<sup>14</sup> Folio 20-22 cdno. 1





cesantías, con fecha 27 de septiembre de 2013; siendo respondida la misma, mediante de Resolución 0047 del 07 de enero de 2014, por medio de la cual se le reconoció a la hoy demandante el valor de \$62.736.749 millones de pesos por concepto de cesantías parciales<sup>15</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, se encuentra que, en el caso de los docentes, debe dársele aplicación preferente a las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales, por lo que la Sala procederá a realizar el siguiente análisis de cara a determinar si la demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas:

<b>Primera Etapa</b>	
<b>Radicación de la solicitud</b>	Fue el 27 de septiembre de 2013
<b>Expedición del acto administrativo (15 días)</b>	21 de octubre de 2013
<b>Ejecutoria del acto administrativo (10 días) C.P.A.C.A</b>	Hasta el 5 de noviembre de 2013
<b>Segunda Etapa</b>	
<b>Pago de la obligación (45 días)</b>	Hasta el 14 de enero de 2014

Como vemos, el plazo para efectuar el pago de las cesantías feneció el 14 de enero de 2014, pero el mismo solo se llevó a cabo el día 26 de febrero de 2014 (Fl.26) por lo que la entidad demandada FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de 42 días, contados desde el 15 de enero de 2014 hasta el 25 de febrero de 2014.

### 7.9. Conclusión

En este contexto, considera esta Corporación que se acreditó que el legislador en la Ley 1071 de 2006, no excluyó a los docentes oficiales de la aplicación de la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantías, a contrario sensu su inclusión fue asentada en la exposición de motivos de la norma en cita, dado que el propósito de la misma era unificar el régimen prestacional a todos los servidores públicos, incluyendo los del sector de

<sup>15</sup> Folio 24-25 cdno 1





educación, los cuales no tienen un régimen especial y por lo tanto, se rigen por las normas generales sobre el tema.

Relativo al segundo interrogante jurídico hilvanado, se tiene que es el Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FOMAG, es a quien le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías a los docentes oficiales conforme con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

En cuanto al tercer interrogante formulado, la respuesta será positiva toda vez que, al actor le asiste derecho para reclamar la sanción moratoria por el pago retardado de las cesantías definitivas.

Por último, el cuarto problema jurídico planteado, la respuesta será negativa, será negativa, dado que la inexistencia de la disponibilidad presupuestal, como causal de exculpación para el incumplimiento del pago oportuno del auxilio de cesantías, no es un argumento viable, en tanto son las mismas normas reguladoras de la materia las que establecen 65 o 70 días hábiles como término en los cuales debe cumplir la entidad pública nominadora con el pago de la respectiva obligación prestacional.

En consecuencia, esta Sala **MODIFICARÁ** el fallo de alzada en cuanto a establecer que no son 53 días de mora tal como lo estableció el juez de primera instancia contadas desde el 04 de enero de 2014 y el 25 de febrero de 2014, sino de 42 días desde el 15 de enero de 2014 hasta el 25 de febrero de 2014, por las razones antes expuestas.

#### **VII.- COSTAS**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la prosperidad parcial del recurso

#### **VIII.- DECISIÓN**

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: PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia del 28 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que decidió acceder a las pretensiones de la demanda, así:

"SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca y pague a la demandante **VICTORIA EUGENIA TRUCCO MORALES**, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales del demandante, a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago de las mismas, consistentes en 42 días de retardo, que van desde el 15 de enero de 2014 hasta el 25 de febrero de 2014, de salario de un día, teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante en el año 2013, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia".

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la prosperidad parcial del recurso.

**TERCERO:** una vez en firme, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala. 113 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PÉÑUELA ARCE



Handwritten notes or scribbles in the center of the page, including a horizontal line and some illegible markings.

