DIGITALIZADO SIGLO XXI

fols 24
33
C2

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

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-003-2016-00191-01**
Demandante	**ANA ISABEL BLANCO MERCADO**
Demandado	**NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	*SANCIÓN MORATORIA – SENTENCIA CE-SUJ-SII-012-2018 UNIFICACIÓN CONSEJO DE ESTADO- SANCIÓN MORATORIA DOCENTE*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 22 de septiembre de 2017, por el Juzgado Tercero nAdministrativo 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 ANA ISABEL BLANCO MERCADO, 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[1].

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora ANA ISABEL BLANCO MERCADO instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE

[1] Folios 1-15 c/no 1

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

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Declarar la nulidad del oficio 2016RE1822 del 01 de julio de 2016, frente a la petición presentada el día 21 de junio de 2016, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandate establecida en la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalen a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuanto se hizo efectivo el pago de la misma.

SEGUNDO: Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, por tener intereses en la resulta del proceso), le reconozca y pague por SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006 equivalente a un (1) día de su salario por casa día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

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

La 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 30 de enero de 2014, el reconocimiento y pago de sus cesantías; siendo reconocidas las mismas, mediante Resolución No. 2509 del 09 de abril de 2014, y pagadas el 15 de julio de 2014

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 65 días para el pago de las cesantías en comento, el cual vencía el 07 de mayo de 2014, sin embargo, solo lo realizó el pago el 15 de julio de 2014, transcurriendo un total de 67 días de mora.

Afirma el actor que, con escrito del 21 de junio de 2016, 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 2° 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 disposición 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

2.5.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[2]

Esta entidad dio contestación a la demanda el 28 de junio de 2017, 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 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.

[2] Folio 42-53 cdno. 1

- 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[3]

Por medio de providencia del 22 de septiembre de 2017, el Juez Tercero Administrativo del circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió conceder las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que dentro del proceso se acreditó que la demandante solicitó el reconocimiento y pago el 30 de enero de 2014 y de acuerdo a los términos perentorios previstos en la Ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio contaba con 65 días hábiles para efectuar el pago, plazo que vencía el 07 de mayo de 2014; sin embargo, la consignación y pago de las cesantías del demandante se efectuó el 25 de junio de 2014, lo que permite concluir que tales cesantías parciales fueron pagadas con 48 días de retardo, pues la mora solo corrió hasta el día anterior a dicho pago, es decir, hubo una mora entre el 08 de mayo de 2014 y 24 de junio de 2014.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

Por medio de escrito del 06 de octubre de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 22 de septiembre de 2017, sostiene que en materia de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales a los trabajadores y servidores del Estado, es una disposición legal de carácter general regulada por la ley 1071 de 2006, que no se hace extensiva a los docentes del sector público.

Afirma que, se equivoca el juez de primera instancia en sancionar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, debido a que carece de

[3] Folio 76-81 cdno. 1

competencia para variar algún derecho que ha sido reconocido por el ente territorial de conformidad con el artículo 81 de la ley 1769 de 2015.

Alega que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad demandada, como quiera que el reconocimiento de la pretensión como la negación del pago de la sanción por mora se realizó por parte de la Secretaría de Educación y no contiene la manifestación expresa del Ministerio de Educación Nacional. Por lo anterior solicita que se revoque la sentencia de primera instancia.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado del 06 de abril de 2018[4], se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 16 de mayo de 2018[5], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante[6]: La parte accionante, se ratifica en lo expuesto en la demanda.

6.2. Alegatos de la parte demandada[7]: Esta entidad, presentó su escrito de alegados el 11 de enero de 2018, ratificándose en los argumentos de la apelación.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No allegó concepto en el proceso de la referencia.

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.

---

[4] Folio 4 apelaciones
[5] Fol. 8 apelaciones
[6] Fols. 10-16 apelaciones
[7] Folios 17-22 apelaciones

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 2016RE1822 del 01 de julio de 2016 frente a la petición presentada el 21 de junio de 2016, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora al accionante.

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:

> *¿Es procedente la aplicación de la Ley 1071 de 2006, para efectos de acceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria para los docentes?*

En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea positiva, debe responderse lo siguiente:

> *¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?*
> *¿Se causó en favor de la señora ANA ISABEL BLANCO MERCADO 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.

En consecuencia, esta Sala **MODIFICARÁ** el numeral segundo en el sentido de establecer que la sanción moratoria se cancela por el no pago oportuno de cesantías definitivas y no parciales, como erradamente quedó consignado en la misma y el término de mora, debido a que el juez de primera instancia determinó que eran 48 días, y el mismo es de **41** días, contados desde el 15 de mayo de 2014 al 24 de junio de 2014. En todo lo demás **CONFIRMARÁ** el fallo de alzada, por las razones antes expuestas.

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 1° a 6° de la ley 1071 de 2006, normas que se cita como fundamentos del presente fallo, absteniéndose el Despacho de trascribirlas 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 efectico 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:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	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 8	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

[8]Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cueles, 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.

- **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 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 20059, 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

9«Por el cual se reglamentan 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, y se dictan otras disposiciones.»

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 Nacional a que en futuras reglamentaciones tenga en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la acusación 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 serían 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 2509 del 09 de abril de 2014, por medio de la cual se reconoce una cesantía definitiva por los servicios prestados como docente[10].
- Oficio radicado el 21 de junio de 2016, por medio de la cual la señora Ana Isabel Blanco Mercado reclama el pago de una sanción moratoria[11].
- Oficio del 01 de julio de 2016, por medio de la cual se da respuesta a la petición de reconocimiento y pago de una sanción moratoria, de radicado 2016RE1822[12].
- Comprobante de pago BBVA, donde consta que se puso a disposición el 25 de junio de 2014[13].

[10] Fols. 22-24 cdno 1
[11] Fol. 18-19 cdno 1
[12] Fols. 20-21 cdno 1
[13] Fol. 25 cdno 1

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

En el caso bajo estudio se advierte que, la señora ANA ISABEL BLANCO MERCADO, presta sus servicios como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA AMBIENTALISTA de la ciudad de Cartagena, desde el 27 de abril de 1973 al 16 de octubre de 2013.

Que, en virtud de lo anterior, radicó ante la Secretaria de Educación y Cultura de Bolívar, una solicitud de reconocimiento y pago definitivo de cesantías, con fecha **30 de enero de 2014**[14]; siendo respondida la misma, mediante de Resolución 2509 del 09 de abril de 2014, por medio de la cual se le reconoció a la hoy demandante el valor de $100.620.988 millones de pesos por concepto de cesantías definitivas[15], notificándose de la misma el 16 de mayo de 2014[16].

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 definitivas solicitadas:

Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	30 de enero de 2014
Expedición del acto administrativo (15 días)	Hasta el 20 de febrero de 2014
Ejecutoria del acto administrativo (10 días) C.P.A.C.A	Hasta el 06 de marzo de 2014
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 17 de mayo

Ahora bien, en el caso bajo estudio, se advierte que el plazo para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas, venció el

[14] Fol. 22-24 cdno 1
[15] Folio 22-24 cdno 1
[16] Fol. 24 cdno 1

20 de febrero de 2014; sin embargo, la Resolución No. 2509 que tenía por objeto tal finalidad, solo fue expedida el **09 de abril de 2014**, es decir, de manera extemporánea.

Bajo ese entendido, debe tenerse en cuanta que, la ejecutoria del acto que reconoce cesantías debe contabilizarse desde la fecha en la que se debió expedir el acto de reconocimiento, es decir, **20 de febrero de 2014**, sin tener en cuenta el plazo con que contaba la entidad para realizar la notificación del mismo, como quiera que, la producción del acto administrativo fue extemporánea:

Como vemos, el plazo para efectuar el pago de las cesantías feneció 14 **de mayo de 2014**, pero el mismo solo se llevó a cabo el día **24 de junio de 2014** (Fl. 25) por lo que la entidad demandada FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de **41** días, contados desde el 15 de mayo de 2014 al 24 de junio de 2014.

7.9. Otro asunto

Advierte esta Magistratura que en el numeral 2 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia se establece que el pago de la sanción moratoria es por concepto de las cesantías parciales; sin embargo erróneamente se realizó dicha afirmación que no coincide con las pruebas allegadas y la realidad del proceso, contrario a lo que establece el A-quo la resolución 2509 de 2014, determina que en la misma se está reconociendo cesantías definitivas, debido a que las parciales fueron reconocidas y pagadas mediante Resoluciones 280 del 1994 y 1635 de 2005.

En ese orden de ideas, se modificará el numeral 2 de la parte resolutiva de la sentencia en el sentido de aclarar que se están pagando por concepto de cesantías definitivas y no parciales, por no afectar el fondo del asunto y a pesar de que no fue objeto del recurso. En segundo lugar, el término de mora, debido a que el juez de primera instancia determinó que eran 48 días, y como ya se estableció en párrafos anteriores el mismo es de **41** días, contados desde el 15 de mayo de 2014 al 24 de junio de 2014. Y se confirmará en todo lo demás.

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

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se determina en esta providencia que la misma reside en la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón a que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio, y le asignó la función de reconocer y pagar las cesantías al personal docente.

Con relación al tercer interrogante jurídico planteado, 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.

Relativo al cuarto interrogante jurídico hilvanado, la respuesta 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 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 numeral segundo en el sentido de establecer que la sanción moratoria se cancela por el no pago oportuno de cesantías definitivas y no parciales, como erradamente quedó consignado en la misma y el término de mora, debido a que el juez de primera instancia determinó que eran 48 días, y como ya se estableció en párrafos anteriores el mismo es de **41** días, contados desde el 15 de mayo de 2014 al 24 de junio de 2014. En todo lo demás **CONFIRMARÁ** el fallo de alzada, 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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del 22 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió 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 ANA ISABEL BLANCO MERCADO, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas del demandante, en razón de un día de salario por cada día de mora en el pago de las mismas, consistentes en 41 días de retardo, que van desde el 15 de mayo de 2014 y el 24 de junio de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención

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

CUARTO: 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 No. 114 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS **CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-003-2016-00191-01**
Demandante	**ANA ISABEL BLANCO MERCADO**
Demandado	**NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	*SANCIÓN MORATORIA – SENTENCIA CE-SUJ-SII-012-2018 UNIFICACIÓN CONSEJO DE ESTADO- SANCIÓN MORATORIA DOCENTE*