



Cartagena de Indias D.T y C., catorce (14) de junio de dos mil dos mil diecinueve.

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-003-2016-00209-01
Demandante	SERGIO PADILLA MERCADO
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	SANCIÓN MORATORIA – SANCIÓN MORATORIA DOCENTE

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 2 de febrero de 2018, 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 SERGIO PADILLA 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<sup>1</sup>.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor SERGIO PADILLA MERCADO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

<sup>1</sup> Folios 1-16



13-001-33-33-003-2016-00209-01

## 2.2. Prefensiones

PRIMERO: Que se declare la existencia y nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio 2016RE1599 del 25 de mayo de 2016**, por medio del cual se denegó el derecho al pago de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de la accionante.

SEGUNDO: Que se declare que el señor SERGIO PADILLA MERCADO, 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 BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLÍVAR, 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 BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLÍVAR 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.

## 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.





13-001-33-33-003-2016-00209-01

Indica, que laboró como docente en una institución educativa de carácter estatal, y que el 20 de diciembre de 2012 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho. Las cuales fueron reconocidas por medio de la Resolución No 1613 del 13 de marzo de 2013 y pagadas el 13 de agosto de 2013.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de **65 días** para el pago de las cesantías en comento, la cual vencía el **20 de diciembre de 2012**, sin embargo, solo lo realizó el **13 de agosto de 2013**, cuando ya habían transcurrido un total de **135 días de mora**.

Afirma el actor que, con escrito del **29 de abril de 2016**, solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta resolvió negativamente las pretensiones invocadas.

#### **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

El 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



13-001-33-33-003-2016-00209-01

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.





13-001-33-33-003-2016-00209-01

## 2.5 Contestación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>2</sup>

Esta entidad dio contestación a la demanda el 21 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 al 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.

<sup>2</sup> Folio 45-56 c. 1





13-001-33-33-003-2016-00209-01

- Prescripción: Que en caso de ser procedente, se declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente reclamadas dentro de los 3 años siguientes a la exigibilidad del derecho prestacional.
- 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 de 2 de febrero de 2018, la Juez Tercera Administrativa del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante, sosteniendo que al caso concreto le son aplicables las disposiciones contempladas en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por lo que la accionante tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria por el no pago de sus cesantías parciales.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Juez de instancia manifestó que la administración había sobrepasado el límite de los 65 días con los que contaba para reconocer y pagar las cesantías a la accionante, por lo que decidió declarar la nulidad de los actos demandados y condenar a la entidad demandada al pago de 126 días, que fue la mora en la que incurrió la entidad, desde el desde el 28 marzo de 2013 y el 31 de julio de 2013, sin derecho a indexación.

<sup>3</sup> Folio 96-101 c.1





13-001-33-33-003-2016-00209-01

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

La parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 2 de febrero de 2018, refiriéndose especialmente a la falta de disponibilidad presupuestal de la entidad para asumir el pago, en tiempo, de las acreencias por cesantías; 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 al actor la sanción moratoria; bajo ese entendido, debe considerarse la existencia de una falta de legitimación en la causa por activa.

**V.- TRÁMITE PROCESAL**

Por medio de acta del 25 de mayo de 2018<sup>5</sup>, se repartió el presente asunto a este Tribunal, por lo que con auto del 25 de septiembre de 2018<sup>6</sup>, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 6 de noviembre de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión<sup>7</sup>.

**VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**6.1. Alegatos de la parte demandante<sup>8</sup>:** La parte accionante, presentó su escrito de alegatos ratificándose en los argumentos de la demanda.

<sup>4</sup> Folio 104-113 cdno 1

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

<sup>6</sup> Folio 4 cdno apelaciones

<sup>7</sup> Fol. 8 cdno apelaciones

<sup>8</sup> Folio 23-26 cdno apelaciones





13-001-33-33-003-2016-00209-01

**6.2. Alegatos de la parte demandada<sup>9</sup>:** Esta entidad se ratificó en los argumentos de la contestación de la demanda y el recurso de apelación.

**6.3. Concepto del Ministerio Público<sup>10</sup>:** El Procurador Delegado ante este Tribunal, rindió concepto favorable a las pretensiones de la parte demandante, por lo que solicita que se confirme la decisión de primera instancia.

## 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 Actos administrativos demandados.**

- Acto administrativo contenido en Oficio No. 2016RE1599, del 25 de mayo de 2016, por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de una la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de la accionante<sup>11</sup>.

### **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:

<sup>9</sup> Folio 11-21 c. de apelaciones

<sup>10</sup> Folio 27-29 c. de apelaciones

<sup>11</sup> Folio 20-22 c. 1





13-001-33-33-003-2016-00209-01

¿Tiene derecho el señor *SERGIO PADILLA MERCADO*, al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales?

¿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?

### 7.5 Tesis de la Sala

La sentencia de primera instancia será MODIFICADA, en la medida en que le reconoció al actor un tiempo mayor al que se debía ser pagado por concepto de sanción moratoria, puesto que, por una parte, se tuvo en cuenta el término de 65 días para el reconociendo y pago de las cesantías, cuando en realidad, el plazo que se debía contabilizar era de 70 días, conforme con el CPACA; y por otra parte, porque en primera instancia no se realizó el estudio del fenómeno prescriptivo, que tuvo operancia en el caso.

Así las cosas, se observa que el señor *SERGIO PADILLA MERCADO* sí tiene derecho al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, como quiera que la jurisprudencia del Consejo de Estado es clara y constante en afirmar que a los docentes, en virtud del principio de favorabilidad, le es aplicable la Ley 1071 de 2006, y por lo tanto son acreedores de la sanción moratoria cuando el empleador incumple su obligación pagar de forma oportuna las cesantías parciales o definitivas.

De igual forma, es al Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a quien le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.



13-001-33-33-003-2016-00209-01

## 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 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), 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.





13-001-33-33-003-2016-00209-01

• **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, si esta se adoptó en vigencia de la Ley 1437 de 2011 o **5 días** si la petición se presentó en vigencia del Decreto 01 de 1984; y **45 días** hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 65 o 70 días hábiles, según sea el caso, 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 cómputo del término 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	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto

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





13-001-33-33-003-2016-00209-01

		notificación personal 12		
<b>ACTO ESCRITO</b>	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
<b>ACTO ESCRITO</b>	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
<b>ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER</b>	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

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 2005<sup>13</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 <b>15 días hábiles</b> siguientes a la radicación de la petición
3	Aprobación o razones para improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los <b>15 días hábiles</b> 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

La sentencia de unificación en comentario, considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 en el trámite del reconocimiento

<sup>12</sup>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.

<sup>13</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.)





13-001-33-33-003-2016-00209-01

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 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.





13-001-33-33-003-2016-00209-01

### 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

- Derecho de petición del 29 de abril de 2016, por medio del cual el señor SERGIO PADILLA MERCADO, solicitó la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías<sup>14</sup>.
- Acto administrativo contenido en Oficio No. 2016RE1599, del 25 de mayo de 2016, por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de una

<sup>14</sup> Folio 18-19 c. 1



13-001-33-33-003-2016-00209-01

la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de la accionante<sup>15</sup>.

- Resolución 1613 del 13 de marzo de 2013, por medio de la cual se reconoce una cesantías parciales, al señor SERGIO PADILLA MERCADO <sup>16</sup>.
- Certificado laboral de la accionante<sup>17</sup>.
- Certificado del 10 DE NOVIEMBRE DE 2016, en el que la FIDUPREVISORA hace constar que el pago de las cesantías parciales del actor se puso a disposición del mismo el 1 de agosto de 2013<sup>18</sup>.

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

En el caso bajo estudio se advierte que, el señor SERGIO PADILLA MERCADO, presta sus servicios como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA ISLA FUERTE - CARTAGENA.

Que, en virtud de lo anterior, radicó ante la Secretaria de Educación y Cultura de Bolívar, una solicitud de reconocimiento y pago parcial de cesantías, con fecha **20 de diciembre de 2012**<sup>19</sup>; siendo respondida la misma, mediante de Resolución 1613 del 13 de marzo de 2013, por medio de la cual se le reconoció al hoy demandante el valor de \$6.598.565 millones de pesos por concepto de cesantías parciales.

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

<sup>15</sup> Folio 20-22 c. 1

<sup>16</sup> Folio 23-24 c. 1

<sup>17</sup> Folio 26-27 c. 1

<sup>18</sup> Folio 78 c. 1

<sup>19</sup> Folio 23 c. 1





13-001-33-33-003-2016-00209-01

demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas:

<b>Primera Etapa</b>	
Radicación de la solicitud	20 de diciembre de 2012
Expedición del acto administrativo (15 días)	15 de enero de 2013
Ejecutoria del acto administrativo (10 días) CPACA	29 de enero de 2013
<b>Segunda Etapa</b>	
Pago de la obligación (45 días)	5 de abril de 2013

Como vemos, el plazo para efectuar el pago de las cesantías feneció el 5 de abril de 2013, pero el mismo solo se llevó a cabo el día 1 de agosto de 2013, por lo que la entidad demandada FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una **mora de 117 días, contados desde el 6 de abril de 2013 hasta el 31 de julio de esa misma anualidad.**

Es de resaltar en esta oportunidad que, el Juez de primera instancia al realizar el conteo del término con que contaba la entidad demandada para pagar las cesantías, utilizó el plazo de 65 días (15 días para responder la petición, 5 días de ejecutoria y 45 días para pagar), sin tener en cuenta que la petición de cesantías fue realizada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por lo tanto, el plazo para reconocer y pagar las cesantías es de 70 días (15 días para responder la petición, 10 días de ejecutoria y 45 días para pagar).

Bajo ese entendido, se advierte que la sanción moratoria reconocida en esta instancia menor a la reconocida en la sentencia impugnada, por lo que la sentencia de primera instancia será modificada en tal sentido.

### **Prescripción**

Procede este Tribunal, de oficio, a realizar el análisis del fenómeno de la prescripción en el caso bajo estudio, toda vez que se observa que entre la fecha en la que se hizo exigible la sanción moratoria y la fecha en la que se elevó la reclamación respectiva, transcurrió un tiempo considerable, que no fue advertido por la Juez de primera instancia.





13-001-33-33-003-2016-00209-01

En efecto se tiene que el término previsto por la ley para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas al señor SERGIO PADILLA MERCADO, venció el 5 de abril de 2013, pero el pago de las mismas solo se llevó a cabo el 1 de agosto de 2013, generándose una sanción moratoria 117 días, contados desde el 6 de abril de 2013 hasta el 31 de julio de esa misma anualidad. Ahora bien, como quiera que la reclamación de la referida sanción moratoria solo se llevó a cabo el 29 de abril de 2016, **los haberes generados con anterioridad al 29 de abril de 2013 se encuentran prescritos.**

Lo anterior significa, que el señor SERGIO PADILLA MERCADO, solo tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que corresponde **desde el 29 de abril de 2013 hasta el 31 de julio de 2013, que equivalentes a 94 días**, los cuales deberán ser pagados con el teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante.

#### 7.10. Conclusión

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, se observa que el señor SERGIO PADILLA MERCADO sí tiene derecho al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, como quiera que la jurisprudencia del Consejo de Estado es clara y constante en afirmar que a los docentes, en virtud del principio de favorabilidad, le es aplicable la Ley 1071 de 2006, y por lo tanto son acreedores de la sanción moratoria cuando el empleador incumple su obligación pagar de forma oportuna las cesantías parciales o definitivas.

De igual forma, es al Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a quien le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

Ahora bien, la sentencia de primera instancia deberá ser MODIFICADA, en la medida en que se reconoció un tiempo mayor, al que se debía pagar por





13-001-33-33-003-2016-00209-01

concepto de sanción moratoria, puesto que, por una parte, se tuvo en cuenta el término de 65 días para el reconociendo y pago de las cesantías, cuando en realidad, el plazo que se debía contabilizar era de 70 días, conforme con el CPACA; y por otra parte, porque en primera instancia no se realizó el estudio del fenómeno prescriptivo, que tuvo operancia en el caso.

#### VII.- COSTAS

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá condenar en costas al NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, toda vez que el recurso le es parcialmente favorable

#### 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 2 de febrero de 2018, la cual quedará así:

**"SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordenase a la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, reconocer y pagar al señor SERGIO ANTONIO PADILLA MERCADO, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reconocidas mediante Resolución No. 1613 del 13 de marzo de 2013, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, **desde el 29 de abril de 2013 hasta el 31 de julio de esa misma anualidad**, para un total de 94 días de sanción moratoria.





13-001-33-33-003-2016-00209-01

**PARÁGRAFO: DECLÁRESE** la prescripción de la sanción moratoria causada con anterioridad al 29 de abril de 2013".

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

**TERCERO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada, NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG como quiera que esta decisión le fue parcialmente favorable.

**CUARTO:** una vez en firme, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, 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 037 de la fecha

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS



←

2. 3. 4. 5.

0

2

3 4 5 6 7 8 9

0



Cartagena de Indias, 14 de junio del 2019

<b>Medio de control:</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado:</b>	13-001-33-33-003-2016-00209-01
<b>Demandante:</b>	SERGIO PADILLA MERCADO
<b>Demandado:</b>	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
<b>Tema:</b>	Sanción moratoria Docente
<b>Magistrado</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Por medio del presente conducto me permito salvar mi voto en los siguientes términos:

Respecto a la prescripción el Honorable Consejo de Estado establece como fenómeno de la prescripción lo siguiente:

*"La prescripción es el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dictan bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que los derechos que se pretenden adquiridos, para ejercerlos se tiene un lapso en el que deben ser solicitados so pena de perder dicha administración."*

A su turno, frente a la prescripción de derechos, con ponencia Consejera: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá DC; veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015). Radicación número: 080012331000201200388 01 No. Interno: 4346-13 Actor: MARIA DEL SOCORRO CHISMAS ACEVEDO Demandado: INSTITUTO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PROTUARIO DE BARRANQUILLA - CONTRALORIA DISTRITAL DE BARRANQUILLA, estableció los siguientes:

*"En pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia, han señalado que la "prescripción es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado [...] Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular;"*

De acuerdo con lo anterior se tiene que la norma establece para el ejercicio de los derechos un tiempo determinado dentro del cual se debe solicitar su

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA-SUBSECCION "B"-Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ-Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).Radicación número: 47001-23-31-000-2003-00376-01(1201-08).Actor: MARCO FIDEL RAMIREZ YEPEZ Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SITIONUEVO - MAGDALENA.





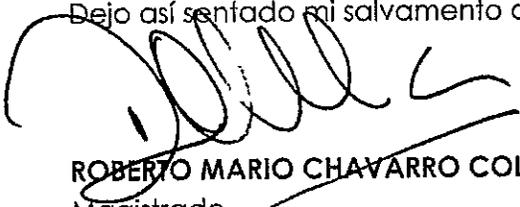
ejecución, y si transcurre dicho tiempo y no se solicitó, se traduce en la pérdida de interés para ejercerlo.

De todo lo arriba mencionado, se tiene que la prescripción es el fenómeno a partir del cual, el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, conforme a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dictan. En el evento de la prescripción extintiva, se hace referencia al deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial fijado en la Ley; es decir, si los derechos que se han adquirido no se solicitan en un determinado lapso fijado por una norma, se pierde la oportunidad para ejercerlos ante la ausencia del interés que presume el legislador, por parte de quien ostenta el derecho.

En el caso concreto, las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 no consagraron expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, lo cual no significa que la misma sea imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles, por analogía se aplica el artículo 151 del C.P.T.

Siguiendo la anterior línea jurisprudencial y siendo que el derecho al pago de las cesantías definitivas fueron reconocidas por medio resolución nº 1613 del 13 de marzo del 2013; ahora bien, la obligación se hizo exigible el día 06 de abril de 2013, y la petición del reconocimiento y pago de la sanción por mora se hizo el 29 de abril de 2016, quiere decir que transcurrieron los tres años de que trata la Norma y la Jurisprudencia para que operara el fenómeno prescriptivo, dado que, el actor contaba hasta el 06 de abril de 2016 para presentar la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria; motivo por el cual, debió declararse *ex officio* la **prescripción extintiva total** del derecho al pago de la sanción moratoria; teniendo en cuenta que en el presente asunto, **no opera la prescripción trienal**, debido a que, la sanción moratoria no es un derecho laboral ni mucho menos una prestación periódica, sino una penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía.

Dejo así sentado mi salvamento de voto.

  
ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS  
Magistrado.