



Cartagena de Indias D.T y C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2015-00376-01
Demandante	JUANA ROGELIA FRANCO HERNÁNDEZ
Demandado	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL 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 23 de mayo de 2017, por el Juzgado Tercero Oral 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 JUANA FRANCO HERNÁNDEZ, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

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

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora JUANA ROGELIA FRANCO HERNÁNDEZ instauró demanda de nulidad y

¹ Folios 1-15 cdho 1





restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

1. Declarar la existencia de un acto ficto configurado el día 06 de julio del 2015, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el 06 de abril de 2015, por el pago tardío de las cesantías a mi representado y, declarar la nulidad el acto ficto configurado el día 06 de julio de 2015, frente a la petición presentada el día 06 de abril de 2015, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente 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 las cesantías ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representada tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR por tener interés en las results 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 cada 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.

3. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL al reconocimiento y pago de la actualización o indexación de la condena.

4. Reconocer y pagar los intereses causados en favor de la actora.

5. Condenar en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes





2.3 Hechos

La demandante expone que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, fue creado por medio de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica 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 los servicios educativos estatales, solicitó, el 09 de mayo de 2011, el reconocimiento y pago de sus cesantías; siendo reconocidas las mismas, mediante Resolución No. 5138 del 08 de noviembre de 2011, y pagadas el día 14 de mayo de 2012.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 65 días para el pago de las cesantías en comento, el cual vencía el 11 de agosto de 2011, sin embargo, solo lo realizó el pago el 14 de mayo de 2012, transcurriendo un total de 272 días de mora.

Afirma la actora que, con escrito del 06 de abril de 2015, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta resolvió negativamente en forma ficta 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 sostiene que 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, 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 para cancelar la prestación, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales.

Explica la demandante que se transgredieron las legales citadas 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, conlleva 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 Magisterio²

Esta entidad dio contestación a la demanda el 11 de julio de 2016, manifestando que las pretensiones de la actora 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.

² Folio 46-64 cdno. 1



- Prescripción: Sin que implique reconocimiento alguno de las pretensiones de la demanda, solicita se declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente reclamadas dentro de los tres 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.

2.5.2 Departamento de Bolívar³

Esta entidad dio contestación a la demanda el 12 de julio de 2016, manifestando que se opone a las pretensiones de la demanda, por considerarlas carentes de motivaciones jurídicas o fácticas, proponiendo como excepciones de fondo la de Falta de Legitimación Material en la Causa por Pasiva, Prescripción Trienal en la Reclamación Administrativa de Derechos Laborales, Expresa Prohibición Legal e Inexistencia de Derecho para Pedir.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA⁴

Por medio de providencia del 23 de mayo de 2017, la Juez Tercero Oral 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

³ Folio 69-79 cdno. 1

⁴ Folio 131-136 cdno. 1





demandante solicitó el reconocimiento y pago el 09 de mayo de 2011 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 12 de agosto de 2011; sin embargo, la consignación y pago de las cesantías de la demandante se efectuó el día 14 de mayo de 2012, lo que permite concluir que tales cesantías parciales fueron pagadas con 275 días de retardo, pues la mora solo corrió hasta el día anterior a dicho pago, es decir, hubo una mora entre el 13 de agosto de 2011 y el 13 de mayo de 2012.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁵

Por medio de escrito del 11 de junio de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 23 de mayo 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 la juez de primera instancia en sancionar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional, debido a que carece de 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 17 de julio de 2017⁶ se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, con

⁵ Folio 141-147 cdno. 1

⁶ Folio 151 cdno. 1



providencia calendada 21 de febrero de 2018⁷, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 14 de agosto de 2018⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁹: La parte accionante, se ratifica en lo expuesto en la demanda.

6.2. Alegatos de la parte demandada FOMAG¹⁰: Esta entidad, presentó su escrito de alegatos el 29 de agosto de 2018, ratificándose en los argumentos de la apelación.

6.3. Alegatos del Departamento de Bolívar¹¹: Esta entidad, presentó su escrito de alegatos el 30 de agosto de 2018, basados en la figura de Falta de Legitimación Material en la causa pasiva.

6.4. 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.

7.2. Competencia.

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

⁷ Folio 4 cdno. apelaciones
⁸ Folio 9 cdno. apelaciones
⁹ Folios 19-22 cdno. apelaciones
¹⁰ Folios 23-32 cdno. apelaciones
¹¹ Folios 13-17 cdno. apelaciones





7.3 Acto administrativo demandado.

Acto ficto configurado el día 06 de julio de 2015, por el cual se entiende negada la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías del accionante, frente a la petición presentada el 06 de abril de 2015.

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 JUANA FRANCO HERNÁNDEZ el derecho a reclamar una sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales?

¿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 confirmada en lo afín a la sanción moratoria, toda vez que para el caso de los docentes del sector público también resulta aplicable 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 dicha sanción 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.

No obstante, en lo que se refiere al término de 3 años de prescripción de la sanción moratoria, se tiene que el mismo empieza a correr desde cuando se hace exigible la obligación, es decir, desde cuando vence el plazo determinado en la ley para reconocer y pagar las cesantías parciales o definitivas; y, en el caso de marras, la reclamación fue presentada con posterioridad a dicho plazo, por lo cual existe prescripción parcial de la sanción moratoria.

En consecuencia, esta Sala **MODIFICARÁ** la sentencia de primera instancia, toda vez que en esta instancia se determinó la existencia de prescripción parcial de la sanción moratoria.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuestos, 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, (ii) Prescripción trienal; y (iii) 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 transcribir las 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:

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 12	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	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que

¹²Se 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.



		que lo resuelve		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 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005¹³, 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

¹³«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.»



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

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 5138 del 08 de noviembre de 2011, por medio de la cual se reconoce una cesantía parcial por los servicios prestados como docente¹⁴.
- Formato único para la expedición de certificado de salarios, en el cual se deja constancia del sueldo de la accionante en los años 2011 y 2012.¹⁵
- Copia del documento De identidad de la señora JUANA ROGELIA FRANCO HERNÁNDEZ¹⁶
- Oficio radicado el 06 de abril de 2015, por medio de la cual la señora JAUNA FRANCO HERNÁNDEZ, reclama el pago de una sanción moratoria¹⁷.
- Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A., en la cual se deja constancia que el pago correspondiente a las cesantía parciales

¹⁴ Folios 18-20 cdno 1

¹⁵ Folios 21-22 cdno 1

¹⁶ Folio 23 cdno 1

¹⁷ Folios 24-25 cdno 1



reclamadas por la actora, quedaron a disposición desde el día 14 de mayo de 2012.¹⁸

- La entidad demandada acepta el hecho 9º. de la demanda, por lo tanto se confirma un acto ficto configurado el día 06 de julio de 2015¹⁹.

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

En el caso bajo estudio se advierte que, la señora JUANA ROGELIA FRANCO HERNÁNDEZ, presta sus servicios como docente de vinculación Departamental en la Institución Educativa Técnica Agropecuaria José Antonio Galán de Hatoviejo, municipio de Calamar, desde el día 09 de marzo de 1992 al 11 de abril de 2011.

Que, en virtud de lo anterior, radicó ante la Secretaria de Educación y Cultura de Bolívar, una solicitud de reconocimiento y pago de cesantías, con fecha **09 de mayo de 2011**²⁰; siendo respondida la misma, mediante Resolución No. 5138 del 08 de noviembre de 2011, por medio de la cual se le reconoció a la hoy demandante el valor de \$44.975.346,00 millones de pesos por concepto de cesantías parciales²¹, ordenándose el pago sobre la suma de \$38.000.000,00, como anticipo de cesantías; con constancia de notificación el día 05 de diciembre de 2011.

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 solicitadas:

Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	09 de mayo de 2011
Expedición del acto administrativo (15 días)	Hasta el 30 de mayo de 2011

¹⁸ Folio 111 cdno 1

¹⁹ Fol. 54 cdno 1

²⁰ Fol. 18 cdno 1

²¹ Folios 18-20 cdno 1



Ejecutoria del acto administrativo (5 días) C.P.A.C.A	Hasta el 07 de junio de 2011
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 12 de agosto de 2011

Ahora bien, en el caso bajo estudio, se advierte que el plazo para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales, venció el **30 de mayo de 2011**; sin embargo, la Resolución No. 5138 que tenía por objeto tal finalidad, solo fue expedida el **08 de noviembre de 2011**, es decir, de manera extemporánea.

Bajo ese entendido, debe tenerse en cuenta 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, **30 de mayo de 2011**, 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 **12 de agosto de 2011**, pero el mismo solo se llevó a cabo el día **14 de mayo de 2012**, por lo que la entidad demandada FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de **275 días**, contados desde el 13 de agosto de 2011 al 13 de mayo de 2012.

De otro lado pero dentro del mismo contexto, esta Corporación se pronunciará sobre la prescripción trienal y, para el efecto se apoyará en lo establecido en el artículo 187 del CPACA, específicamente en el inciso segundo, que enseña:

"[...] En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus."

En cuanto a la prescripción, observa la Sala, que el derecho que aquí se exige nace el 13 de agosto de 2011, el cual se extiende hasta el 13 de mayo de 2012, período que para efectos de interrumpir el fenómeno prescriptivo debía presentarse la solicitud de pago de la indemnización por mora en la



cancelación de las cesantías dentro de los tres (3) años siguientes a dicho tiempo y teniendo en cuenta, que la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria fue presentada por el actor el día 6 de abril de 2015, ello implica que el lapso correspondiente al 13 de agosto de 2011 hasta el 05 de abril de 2012, deberá declararse probada la prescripción parcial, puesto que de conformidad con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, las acciones que emanen de leyes sociales prescribirán en un término de tres (3) años, si no se reclaman dentro del mismo; como quiera que la solicitud se reitera se hizo el 6 de abril de 2015, significa que sólo interrumpió desde el 6 de abril de 2012 hasta un día antes del pago, es decir, hasta el 13 de mayo de 2012.

Con fundamento en lo todo lo anterior, esta Magistratura, considera que habrá de ordenarse el reconocimiento efectivo de la sanción moratoria desde el 06 de abril de 2012 al 13 de mayo de 2012, por prescripción trienal, por lo que se **modificará** la sentencia de primera instancia.

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 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 del Magisterio, y le asignó la función de reconocer y pagar las cesantías al personal docente.

Relativo al tercero interrogante jurídico hilvanado, la respuesta será positiva toda vez que, a la actora le asiste derecho para reclamar la sanción moratoria por el pago retardado de las cesantías.

Relativo al cuarto interrogante jurídico planteado 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 65 días hábiles como término en los cuales debe cumplir la entidad pública nominadora con el pago de la respectiva obligación prestacional.

Por último, se ordenará el reconocimiento efectivo de la sanción moratoria desde el 06 de abril de 2012 al 13 de mayo de 2012, por prescripción trienal.

En consecuencia, esta Sala **MODIFICARÁ** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que el reconocimiento efectivo de la sanción moratoria comprende desde el día 06 de abril de 2012 hasta el 13 de mayo de 2012, por prescripción trienal y no como lo determinó el juez de primera instancia. En todo lo demás se **CONFIRMARÁ** el fallo de alzada, por las razones antes expuestas.

VII.- COSTAS

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida, en esta instancia.

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 la sentencia del 23 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Oral Administrativo del circuito de Cartagena, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia así:

"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 JUANA ROGELIA FRANCO HERNÁNDEZ, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago de las mismas desde el día 06 de abril de 2012 hasta el 13 de mayo de 2012, por



prescripción trienal. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia"

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada en esta instancia, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y 365 - 366 del CGP.

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. 120 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

En uso de permiso