



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

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-005-2016-00251-02
Demandante	RUBY DEL CARMEN MANOTAS PÁJARO
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 los recursos de apelación interpuestos por las partes¹, contra la sentencia dictada en audiencia del 11 de mayo de 2017, por el Juzgado Quinto 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 RUBY DEL CARMEN MANOTAS PÁJARO, 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.

¹ Fols 129-140 Cdo1



2.1. La demanda².

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora RUBY DEL CARMEN MANOTAS PÁJARO, 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,

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la existencia y nulidad del acto administrativo ficto configurado el **06 de noviembre del 2014**, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el 6 de agosto del 2014, por el pago tardío de las cesantías del actor.

SEGUNDO: Que se declare que el señor RUBY DEL CARMEN MANOTAS PÁJARO, 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 Folios 1-15





Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

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

Que, laboró como docente en una institución educativa de carácter estatal, y el 22 de marzo de 2011 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho.

Expone, que por medio de Resolución No 6494 del 05 de septiembre de 2012 le fue reconocido su derecho, siendo canceladas las mismas el 12 de diciembre de 2012.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 65 días para el pago de las cesantías en comento, la cual vencía el 24 de junio de 2011, sin embargo, solo lo realizó el 12 de diciembre del 2012, transcurriendo un total de 527 días de mora contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento que efectuó el pago

Afirma el actor que, con escrito del 06 de agosto de 2014, solicitó el 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 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

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

Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006

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

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

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

Que el espíritu garantista de la ley 1071 de 2006 al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía, está siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación, con





posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, obviando la protección de los derechos del trabajador, haciéndose el Fondo de Prestacional del Magisterio acreedor de la sanción que corresponde por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

2.5 Contestación

2.5.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³

Esta entidad dio contestación a la demanda el 21 de noviembre de 2016, manifestando que las pretensiones del actor no están ajustadas a derecho, puesto que debió demandar a la entidad administradora de los recursos del magisterio, que es la Fiduprevisora. Añade, que a los docentes no les es permitido el reconocimiento de sanción moratoria por el no pago de las 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

³ Folio 64-73 c. 1





- demandada no podía ordenar el pago, so pena de incurrir en pago de no debido en los términos del artículo 2313 del Código Civil.
- 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 IMPUGNADA⁴

Por medio de providencia de 11 de mayo de 2017, la Juez Quinto Administrativo 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.

Ahora bien, por otra parte sostuvo que, como quiera que la reclamación para obtener la sanción moratoria fue presentada el 6 de agosto de 2014, los días causados con anterioridad al 6 de agosto de 2011, se encuentran prescritos; es decir, que la sanción por mora deberá ser reconocida a partir del 6 de agosto de 2011, hasta el 11 de diciembre de 2012, día anterior a que fueran canceladas las mismas.

⁴ Folio 119-124 C.1





IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Recurso de apelación de la parte demandante⁵

Con escrito del 22 de mayo de 2017, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, manifestando que no se encuentra de acuerdo con la misma, en los que tiene que ver con la prescripción de la sanción moratoria, como quiera que, ésta debe ser contada a partir de la fecha en la que se realizó el pago efectivo de las cesantías.

En ese orden de ideas, considera que, como las cesantías parciales fueron canceladas el 12 de diciembre de 2012, se tenía hasta el 12 de diciembre de 2015, para interrumpir la prescripción, hecho que ocurrió el 6 de agosto de 2014, es decir, en tiempo.

4.2 Recurso de apelación de la parte demandada⁶

Por medio de escrito del 22 de mayo de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 11 de mayo de 2017, en lo que se refiere a la falta de disponibilidad presupuestal, y en el hecho de que la Ley 1071 de 2006 no contempla el reconocimiento de sanción moratoria por el pago retardado de las cesantías a los docentes.

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

⁵ Folio 129-133 cdno 1

⁶ Folio 134-139 cdno 1



V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 13 de febrero de 2018, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal⁷; y, con providencia del 17 de abril de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión⁸.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁹: La parte accionante, presentó su escrito de alegatos el 2 de mayo de 2018, ratificándose en los argumentos del recurso.

6.2. Alegatos de la parte demandada¹⁰: Esta entidad, presentó su escrito de alegatos el 8 de mayo de 2018, ratificándose en los argumentos de la contestación de la demanda.

6.3. Concepto del Ministerio Público: no rindió concepto

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 Fol. 9 apelaciones

⁹ Folio 12-13 apelaciones

¹⁰ Folios 14-19 apelaciones





7.3 Actos administrativos demandados.

- Acto administrativo ficto configurado el en virtud de la petición de fecha **06 de noviembre 2014**, en la que se reclama la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del actor.

7.4 Problema jurídico.

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

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

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

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

¿Existe prescripción parcial de la sanción moratoria? ¿Desde cuándo se debe contabilizar el término de prescripción de la sanción moratoria?

7.5 Tesis de la Sala

Para la Sala, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, en la medida en 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 le corresponde al Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FOMAG, 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.

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 recocer 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.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1 De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes.

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo y que se reconoce, de manera parcial cuando se dan los supuestos fácticos que originan el derecho a ella o en forma definitiva luego del retiro del servicio, siendo su oportuno pago, en ambos eventos, asunto de trascendencia constitucional.

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



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

- **Ley aplicable:**

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

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

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

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

Igualmente resume dicho término en las siguientes hipótesis:



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 ¹¹	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

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

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

¹¹Se 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.





Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005¹², 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	Secretaría de educación territorial	Dentro del término previsto en la ley
5	Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo

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

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

¹²«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.»



ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

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

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

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

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

- **La indexación de la sanción moratoria**

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

7.6.2 Entidad competente para el pago de la sanción moratoria.

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

Al respecto recalcó:



"el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serán reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

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

7.8 Caso concreto

7.8.1 Hechos Probados

- Resolución 6494 de septiembre 5 de 2012, por medio de la cual se reconoce una cesantías parciales para compra de vivienda¹³.
- Oficio del 20 de noviembre de 2014, por medio de la cual se da respuesta a la petición de reconocimiento y pago de una sanción moratoria, de radicado 20140170065311¹⁴.
- Comprobantes de pago de nómina, de fecha 30 de junio de 2015¹⁵.
- Oficio radicado el 6 DE AGOSTO DE 2014, por medio del cual la señora RUBY DEL CARMEN MANITAS reclama el pago de una sanción moratoria¹⁶.

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

En el caso bajo estudio se advierte que, la señora RUBY DEL CARMEN MANOTAS PÁJARO, presta sus servicios como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA TÉCNICA INDUSTRIAL DE TURBANA, municipio de TURBANA, desde el 24 de enero de 1994.

¹³ Folio 18-20 c.1

¹⁴ Folio 21 c. 1

¹⁵ Folio 22-23 c. 1

¹⁶ Folio 26-27 c. 1



"Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual." (Subrayas fuera del texto original).

Según lo anterior, para efectos de evitar la prescripción del derecho a la sanción moratoria, **ésta debe ser reclamada dentro de los 3 años siguientes a la fecha en la que se hizo exigible.**

Al respecto, la sentencia de unificación del 20 de septiembre de 2018, del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ expone²⁰:

"Cuarto problema jurídico.

¿Es aplicable la prescripción a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y operó dicho fenómeno en el presente asunto?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Sí hay prescripción de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, y en el presente caso se configura respecto de las porciones de sanción que se causaron con anterioridad al 12 de abril de 2009, como a continuación pasa a indicarse. El fenómeno de la prescripción es aquel en el que en el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo.

La prescripción extintiva hace relación 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.

Ahora, si bien es cierto que en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 no se consagró expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, ello no quiere decir que esta es imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.²¹

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCION "A". Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00454-01 (0378-15)

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016 de fecha 25 de agosto de 2016, radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo.





Conforme a lo expuesto, ante la ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto del derecho laboral que aquí se reclama, por analogía se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral²², así se explicó en la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado CE-SUJ004 de 2016;²³

De conformidad con lo citado de forma preliminar, en el caso sub examine se analizan los siguientes supuestos entorno a la prescripción:

- El periodo de mora causado es del 16 de agosto de 2007 hasta el 3 de septiembre de 2009;
- La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 el 12 de abril de 2012 (folios 8 a 14 c.ppal), por el no pago oportuno de las cesantías parciales;
- La entidad guardó silencio, respecto de la petición descrita en el item anterior.

En atención a los presupuestos fácticos indicados, se deberán declarar prescritas las porciones de sanción que se causaron con 3 años de anterioridad. Así las cosas, en el caso de la señora Lucy Arteaga Ortiz, la indemnización equivalente a un día de salario por cada día de retraso comprenderá desde el 12 de abril de 2009 hasta el 3 de septiembre de 2009".

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, observa la Sala que, el término de prescripción debe contabilizarse desde cuando se hizo exigible la obligación, es decir, desde cuando venció el plazo para pagar al docente las cesantías parciales o definitivas.

Así las cosas, cuando la solicitud de pago de la sanción moratoria se haya efectuado por fuera del plazo de los 3 años contados desde su exigibilidad, se declararán prescritas aquellas porciones que quedaren por fuera de dicho término, pagándose únicamente la sanción moratoria causada dentro de los tres años anteriores a la presentación de la reclamación, hasta que

²² « [...] Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual. [...]».

²³ Sección Segunda, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016 de fecha 25 de agosto de 2016, radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo.



efectivamente se haya puesto a disposición del interesado las cesantías respectivas.

En el caso de marras, el plazo de los 65²⁴ días, con los que contaba el FOMAG para pagar las cesantías parciales a la señora RUBY DEL CARMEN MANOTAS PÁJARO, feneció el 24 de junio de 2011, por lo que a partir del **25 de junio de 2011** comenzó a correr la sanción moratoria en comento, hasta tanto se registrara el pago de la obligación en comento, lo cual tuvo ocurrencia el **12 de diciembre de 2012**.

Ahora bien, se advierte que solo hasta el **6 de agosto de 2014**, la accionante presentó su reclamación frente a la sanción moratoria²⁵, por lo que el término de 3 años de prescripción operó para todas aquellas acreencias generadas antes del **6 de agosto de 2011**, tal y como lo expuso el Juez a quo. De acuerdo con lo anterior, **solo es procedente reconocer el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, desde el 6 de agosto de 2011, hasta el 11 de diciembre de 2012**.

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 asentada en la exposición de motivos de la norma en cita, dado que el propósito de la misma era unificar el régimen prestacional a todos los servidores públicos, incluyendo los del sector de educación, los cuales no tienen un régimen especial y por lo tanto, se rigen por las normas generales sobre el tema.

Relativo al segundo interrogante jurídico hilvanado, se tiene que es el Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FOMAG, es a quien le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el

²⁴ Se tiene en cuenta el plazo de 65 días, toda vez que la actuación administrativa se dio en vigencia del Código Contencioso Administrativo, que dispone un plazo de ejecutoria de 5 días para los actos administrativos.

²⁵ Folio 26-27



desembolso tardío de las cesantías a los docentes oficiales conforme con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

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 recocer 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 **CONFIRMARÁ** el fallo de alzada, por las razones antes expuestas.

VII.- COSTAS

De conformidad con lo establecido en el numeral 1º y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá de condenar en costas toda vez que no prosperó ninguno de los recursos de alzada.

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: CONFIRMAR la sentencia del 11 de Mayo de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN CONSTAS en esta instancia toda vez que no prosperó ninguno de los recursos de alzada.

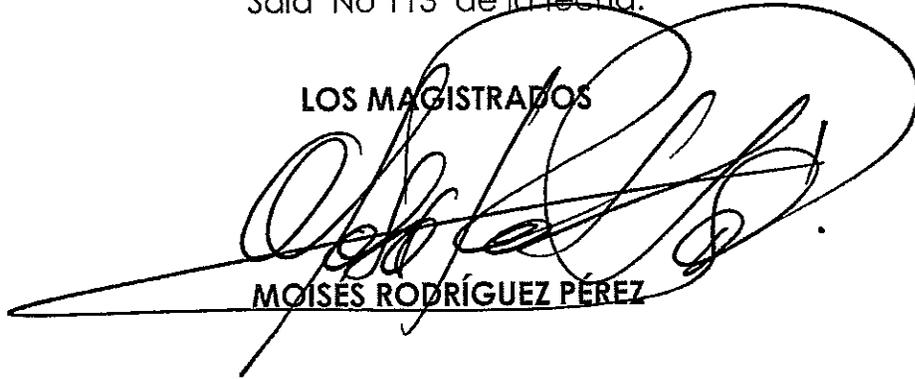


CUARTO: una vez en firme, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No 113 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE