Cartagena de Indias D.T y C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-005-2017-00110-01**
Demandante	**MANUEL HERMINIO ALVEAR PÉREZ**
Demandado	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**
Magistrado	**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 14 de diciembre 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 MANUEL HERMINIO ALVEAR PÉREZ, 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 demanda[1].

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor MANUEL HERMINIO ALVEAR PÉREZ instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO

[1] Folios 1-16 cuaderno 1

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

2.2. Pretensiones

1. Que se declare la existencia de un acto ficto configurado el día 14 de enero de 2017, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 14 de octubre de 2016, por el pago tardío de las cesantías a mi representado y, en consecuencia se declare la nulidad el acto ficto configurado el día 14 de enero de 2017, frente a la petición presentada el día 14 de octubre de 2016, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA al demandante 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 el demandante 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 resultas 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 – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR, al reconocimiento y pago de la actualización o indexación de la condena.

4. Reconocer y pagar los intereses causados en favor del actor.

5. Condenar en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

El 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 29 de agosto de 2014, el reconocimiento y pago de sus cesantías; siendo reconocidas las mismas, mediante Resolución No. 2023 del 19 de septiembre de 2014, y pagadas el día 05 de febrero de 2015.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 65 días para el pago de las cesantías en comento, el cual vencía el 03 de diciembre de 2014, sin embargo, solo lo realizó el pago el 05 de febrero de 2015, transcurriendo un total de 61 días de mora.

Afirma el actor que, con escrito del 14 de octubre de 2016, 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

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

Indica que la demandada dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2° de la misma ley, tiene un plazo máximo de 45 días hábiles 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 el 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]

Esta entidad dio contestación a la demanda el 15 de septiembre de 2017, manifestando que las pretensiones del actor no están ajustadas a derecho, puesto que debió demandar a la entidad administradora de los recursos del magisterio, que es la FIDUPREVISORA. Añade, que a los docentes no les es permitido el reconocimiento de sanción moratoria por el no pago de las cesantías, debido a que las normas que regulan sus derechos no lo contempla; como son la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

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

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso las siguientes:

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

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

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

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

[2] Folios 49-60 Cuaderno 1

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

- Buena Fe: La demandada cita como antecedente la Sentencia T-475 de 1992 y agrega que ha actuado de buena fe exenta de culpa, inclusive, durante todos los trámites efectuados por la parte demandante y en cumplimiento de las normas que regulan la materia.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA[3]

Por medio de providencia del 14 de diciembre de 2017, el Juez Quinto 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 el demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 29 de agosto de 2014, y de acuerdo a los términos perentorios previstos en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio contaba con 15 días hábiles para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, expidiendo el mismo el día 19 de septiembre de 2014, y por estar dentro del tiempo estipulado en la norma, se contarán los 45 días hábiles que tenía para efectuar el pago desde la firmeza del mismo y de ahí la correspondiente sanción moratoria. Explicó que, dicho plazo vencía el 27 de enero de 2015, pero las cesantías fueron pagadas el 5 de febrero de 2015, es decir, con 8 días de retardo; concluyendo que hubo una mora entre el 28 de enero y el 4 de febrero de 2015.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

Por medio de escrito del 17 de enero de 2018, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 14 de diciembre 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

[3] Folios 81-87 Cuaderno 1
[4] Folios 89-98 Cuaderno 1

disposición legal de carácter general regulada por la ley 1071 de 2006, que no se hace extensiva a los docentes del sector público.

Afirma que, se equivoca el juez de primera instancia en sancionar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional, debido a que carece de 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 08 de marzo de 2018[5] se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, con providencia calendada 22 de agosto de 2018[6], se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con auto de fecha 22 de marzo de 2019[7], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante[8]: La parte accionante, presentó su escrito de alegatos el día 10 de abril de 2019, ratificándose en lo expuesto en la demanda.

6.2. Alegatos de la parte demandada[9]: No presentó escrito de alegatos.

6.3. Concepto del Ministerio Público: El agente del Ministerio Público, manifestó que el pago de las cesantías a la parte actora se efectuó con posterioridad a

[5] Folio 106 Cuaderno 1
[6] Folio 4 cdno. apelaciones
[7] Folio 9 cdno. apelaciones
[8] Folios 14-18 cdno. apelaciones
[9] Folios 17-22 cdno. apelaciones

los 70 días que estipula la Ley 244 de 1995 en concordancia con el CPACA; pero, el término de 70 días vencía el día 11 de diciembre de 2014 y no el día 27 de enero de 2015 como señaló el juez de primera instancia, lo cual debería ser corregido, de no hacerse más gravosa la situación del apelante único.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

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

7.2. Competencia.

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

7.3 Acto administrativo demandado.

Acto ficto configurado el día 14 de enero de 2017, 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 14 de octubre 2016.

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 del señor MANUEL HERMINIO ALVEAR PÉREZ el derecho a reclamar una sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas?
¿Es la inexistencia de disponibilidad presupuestal, un hecho que exonera a la entidad pagadora de la sanción estudiada?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala considera que la sentencia apelada debe ser **confirmada** toda vez que para el caso de los docentes del sector público también resulta aplicable la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, aunque la Ley 91 de 1989 que regula de manera especial el pago de cesantías para los docentes, no contempla la sanción moratoria por el retardo en el pago, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, ha reconocido la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector público, siendo esta posición, a criterio de esta Sala de Decisión, la que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral y al de igualdad material de los docentes frente a los otros servidores públicos que sí se ven cobijados por dicha prerrogativa; de allí que, en vista de la finalidad que llevó a establecer la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías, no es posible excluir a los docentes que se podrían encontrar en la misma situación.

En consecuencia, esta Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, pues si bien el a quo erradamente determinó la mora para el pago de las cesantías parciales desde el día 27 de enero de 2015 a 05 de febrero de 2015, cuando en realidad la mora comprende desde el día 11 de diciembre de 2014 al 05 de febrero de 2015; no es dable modificar la sentencia en estudio, apoyados en el principio de la *no reformatio in pejus*, porque de hacerlo haría más gravosa la condena del apelante único.

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; y (ii) el caso concreto.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

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

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

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

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

- **Ley aplicable:**

La Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción

por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.

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

Precisa el momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía será vencido los 65 o 70 días con que cuenta la administración para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías y realizar el pago 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 PAG CESANTÍA	CORRE MORATOR
PETICIÓN S RESPUESTA	No aplica	10 días, después c cumplidos 15 pa expedir el acto	45 días posterior a la ejecutoria	70 días posteriores la petición
ACTO ESCRIT EXTEMPORÁNEO (después de días)	Aplica pero no s tiene en cuen para el compu del termino c pago	10 días, después c cumplidos 15 pa expedir el acto	45 días posterior a la ejecutoria	70 días posteriores la petición
ACTO ESCRITO E TIEMPO	Personal	10 días, posteriores la notificación	45 días posterior a la ejecutoria	55 días posteriores la notificación
ACTO ESCRITO E TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores certificación c acceso al acto	45 días posterior a la ejecutoria	55 días posteriores la notificación

ACTO ESCRITO E TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores siguiente de entreg del aviso	45 días posterior a la ejecutoria	55 días posteriores la entrega del avis
ACTO ESCRITO E TIEMPO	Sin notificar notificado fue de término	10 días, posteriores intento d notificación person 10	45 días posterior a la ejecutoria	67 días posteriores la expedición d acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después d la renuncia	45 días desde renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurs	Adquirida, despu de notificado el ac que lo resuelve	45 días, a partir d siguiente a ejecutoria	46 días desde notificación del ac que resuelve recurs
ACTO ESCRIT RECURSO S RESOLVER	Interpuso recurs	Adquirida, despu de 15 días d interpuesto el recurs	45 días, a partir d siguiente a ejecutoria	61 días desde interposición d 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 2005, previó unos términos especiales, que la Sala resumió así:

	Trámite	Entidad encargada	Término
1	Radicación de la petición d cesantías parciales definitivas	Secretaría de educación de l entidad territorial certificada a l que se encuentre vinculado docente.	
2	Elaboración del proyecto d acto administrativo y remisió a la sociedad fiduciaria	Secretaría de educació territorial	Dentro de los 15 dí hábiles siguientes a l radicación de l petición
3	Aprobación o razones par improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 dí hábiles siguientes recibo del proyect de resolución
4	Suscribir la resolución efectuar la notificación	Secretario de educació territorial	Dentro del términ previsto en la ley

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

5.	Remisión a la socieda fiduciaria de la copia de lo actos administrativos d reconocimiento, junto con l constancia de ejecutoria	Secretaría de educació territorial	Dentro de los 3 día siguientes a la firmez del act 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 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 D MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varia anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada añ
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.*

7.7 Caso concreto

7.7.1 Hechos Probados

- Resolución 2023 del 19 de septiembre de 2014, por medio de la cual se reconoce una cesantía parcial por los servicios prestados como docente[11].
- Oficio radicado el 14 de octubre de 2016, por medio de la cual el señor MANUEL HERMINIO ALVEAR PÉREZ, reclama el pago de una sanción moratoria[12].

[11] Folios 21-23 Cuaderno 1
[12] Fol. 19-20 cdno 1

- La entidad demandada no se manifiesta sobre el Derecho de Petición radicado el 14 de octubre de 2016, por lo tanto se confirma un acto ficto configurado el día 14 de enero de 2017.
- Sello de "PAGADO POR CAJA" del Banco BBVA de fecha 05 de febrero de 2015, plasmado en la Resolución 2023 del 19 de septiembre de 2014, por medio de la cual se reconoce una cesantía parcial por los servicios prestados como docente[13].

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

En el caso bajo estudio se advierte que, el señor MANUEL HERMINIO ALVEAR PÉREZ, presta sus servicios como docente de vinculación Departamental, desde el 19 de marzo de 2004 al 30 de diciembre de 2013.

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 **14 de octubre de 2016**; siendo respondida la misma, mediante de Resolución 2023 del 19 de septiembre de 2014, por medio de la cual se le reconoció al hoy demandante el valor de $10.235.360,oo millones de pesos por concepto de cesantías parciales[14], notificándose de la misma el 31 de octubre de 2014[15].

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	29 de agosto de 2014
Expedición del acto administrativo (15 días	Hasta el 19 de septiembre de 2014

[13] Folio 21 Cuaderno 1
[14] Folio 21-23 Cuaderno
[15] Folio 23 reverso Cuaderno 1

Ejecutoria del acto administrativo (10 días CPACA	Hasta el 03 de octubre de 2014
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 11 de diciembre de 2014

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 **19 de septiembre de 2014**; fecha en la que efectivamente fue emitida la Resolución No. 2023, que tenía por objeto tal finalidad.

Así las cosas, la ejecutoria del acto que reconoce cesantías se dio el día **03 de octubre de 2014**, feneciendo el plazo para efectuar el pago de las cesantías el día **11 de diciembre de 2014**, pero el mismo sólo se efectuó el día **05 de febrero de 2015**[16]; por lo que la entidad demandada FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de **55** días, contados desde el 12 de diciembre de 2014 al 04 de febrero de 2015.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los días contabilizados de mora en esta instancia (55) superan los días de mora que estableció el A quo (8), está Corporación, apoyados en el principio de la *no reformatio in pejus*, no modificará la sentencia recurrida en este punto, porque de hacerlo haría más gravosa la condena del apelante único.

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.

[16] Folio 21 Cuaderno 1

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

Relativo al tercero interrogante jurídico hilvanado, la respuesta será positiva toda vez que, al actor 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 70 días hábiles como término en los cuales debe cumplir la entidad pública nominadora con el pago de la respectiva obligación prestacional.

En consecuencia, esta Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, pues si bien el a quo erradamente determinó la mora para el pago de las cesantías parciales desde el día 27 de enero de 2015 a 05 de febrero de 2015, cuando en realidad la mora comprende desde el día 12 de diciembre de 2014 al 04 de febrero de 2015; no es dable modificar la sentencia en estudio, apoyados en el principio de la *no reformatio in pejus*, porque de hacerlo haría más gravosa la condena del apelante único.

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: CONFIRMAR la sentencia del 14 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 037 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS **ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS (E)**