



Cartagena de Indias D.T y C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2015-00221-01
Demandante	JOSÉ LUIS MEJÍA DÍAZ
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	SANCIÓN MORATORIA – SENTENCIA CE-SUJ-SII-012-2018 UNIFICACIÓN CONSEJO DE ESTADO- SANCIÓN MORATORIA DOCENTE

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 29 de Junio de 2017 proferida por el Juzgado Séptimo 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 JOSÉ LUIS MEJÍA DÍAZ, por conducto de apoderado judicial.

#### 2.2.- Demandado

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

#### 2.1. La demanda<sup>1</sup>.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor JOSÉ LUIS MEJÍA DÍAZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES

<sup>1</sup> Folios 1-15 c/no 1





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

## **2.2. Pretensiones**

1. Declara la existe de un acto ficto configurado el día 27 de septiembre de 2014, producto de la reclamación presentada el 27 de junio de 2014, por el pago tardío de las cesantías.

2. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 27 de septiembre de 2014, frente a la petición presentada el día 27 de junio de 2014, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandate establecida en la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalen a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuanto se hizo efectivo el pago de la misma.

3. Declarar que mi representado 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 intereses en la resulta del proceso), le reconozca y pague por SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 1006 equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) 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.

4. 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.

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

6: Condenar en costas y agencias en derecho.

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, teniendo en cuenta lo anterior, presentó el 14 de junio de 2011, el reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenía derecho, sin embargo, las mismas solo le fueron reconocidas el 17 de febrero de 2012, por medio de Resolución No 5535; siendo canceladas el 24 de julio de 2012.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 70 días para el pago de las cesantías en comento, sin embargo, solo lo realizó el 24 de julio de 2012, transcurriendo un total de 309 días de mora.

Afirma el actor que, con escrito del 27 de junio de 2014, solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta negó dicho reconocimiento, por lo que se convocó a audiencia de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida por no llegarse a ningún acuerdo.

Añade que, debido a lo anterior se vio en la obligación de presentar la demanda en comento.

### 2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

Ley 244 de 1995 : Artículos 1 y 2  
Ley 1071 de 2006 : Artículo 5

#### 2.4.1 Concepto de la violación

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

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

Que el espíritu garantista de la ley 1071 de 2006 al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía, está siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, obviando la protección de los derechos del trabajador, haciéndose el Fondo de Prestacional del Magisterio acreedor de la sanción que corresponde por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

## **2.5 Contestación**

### **2.5.1 Departamento de Bolívar <sup>2</sup>**

Se opone a las pretensiones de la demanda, manifestando que no le son jurídicamente imputables, por lo que solicita ser absuelto de todo cargo o condena, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

### **2.5.2 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>3</sup>**

La parte demandada constituyó apoderado y presentó la contestación de la demanda

<sup>2</sup> Folios 53-56 Cuaderno No. 1

<sup>3</sup> Folios 57-66 Ibidem

- Acerca de las Pretensiones

La parte demandada se opone a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda.

- Acerca de los Hechos

Respecto de los hechos, la demandada precisa que le constan los relativos al reconocimiento de las cesantías y al pago de las mismas y desestima los demás al considerar que se trata de apreciaciones subjetivas de carácter jurídico y precisa que la cesantía ha sido reconocida y pagada de conformidad con las disposiciones vigentes aplicables.

- Excepciones

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.

-Excepción genérica o Innominada

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



- Buena Fe

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

### III. – SENTENCIA IMPUGNADA<sup>4</sup>

Por medio de providencia del 29 de junio de 2017, el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda, exponiendo que, una vez confrontado el acto administrativo demandando, con la Ley 1071 de 2006, se encuentra que está probado el cargo de nulidad manifestado por el accionante, toda vez que la sanción que contiene dicha norma se configura de manera automática por el no pago oportuno de las cesantías, parciales o definitivas.

El juez de primera instancia encontró probado que la administración omitió el cumplimiento de los términos de ley debido a que, el pago debió realizarse el 19 de septiembre de 2011 pero solo se hizo hasta el 24 de julio de 2012, por lo que hubo un retardo en el pago de la cesantía parcial desde el 20 de septiembre de 2011 hasta el 23 de julio de 2012, para un total de 303 días de mora.

### IV.- RECURSO DE APELACIÓN<sup>5</sup>

Por medio de escrito del 11 de julio de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 29 de junio de 2017 manifestando que 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; 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.

<sup>4</sup> Folios 93-99

<sup>5</sup> Folio 101-107 c. 1





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 pasiva.

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 25 de agosto de 2017<sup>6</sup> se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada; con providencia del 6 de abril de 2018<sup>7</sup>, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 6 de julio de 2018<sup>8</sup>, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

#### VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

##### **6.1. Alegatos de la parte demandante<sup>9</sup>:**

Alegó de manera extemporánea con escrito del 25 de julio de 2018.

<sup>6</sup> Folio 110-111

<sup>7</sup> Folio 4 C. 2º instancia

<sup>8</sup> Fol. 9 C. 2º instancia

<sup>9</sup> Fol. 18-22 C. 2º. Instancia





### **6.2. Alegatos de la parte demandada<sup>10</sup>:**

Con escrito del 25 de julio de 2018, la parte demandada alegó de manera extemporánea.

Reitera esta Corporación, que dicho escrito fue aportado de manera tardía al proceso, atendiendo a que el término para el mismo corrió del 10 al 24 de julio de 2018, puesto que la notificación del auto de alegatos, se realizó a las partes el 9 de julio de 2018<sup>11</sup>.

### **6.3. Concepto del Ministerio Público.**

No rindió concepto en el asunto 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.

### **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.**

En el presente asunto, el acto acusado está contenido en el acto ficto, configurado el 27 de septiembre de 2014, mediante el cual negó el derecho a pagar la sanción moratoria al accionante.

### **7.4 Problema jurídico.**

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

<sup>10</sup> Fol. 12-17 C 2º Instancia

<sup>11</sup> Folio 10-11 C 2º Instancia



*¿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 JOSÉ LUIS MEJÍA DÍAZ 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, toda vez 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 los términos en los cuales debe cumplir la entidad pública nominadora con el pago de la respectiva obligación prestacional.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuesto, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes; (ii) el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de docentes, y la responsabilidad frente a las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos de reconocimiento; 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 1° a 6° de la ley 1071 de 2006, normas que se cita como fundamentos del presente fallo, absteniéndose el Despacho de transcribirlas en virtud de lo ordenado en el artículo 187 del CPACA, que al regular el contenido de la sentencia, dispone que se citen los textos legales que se apliquen al caso.

Sobre la interpretación de dicha normativa por parte del H. Consejo de Estado, se aplica reciente Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez, de fecha 18 de julio de 2018. Rad: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), 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:

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 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 Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, previó unos términos especiales, que la Sala resumió así:

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.	
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
Aprobación o razones para improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución

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





2	Suscribir la resolución y efectuar la notificación	Secretario de educación territorial	Dentro del término previsto en la ley
5	Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo

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

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

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

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

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

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





Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

- **La indexación de la sanción moratoria**

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

### 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 5535 del 17 de febrero de 2012, por medio de la cual se reconoce una cesantía parciales para reparación de vivienda a favor del demandante<sup>13</sup>.
- Oficio radicado el 27 de junio de 2014, por medio del cual el señor JOSÉ LUIS MEJÍA DÍAZ reclama el pago de una sanción moratoria<sup>14</sup>.
- Comprobante de pago BBVA, donde consta que se pagó el 24 de julio de 2012<sup>15</sup>.

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

En el caso bajo estudio se advierte que, el señor JOSÉ LUIS MEJÍA DÍAZ, presta sus servicios como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA DIÓGENES ARRIETA del Municipio de San Juan Nepomuceno, desde el 27 de marzo de 1974 al 01 de junio de 2011.

Que, en virtud de lo anterior, radicó ante la Secretaría de Educación de Bolívar, una solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, con fecha **14 de junio de 2011**<sup>16</sup>; siendo respondida la misma, mediante Resolución 5535 del 17 de febrero de 2012, por medio de la cual se le reconoció al hoy demandante el valor de \$55.827.915.00 de pesos por concepto de cesantías parciales<sup>17</sup>. notificándose de la misma el 7 de mayo de 2012<sup>18</sup>.

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 parciales solicitadas:

<sup>13</sup> Fols. 24-26 cdno 1

<sup>14</sup> Fol. 18-19 cdno 1

<sup>15</sup> Fol. 21-23 cdno 1

<sup>16</sup> Fol. 24 cdno 1

<sup>17</sup> Folio 24-26 cdno 1

<sup>18</sup> Fol. 26 reverso cdno 1



<b>Primera Etapa</b>	
<b>Radicación de la solicitud</b>	14 de junio de 2011
<b>Expedición del acto administrativo (15 días)</b>	Hasta el 7 de julio de 2011

<b>Ejecutoria del acto administrativo (5 días) C. C.A<sup>19</sup></b>	Hasta el 14 de julio de 2011
<b>Segunda Etapa</b>	
<b>Pago de la obligación (45 días)</b>	Hasta el 19 de septiembre 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 7 de julio de 2011; sin embargo, la Resolución No. 5535 que tenía por objeto tal finalidad, solo fue expedida el 17 de febrero de 2012, 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, 7 de julio 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 **19 de septiembre de 2011**, pero el mismo solo se llevó a cabo el día **24 de julio de 2012** (Fl. 21) por lo que la entidad demandada FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de **308 días**, contados desde el 20 de septiembre de 2011 al 23 de julio de 2012.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los días contabilizados de mora en esta instancia (308) superan los días de mora que estableció el A quo (303); está

<sup>19</sup> Artículo 51 del C.C.





Corporación, apoyados en el principio de la *no reformatio in peju*, no modificará la sentencia recurrida, porque de hacerlo haría más gravosa la condena del apelante único.

### 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.

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, al actor le asiste derecho para reclamar la sanción moratoria por el pago retardado de las cesantías parciales.

Relativo al cuarto interrogante jurídico, 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 recurrida, en el sentido de establecer que la sanción moratoria se cancela por el no pago oportuno de cesantías parciales, pero con fundamento en el principio de la *no reformatio in peju*, no se modificaran los días de sanción, toda vez que se haría más gravosa la condena al apelante único, debido a que el juez de primera instancia determinó que eran 308 días de mora, cuando como se





estableció en párrafos anteriores el mismo es de 308 días, contados desde el 20 de septiembre de 2011 al 23 de julio de 2012.

**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 recurrida del 29 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena, por las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada, 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. 116 de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ**

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

