



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	13-001-33-33-007-2016-00187-01
Demandante	JOSÉ CATALINO CUETO ORTÍZ
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	SANCIÓN MORATORIA – SENTENCIA CE-SUJ-SII-012-2018 UNIFICACIÓN CONSEJO DE ESTADO- SANCIÓN MORATORIA DOCENTE

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 12 de mayo de 2017, 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 CATALINO CUETO ORTIZ, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

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

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor JOSÉ CATALINO CUETO ORTIZ instauró demanda de nulidad y restablecimiento

¹ Folios 1-16 cdno 1



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

2.2. Pretensiones

1. Que se declare la existencia de un acto ficto configurado el día 17 de marzo de 2016, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el 17 de diciembre de 2015, por el pago tardío de las cesantías a mi representado y, en consecuencia se declare la nulidad el acto ficto configurado el día 17 de marzo de 2016, frente a la petición presentada el día 17 de diciembre de 2015, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de las cesantías ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- 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 – DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL al reconocimiento y pago de la actualización o indexación de la condena.

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

5. Condenar en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes



2.3 Hechos

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 05 de marzo de 2012, el reconocimiento y pago de sus cesantías; siendo reconocidas las mismas, mediante Resolución No. 6481 del 05 de septiembre de 2012, y pagadas el día 17 de diciembre de 2012.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 65 días para el pago de las cesantías en comento, el cual vencía el 12 de junio de 2012, sin embargo, solo lo realizó el pago el 17 de diciembre de 2012, transcurriendo un total de 184 días de mora.

Afirma el actor que, con escrito del 17 de diciembre del 2015, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta resolvió negativamente en forma ficta el reconocimiento del derecho en mención.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

Ley 91 de 1989 : Artículos 5 y 15
Ley 244 de 1995 : Artículos 1 y 2
Ley 1071 de 2006 : Artículos 4 y 5

2.4.1 Concepto de la violación

- Ley 91 de 1989

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 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

2.5.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: Esta entidad no contestó la demanda, por lo tanto no propuso excepciones.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA²

Por medio de providencia del 12 de mayo de 2017, el Juez Séptimo 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 05 de marzo de 2012 y de acuerdo a los términos perentorios previstos en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio contaba con 65 días hábiles para efectuar el pago, plazo que vencía el 12 de junio de 2012; sin embargo, la consignación y pago de las cesantías del demandante se efectuó el 12 de diciembre de 2012, lo que permite concluir que tales cesantías parciales fueron pagadas con 178 días de retardo, pues la mora solo corrió hasta el día anterior a dicho pago, es decir, hubo una mora entre el 13 de junio de 2012 y 11 de diciembre de 2012.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN³

Por medio de escrito del 23 de mayo de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 12 de mayo de 2017, sostiene que en materia de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales a los trabajadores y servidores del Estado, es una disposición legal de carácter general regulada por la ley 1071 de 2006, que no se hace extensiva a los docentes del sector público.

Afirma que, se equivoca 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.

² Folios 47-62 cdno. 1

³ Folio 64-70 cdno 1





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 11 de agosto de 2017⁴ se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, con providencia calendada 06 de abril de 2018⁵, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con auto de fecha 10 de julio de 2018⁶, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁷: La parte accionante, se ratifica en lo expuesto en la demanda.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: Esta entidad, presentó su escrito de alegatos el 24 de julio de 2018, ratificándose en los argumentos de la apelación.

6.3. Concepto del Ministerio Público: No allegó concepto en el proceso de la referencia.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

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

⁴ Folio 90-91 cdno. 1

⁵ Folio 4 cdno. apelaciones

⁶ Fol. 9 cdno. apelaciones

⁷ Folios cdno. 14-16 apelaciones

⁸ Folios cdno. 17-22 apelaciones





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 17 de marzo de 2016, 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 17 de diciembre de 2015.

7.4 Problema jurídico.

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

¿Es procedente la aplicación de la Ley 1071 de 2006, para efectos de acceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria para los docentes?

En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea positiva, debe responderse lo siguiente:

¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?

¿Se causó en favor del señor JOSÉ CATALINO CUETO ORTIZ 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 **modificada** en cuanto a la fecha que establece el monto de la sanción moratoria; en



todo lo demás, será **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, no obstante ordenará **corregir** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que la sanción moratoria corresponde a **182** días contados desde el 13 de junio de 2012 al 11 de diciembre de 2012, y no a 193 días como erradamente contabilizó el juez de instancia.

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 1º a 6º de la ley 1071 de 2006, normas que se cita como fundamentos del presente fallo, absteniéndose el Despacho de transcribir las en virtud de lo ordenado en el artículo 187 del CPACA, que al regular el contenido de la sentencia, dispone que se citen los textos legales que se apliquen al caso.

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

- **Ley aplicable:**

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

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

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



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

Igualmente resume dicho término en las siguientes hipótesis:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal 9	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

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.



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:

	Trámite	Entidad encargada	Término
1	Radicación de la petición de cesantías parciales o definitivas	Secretaría de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente.	
2	Elaboración del proyecto de acto administrativo y remisión a la sociedad fiduciaria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la petición
3	Aprobación o razones para improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución
4	Suscribir la resolución y efectuar la notificación	Secretario de educación territorial	Dentro del término previsto en la ley
5	Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo

Sin embargo, considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 en el trámite del reconocimiento y pago de las



cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006 para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento.

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

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

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

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

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

7.6.2 Entidad competente para el pago de la sanción moratoria.



7.6.2 Entidad competente para el pago de la sanción moratoria.

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

Al respecto recalcó:

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

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

7.8 Caso concreto

7.8.1 Hechos Probados

- Resolución 6481 del 05 de septiembre de 2012, por medio de la cual se reconoce una cesantía parcial por los servicios prestados como docente¹¹.
- Oficio radicado el 17 de diciembre de 2015, por medio de la cual el señor JOSÉ CATALINO CUETO ORTIZ, reclama el pago de una sanción moratoria¹².

¹¹ Fols. 21-23 cdno 1





- La entidad demandada no se manifiesta sobre el Derecho de Petición radicado el 17 de diciembre de 2015, por lo tanto se confirma un acto ficto configurado el día 17 de marzo de 2016.
- Oficio No. 0065 suscrito por el Jefe de Oficina Procesos Judiciales de Fiduprevisora S.A., en el cual manifiesta que el pago de cesantía parcial reconocida al señor José Catalino Cueto Ortiz, mediante Resolución No. 6481 de 05 de septiembre de 2012, quedó a disposición del demandante el día 12 de diciembre de 2012.

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 CATALINO CUETO ORTIZ, presta sus servicios como docente de vinculación en la Institución Educativa Francisco de Paula Santander en el municipio de San Estanislao, desde el 05 de marzo de 2004 al 30 de diciembre de 2010.

Que, en virtud de lo anterior, radicó ante la Secretaría de Educación y Cultura de Bolívar, una solicitud de reconocimiento y pago de cesantías, con fecha **05 de marzo de 2012**; siendo respondida la misma, mediante de Resolución 6481 del 05 de septiembre de 2012, por medio de la cual se le reconoció al hoy demandante el valor de \$7.745.484 millones de pesos por concepto de cesantías parciales¹³, notificándose de la misma el 11 de octubre de 2012¹⁴.

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:

¹² Fol. 19-20 cdno 1

¹³ Folio 21-22 cdno 1

¹⁴ Fol. 23 reverso cdno. 1





Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	05 de marzo de 2012
Expedición del acto administrativo (15 días)	Hasta el 27 de marzo de 2012

Ejecutoria del acto administrativo (5 días) CCA	Hasta el 3 de abril de 2012
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 12 de junio de 2012

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 **27 de marzo de 2014**; sin embargo, la Resolución No. 6481 que tenía por objeto tal finalidad, solo fue expedida el **05 de septiembre 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, **27 de marzo de 2014**, sin tener en cuenta el plazo con que contaba la entidad para realizar la notificación del mismo, como quiera que, la producción del acto administrativo fue extemporánea.

Como vemos, el plazo para efectuar el pago de las cesantías feneció **12 de junio de 2012**, pero el mismo solo quedó a disposición del demandante el día **12 de diciembre de 2012**¹⁵, por lo que la entidad demandada FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de **182** días, contados desde el 13 de junio de 2012 al 11 de diciembre de 2012.

En ese orden de ideas, se **confirmará** la sentencia de primera instancia por cuanto el a quo en la parte motiva de la misma señaló la mora desde la fecha establecida en párrafo anterior, esto es, desde el 13 de junio de 2012 al 11 de diciembre de 2012.

¹⁵ Folio 41 cdno. 1



No obstante, se observa que si bien el a quo de manera acertada considera los extremos temporales de la mora, al contabilizarlos incurre en un error puramente aritmético, por lo que la Sala, con fundamento en lo estatuido en el artículo 286 del Código General del Proceso, procederá a **corregir de oficio el numeral segundo** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que dispone reconocer y pagar a favor del demandante la suma correspondiente a 193 días por sanción moratoria, cuando en realidad son 182 días como ya se indicó.

7.9. Conclusión

En este contexto, considera esta Corporación que se acreditó que el legislador en la Ley 1071 de 2006, no excluyó a los docentes oficiales de la aplicación de la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantías, a contrario sensu su inclusión fue asentida en la exposición de motivos de la norma en cita, dado que el propósito de la misma era unificar el régimen prestacional a todos los servidores públicos, incluyendo los del sector de educación, los cuales no tienen un régimen especial y por lo tanto, se rigen por las normas generales sobre el tema.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se determina en esta providencia que la misma reside en la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón a que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales 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 65 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, ordenando **corregir** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que la sanción moratoria corresponde a **182** días contados desde el 13 de junio de 2012 al 12 de diciembre de 2012, y no a 193 días como erradamente contabilizó el juez de instancia.

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 12 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CORREGIR el numeral segundo, el cual quedará así:

"A título de restablecimiento del derecho, se condena a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca y pague al demandante JOSÉ CATALINO CUETO ORTIZ, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías del demandante, en razón de un día de salario por cada día de mora en el pago de las mismas, consistentes en 182 días de retardo, que van desde el 13 de junio de 2012 al 11 de diciembre de 2012, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia".



TERCERO: 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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 116 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE