



fol 21-29
e2

13-001-33-33-003-2016-00275-01

REGISTRADO
SIGCMA

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

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2016-00275-01
Demandante	RAFAEL ENRIQUE QUIÑONEZ JARABA
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>SANCIÓN MORATORIA – aplicación de la Ley 1071 de 2006 – SANCIÓN MORATORIA DOCENTE</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 12 de junio de dos mil diecisiete (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 RAFAEL ENRIQUE QUIÑONEZ JARABA, 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 demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor RAFAEL ENRIQUE QUIÑONEZ JARABA instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Fols 1-15 cdno 1





13-001-33-33-003-2016-00275-01

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Declarar la nulidad del **oficio 2016EE1495 del 27 de junio de 2016**, frente a la petición presentada el día 15 de marzo de 2016, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora.

SEGUNDO: Que se declare que el accionante tenga derecho a que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague sanción por mora.

TERCERO: Que se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague sanción por mora.

CUARTO: Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE MAGANGUÉ BOLÍVAR, dar cumplimiento al fallo dictado dentro del proceso en el término (30) días contados desde la comunicación del mismo, tal como lo dispone el Artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE MAGANGUÉ BOLÍVAR, a que se haga reconocimiento y ajustes de valor a que haya tenido lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA.

SEXTO: Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE MAGANGUÉ BOLÍVAR, a reconocer los pagos de interese moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de esta sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectuó el pago.

SÉPTIMO: Que se condene en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE

13-001-33-33-003-2016-00275-01

MAGANGUÉ BOLÍVAR, de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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, según parágrafo 2º del Artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asigno como competencia al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de la CESANTÍA de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Expone, haber solicitado a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, el día 15 de abril del 2015, pago y reconocimiento de cesantías.

Expone, que por medio de Resolución No 076 del 01 de septiembre de 2015 le fue reconocida la cesantías solicitada, siendo canceladas las mismas el 03 de febrero de 2016.

Manifiesta, que según el artículo 4 de ley 1071 de 2006, la entidad tiene un término de quince (15) días hábiles para dar respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías; argumento que sustentó con postura del H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación del 27 de marzo de 2007, SU 02513, M.P. Jesús María Lemos Bustamante.

Afirma el actor que, para la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías interpuestas en fecha antes mencionada, la entidad tenía plazo hasta el día 25 de julio del 2015, para emitir respuesta y que la misma se dio según manifiesta el día 03 de febrero del 2016.



13-001-33-33-003-2016-00275-01

Expone el actor, que trascurrieron 189 días de mora, contados a partir de los 65 días hábiles en los que debía la entidad cancelar la cesantía.

Manifiesta el Demandante, que a fecha 15 de marzo del 2016, por intermedio del ejercicio de Derecho de petición, se solicitó el pago de la sanción moratoria, a lo cual la entidad le resolvió de forma negativa. Como consecuencia de lo anterior, el actor convocó en la Procuraduría la fijación de Audiencia de Conciliación Prejudicial.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

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

2.4.1 Concepto de la violación

Ley 91 de 1989. Artículo 2 numeral 5

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

Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006

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

Explica el demandante que se transgredieron las disposiciones constitucionales citadas y de manera especial las legales por cuanto se desconocieron los términos o plazos establecidos para el reconocimiento y pago de las cesantías y al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, con lleva el hecho de haber expedido el acto de reconocimiento en términos que excedieron los establecidos en la norma, o por el hecho de



13-001-33-33-003-2016-00275-01

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

2.5 Contestación

2.5.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio²

La entidad accionada como contestación de demanda, aduce la certidumbre de los hechos en los numerales tercero, cuarto y quinto. A su vez, la entidad afirma que el numeral primero, segundo, sexto y séptimo del acápite de hechos, constituyen solamente una afirmación jurídica; menciona la entidad, que se atiene a lo que se demuestre en el procesos en cuanto al hecho número ocho.

Expone, 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.

² Folio 42-52 cdno 1



13-001-33-33-003-2016-00275-01

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 lo 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.
- Prescripción: Que en caso de ser procedente, se declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente reclamadas dentro de los 3 años siguientes a la exigibilidad del derecho prestacional.
- Compensación: Expresa que sin que implique reconocimiento del derecho alguno, solicita en caso de ser procedente, se declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por la demandada.
- Excepción genérica o Innominada: Solicita que se declare probada de oficio cualquiera que el fallador encuentre en los términos del Artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Buena Fe: La demandada cita como antecedente la Sentencia T-475 de 1992 y agrega que ha actuado de buena fe exenta de culpa, inclusive, durante todos los trámites efectuados por la parte demandante y en cumplimiento de las normas que regulan la materia.



13-001-33-33-003-2016-00275-01

III. - SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 12 de junio de 2017, el Juez Séptimo Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, declarando la nulidad del oficio 2016EE1495 del 27 de junio de 2016, que reconoció el pago de la sanción moratoria deprecada, generada por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución No 076 del 01 de septiembre de 2015, a favor del demandante el señor RAFAEL ENRIQUE QUIÑONEZ JARABA, como consecuencia de la anterior declaración, ordena a las demandadas, reconocer y pagar a favor de la demandante sanción moratoria por pago tardío de la cesantías parciales, comprendida entre el 15 de abril de 2015 hasta el 25 de julio de la misma anualidad, sanción prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a 178 días.

IV. - RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito allegado el 21 de junio de 2017, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 12 de junio de 2017, reiterando que, las prestaciones sociales de los docentes, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que la fiduciaria FIDUPREVISORA S.A., procede con los pagos prestacionales, luego de contar con el Acto Administrativo emitido por la Secretaria de Educación, previo trámite legal para su concesión.

En consecuencia, considera la demandada que, es completamente trascendental sostener que la disponibilidad presupuestal para la fiduciaria, como ente eminentemente administrador de los recursos del FOMAG es fundamental, ya que a partir de ella se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo al estricto turno de radicación. Por lo tanto, no se le puede indilgar negligencia al FOMAG debido a que, el reconocimiento de las cesantías sigue un procedimiento por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal, que se lleva a cabo adecuadamente, y en atención al principio de igualdad.

Por todo lo expuesto, la demandada solicita que, se revoque la sentencia, proferida en primera instancia dentro del proceso de la referencia.

³ Folio 75-81 Cdno 1

⁴ Folio 83-89 Cdno 1





V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 06 de abril de 2018⁵, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 28 de septiembre 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, presentó su escrito de alegatos el 16 de octubre de 2018, solicitando se confirme la sentencia recurrida.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: la parte accionada, presento escrito de alegatos el 09 de octubre de 2018, ratificándose en lo expuesto en el recurso de apelación.

6.3. Concepto del Ministerio Público: no rindió concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

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

7.2. Competencia.

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

7.3 Actos administrativos demandados.

- Oficio 2016EE1495 del 27 junio de 2016, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el 15 de abril de 2016, por el pago tardío de las cesantías de la parte actora.

⁵ Folio 4 Cdno 2

⁶ Fol. 8 Cdno 2

⁷ Fols 16-19 Cdno 2

⁸ Fols 10-14 Cdno 2





7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por la demandada 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:

¿Se causó en favor de la señora RAFAEL ENRIQUE QUIÑONEZ JARABA, 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 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. Además, porque a 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.



13-001-33-33-003-2016-00275-01

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

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



1. 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





13-001-33-33-003-2016-00275-01

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
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 2005¹⁰, 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

⁹Se 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.

¹⁰«Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6 del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»





13-001-33-33-003-2016-00275-01

			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





13-001-33-33-003-2016-00275-01

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 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 N° 076 del 01 de septiembre de 2015, proferida por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE MAGANGUÉ BOLÍVAR, "por la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para la



13-001-33-33-003-2016-00275-01

compra de vivienda a favor de RAFAEL ENRIQUE QUIÑONEZ JARABA ",
visibles a Folios 22-23 del cuaderno principal.

- Petición con radicado SAC: 2016PQR1437 del 15 de marzo de 2016, por medio de la cual se requirió el reconocimiento y pago de la sanción por mora a RAFAEL ENRIQUE QUIÑONEZ JARABA, visible a folios 18 -19 del cuaderno principal.
- Volante de pago, expedido por BBVA, el cual certifica la disposición del pago de las cesantías parciales, a partir del 29 de enero de 2016, por un valor de \$17.446.597 de Rafael Enrique Quiñonez Jaraba, identificado con cedula de ciudadanía 9.138.347, visibles a folios 24-25 del cuaderno principal.
- Oficio 2016EE1495 del 27 junio de 2016, por medio del cual se da respuesta a la petición presentada por Rafael Enrique Quiñonez Jaraba visible a folios 20-21 del cuaderno principal.

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

De acuerdo con lo expuesto en los considerandos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 076 del 01 de septiembre de 2015¹¹, se tiene que el señor RAFAEL ENRIQUE QUIÑONEZ JARABA, presta sus servicios como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA LICEO VÉLEZ DE MAGANGUÉ – BOLÍVAR, desde el 04 de mayo de 1994 al 30 de diciembre de 2015.

Que la actora, radicó la solicitud de reconocimiento y pago parcial de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día **15 de abril de 2015**, según consta en la citada resolución.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que las leyes citadas en el marco normativo de esta sentencia, indican que el trámite, reconocimiento y pago de lo solicitado por el actor, debió ser el siguiente:

Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	15 de abril de 2015
Expedición del acto administrativo (15 días)	07 de mayo de 2015

¹¹ Folio 22-23 cdno 1





13-001-33-33-003-2016-00275-01

Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	22 de mayo de 2015
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	30 de julio 2015

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 mayo de 2015; sin embargo, la Resolución No. 076 que tenía por objeto tal finalidad, solo fue expedida el 1º de septiembre de 2015, 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 mayo de 2015, 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 el **30 de julio de 2015**; mientras que la resolución que reconoció el derecho a cesantías fue expedida el **01 de septiembre de 2015** (fls. 22-23) y el pago de los haberes adeudados solo se puso a disposición del actor el día **29 de enero de 2016** (Fl. 24) por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía parcial reclamada, incurrió en una **mora de 182 días**, comprendida desde el 31 de julio de 2015 hasta el 28 de enero de 2016.

Se observa que si bien el A quo de manera acertada considera los extremos temporales de la mora, incurre en un error al momento de contabilizar los días en que se produce la sanción, por lo que en virtud del principio de congruencia, se procederá a modificar 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 178 días por sanción moratoria, cuando en realidad son 182 días como ya se indicó.

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





13-001-33-33-003-2016-00275-01

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

Relativo al segundo interrogante jurídico hilvanado, 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 **MODIFICAR** 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 31 de julio de 2015 al 28 de enero de 2016, y no a **178** días como erradamente contabilizó el juez de instancia.

VII.- COSTAS -

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la modificación de la sentencia.

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 junio de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia, salvo el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

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



"Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho SE CONDENAN a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar en favor del señor RAFAEL ENRIQUE QUIÑONES CAMACHO, 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 31 de julio de 2015 al 28 de enero de 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia".

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada en el presente asunto.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No 120 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
En uso de permiso

