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

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Radicado	**13-001-33-33-009-2017-00007-01**
Demandante	**MURIEL DEL CARMEN AMOR OLAVE**
Demandado	**NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOND NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**
Magistrado	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	*SANCIÓN MORATORIA – SENTENCIA CE-SUJ-SII-012-201 UNIFICACIÓN CONSEJO DE ESTADO- SANCIÓN MORATORI DOCENTE*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 20 de noviembre de 2017, por el Juzgado Noveno 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 MURIEL DEL CARMEN AMOR OLAVE, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

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

2.1. La demanda[1].

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora MURIEL DEL CARMEN AMOR OLAVE instauró demanda de nulidad y restablecimiento 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,

[1] Folios 1-15 cuaderno 1

2.2. Pretensiones

1. Que se declare la nulidad del Oficio 2016RE2858 de 29 de septiembre de 2016, frente a la petición presentada el día 23 de septiembre de 2016, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la demandante establecida en la ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

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

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

5. Condenar en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

El demandante expone que, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, fue creado por medio de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y, tiene bajo su competencia el pago de

las cesantías a los docentes de los establecimientos educativos de orden oficial.

Que, por haber laborado como docente en los servicios educativos estatales, solicitó, el 22 de julio de 2015, el reconocimiento y pago de sus cesantías; siendo reconocidas las mismas, mediante Resolución No. 6879 del 06 de octubre de 2015, y pagadas el día 04 de febrero de 2016.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 65 días para el pago de las cesantías en comento, el cual vencía el 26 de octubre de 2015, sin embargo, solo lo realizó el pago el 04 de febrero de 2016, transcurriendo un total de 97 días de mora.

Afirma el actor que, con escrito del 23 de septiembre de 2016, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta resolvió negativamente las pretensiones invocadas.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

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

2.4.1 Concepto de la violación

- Ley 91 de 1989

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

Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006
Indica que la demandada dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas, están

obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2° de la misma ley, tiene un plazo máximo de 45 días hábiles para cancelar la prestación, a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales.

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

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

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

2.5 Contestación[2]

Esta entidad dio contestación a la demanda el 11 de mayo de 2017, manifestando que las pretensiones del actor no están ajustadas a derecho, puesto que debió demandar a la entidad administradora de los recursos del magisterio, que es la FIDUPREVISORA. Añade, que a los docentes no les es

[2] Folios 48-58 Cuaderno 1

permitido el reconocimiento de sanción moratoria por el no pago de las cesantías, debido a que las normas que regulan sus derechos no lo contempla; como son la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

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

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso las siguientes:

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

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

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

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

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

- Buena Fe: La demandada cita como antecedente la Sentencia T-475 de 1992 y agrega que ha actuado de buena fe exenta de culpa, inclusive,

durante todos los trámites efectuados por la parte demandante y en cumplimiento de las normas que regulan la materia.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA[3]

Por medio de providencia del 20 de noviembre de 2017, el Juez Noveno 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 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías el 22 de julio de 2015 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 04 de noviembre de 2015; sin embargo, la entidad nominadora solo expidió la resolución hasta el 06 de octubre de 2015, es decir, después de haber finalizado el plazo; y el pago de las cesantías reconocidas se realizó el día 29 de enero de 2016, causándose un período de mora desde el 05 de noviembre de 2015 hasta el 28 de enero de 2016 (84 días).

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

Por medio de escrito del 17 de enero de 2018, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 14 de diciembre de 2017, sostiene que en materia de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales a los trabajadores y servidores del Estado, es una disposición legal de carácter general regulada por la ley 1071 de 2006, que no se hace extensiva a los docentes del sector público.

Afirma que, se equivoca el juez de primera instancia en sancionar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional, debido a que carece de competencia para variar algún derecho que ha sido reconocido por el ente territorial de conformidad con el artículo 81 de la ley 1769 de 2015.

Alega que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad demandada, como quiera que el reconocimiento de la pretensión como la

[3] Folios 83-93 Cuaderno 1
[4] Folio 95-104 Cuaderno 1

negación del pago de la sanción por mora se realizó por parte de la Secretaría de Educación y no contiene la manifestación expresa del Ministerio de Educación Nacional. Por lo anterior solicita que se revoque la sentencia de primera instancia.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 08 de febrero de 2018[5] se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, con providencia calendada 04 de septiembre de 2018[6], se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con auto de fecha 22 de noviembre de 2018[7], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante[8]: La parte accionante, presentó su escrito de alegatos el día 07 de diciembre de 2018, ratificándose en lo expuesto en la demanda.

6.2. Alegatos de la parte demandada[9]: La demandada presentó escrito de alegatos el 05 de diciembre de 2018, ratificándose en lo expuesto en la contestación de la demanda.

6.3. Concepto del Ministerio Público[10]: El agente del Ministerio Público, manifestó que el pago de las cesantías a la parte actora se efectuó con posterioridad a los 70 días que estipula la Ley 244 de 1995 en concordancia con el CPACA; toda vez que la solicitud de cesantías fue presentada el 22 de julio de 2015, el pago sólo estuvo disponible el día 29 de enero de 2016; por lo que considera que es correcto ordenar el pago de sanción moratoria.

---

[5] Folios 108-109 Cuaderno 1
[6] Folio 5 Cuaderno apelaciones
[7] Folio 9 Cuaderno apelaciones
[8] Folios 21-27 Cuaderno apelaciones
[9] Folios 11-20 Cuaderno apelaciones
[10] Folios 28-30 Cuaderno apelaciones

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

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

7.2. Competencia.

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

7.3 Acto administrativo demandado.

Oficio No. 2016RE2858 de 29 de septiembre de 2016[11], por el cual no se accedió a la pretensión de reconocimiento y pago de sanción por mora, por el no pago oportuno de las cesantías de la accionante, frente a la petición presentada el 23 de septiembre de 2016.

7.4 Problema jurídico.

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

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

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

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

[11] Folio 20-21 Cuaderno 1

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

7.5 Tesis de la Sala

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

En consecuencia, esta Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, pues si bien el a quo erradamente determinó la mora para el pago de las cesantías parciales desde el día 05 de noviembre de 2015 a 29 de enero de 2016, cuando en realidad la mora comprende desde el día 04 de noviembre de 2015 al 28 de enero de 2016; no es dable modificar la sentencia en estudio, apoyados en el principio de la *no reformatio in pejus*, porque de hacerlo haría más gravosa la condena del apelante único.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuestos, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) De la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes; y (ii) el caso concreto.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

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

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

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

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

- **Ley aplicable:**

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

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

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

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

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

Igualmente resume dicho término en las siguientes hipótesis:

HIPOTESIS	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 de 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 siguiente de entreg del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores la entrega del avis
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores intento de notificación person 12	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores 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 act que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a l 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 recurs	45 días, a partir del siguiente a l 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 docente.	
2	Elaboración del proyecto de acto administrativo y remisió 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 recib del proyecto de resolució
4	Suscribir la resolución y efectuar la notificación	Secretario de educación territorial	Dentro del término previst en la ley

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

5	Remisión a la 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.

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 6879 del 06 de octubre de 2015, por medio de la cual se reconoce una cesantía parcial por los servicios prestados como docente[13].
- Solicitud radicada el 23 de septiembre de 2016, por medio de la cual la señora la señora MURIEL DEL ARMEN AMOR OLAVE, reclama el pago de una sanción moratoria[14].

[13] Folios 22-24 Cuaderno 1
[14] Folio 18-19 Cuaderno 1

- Oficio No. 2016RE2858 de 29 de septiembre de 2016[15], por el cual no se accedió a la pretensión de reconocimiento y pago de sanción por mora, por el no pago oportuno de las cesantías de la accionante, frente a la petición presentada el 23 de septiembre de 2016.
- Comprobante de pago del Banco BBVA, con sello de pagado el día 04 de febrero de 2016.[16]

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

En el caso bajo estudio se advierte que, la señora MURIEL DEL CARMEN AMOR OLAVE, prestó sus servicios como docente de vinculación nacionalizado, desde el 19 de mayo de 1983 hasta el 30 de junio de 2015.

Que, en virtud de lo anterior, radicó ante la Secretaria de Educación Distrital, una solicitud de reconocimiento y pago de cesantías, con fecha **22 de julio de 2015**; siendo respondida la misma, mediante de Resolución 6879 del 06 de octubre de 2015, por medio de la cual se le reconoció a la hoy demandante el valor de $104.513.671,oo millones de pesos por concepto de liquidación parcial de cesantías[17], notificándose de la misma el 09 de octubre de 2015[18].

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, se encuentra que, en el caso de los docentes, debe dársele aplicación preferente a las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales, por lo que la Sala procederá a realizar el siguiente análisis de cara a determinar si la demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías solicitadas:

Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	22 de julio de 2015
Expedición del acto administrativo (15 días)	Hasta el 13 de agosto de 2015

[15] Folio 20-21 Cuaderno 1
[16] Folio 25 Cuaderno 1
[17] Folio 22-24 Cuaderno
[18] Folio 24 Cuaderno 1

Ejecutoria del acto administrativo (10 días CPACA	Hasta el 28 de agosto de 2015
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 3 de noviembre de 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 **13 de agosto de 2015**; sin embargo, la Resolución No. 6879 que tenía por objeto tal finalidad, solo fue expedida el **06 de octubre 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, **13 de agosto 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 **03 de noviembre de 2015**, pero el mismo solo se puso a disposición el día **29 de enero de 2016**, por lo que la entidad demandada FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de **86** días, contados desde el 04 de noviembre de 2015 al 28 de enero de 2016.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los días contabilizados de mora en esta instancia (86) superan los días de mora que estableció el A quo (84), está Corporación, apoyados en el principio de la *no reformatio in pejus*, no modificará la sentencia recurrida en este punto, porque de hacerlo haría más gravosa la condena del apelante único.

7.8. 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.

En lo atinente al cuarto interrogante jurídico planteado la respuesta será negativa, dado que la inexistencia de la disponibilidad presupuestal, como causal de exculpación para el incumplimiento del pago oportuno del auxilio de cesantías, no es un argumento viable, en tanto son las mismas normas reguladoras de la materia las que establecen 70 días hábiles como término en los cuales debe cumplir la entidad pública nominadora con el pago de la respectiva obligación prestacional.

En consecuencia, esta Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, pues si bien el a quo erradamente determinó el período de mora para el pago de las cesantías parciales desde el día 05 de noviembre de 2015 a 29 de enero de 2016 (84 días), cuando en realidad la mora comprende desde el día 04 de noviembre de 2015 al 28 de enero de 2016 (86 días); no es dable modificar la sentencia en estudio, apoyados en el principio de la *no reformatio in pejus*, porque de hacerlo haría más gravosa la condena del apelante único.

VIII.- 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.

IX - 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 20 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

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