



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	13-001-33-33-013-2015-00492-01
Demandante	FERNANDO VILLADIEGO UTRIA.
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	SANCIÓN MORATORIA – SENTENCIA CE-SUJ-SII-012-2018 UNIFICACIÓN CONSEJO DE ESTADO- SANCIÓN MORATORIA DOCENTE

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por parte demandante y la parte demandada, contra la sentencia del 18 de mayo de dos mil diecisiete (2017)¹, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió acceder a las pretensiones de la parte demandante.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por FERNANDO VILLADIEGO UTRIA, 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 demanda².

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor FERNANDO VILLADIEGO UTRIA instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN

¹ Fols 74-82 Cdno 1.

² Folios 1-16 c/no 1



NACIONAL – FONDO 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 del acto administrativo ficto configurado el **05 de febrero de 2015**, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el **05 de noviembre de 2014**, por el pago tardío de las cesantías del actor.

2. Que se declare la nulidad del acto ficto configurado el día 05 de febrero del 2015, en cuanto se niega el derecho al pago de la sanción por mora, establecido en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de 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 demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de cesantías.

3. 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.

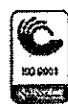
4. Que se condene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague sanción por mora.

5. Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE 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.

6. Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE 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.

7. Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

– DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE 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.

8. 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 DE 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, teniendo en cuenta lo anterior, presentó el 21 de marzo de 2013, el reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenía derecho, sin embargo, las mismas solo le fueron reconocidas el 08 de julio de 2013, por medio de Resolución No 1219; siendo canceladas el 11 de septiembre de 2013(SIC)

Manifiesta, que la administración tenía plazo hasta el día 02 de julio de 2013 para el pago de las cesantías en comento, sin embargo, solo lo realizó el 11 de septiembre de 2013, transcurriendo un total de 68 días de mora.

Afirma la actora que, con escrito del 05 de noviembre de 2015, solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta negó dicho reconocimiento, por lo que se convocó a audiencia de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida por no llegarse a ningún acuerdo.

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

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

Ley 91 de 1989	:	Artículos 5 y 15
Ley 244 de 1995	:	Artículos 1 y 2
Ley 1071 de 2006	:	Artículo 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 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 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 Magisterio³

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

- Acerca de las Pretensiones

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

- Acerca de los Hechos

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

- Excepciones

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso las siguientes:

- Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma

Se estructura por cuanto su pretensión se basa en una norma, desconociendo el ordenamiento jurídico de manera integral, en el que se encuentra también las normas y sentencias en las cuales fundamenta su posición.

- Pago

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

- Cobro de no debido

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

³ Folios 38-47 Ibidem





- 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 IMPUGNADA⁴

Por medio de providencia del 18 de mayo de 2017, la Juez Décimo Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda, exponiendo que, la normativa aplicable tratándose de la sanción moratoria derivada del no pago oportuno de cesantías, es el artículo 5º de la Ley 1070 de 2006, por medio de la cual, se subrogó el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, aun cuando los beneficiarios de ella, hagan parte del personal docente.

La juez de primera instancia encontró que la entidad demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías parciales solicitadas por la demandante, por lo tanto, declaró la nulidad del acto acusado, ordenado reconocer y pagar la sanción moratoria a la que hace referencia la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, consistente en el pago de un día de salario por cada día de retraso en el pago de las cesantías.

Concluyendo que la demandada incumplió con el término de 65 días, previsto para el pago de la sanción moratoria, el cual se cumplió el 13 de agosto de 2013, pero solo se hizo hasta el 16 de septiembre de 2013(SIC), por lo cual causó la sanción moratoria entre el 13 de agosto al 16 de septiembre de 2013.

⁴ Folios 74-82 Cdno 1.





IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1 Recurso de apelación parte demandante.⁵

Por medio de escrito allegado el 30 de mayo de 2017, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 18 de mayo de 2017, determinando que, respecto a la aplicación de los términos contemplados en el Decreto 2831 de 2005, teniendo en cuenta que la demanda que se ha presentado centra las pretensiones en el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en su integridad, sin que sea dable aplicar en una parte el Decreto 2831 de 2005 y en otra lo contemplado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Aduce la parte demandante; que, por parte del fallador de primera instancia se inadvirtió lo establecido en el art. 4 de la Ley 1071 de 2006, al no dar aplicación íntegramente en el presente caso, desdibujando el sentido de la misma, lo que va en detrimento de la parte demandante y en favor de la parte demandada, siendo una aplicación contraria a los términos perentorios que establece la Ley 1071, desbordando la interpretación y aplicación de la misma que hay que dar.

En consecuencia, considera el demandante que, con la aplicación del Decreto 2831 de 2005 por una parte y por otra la Ley 1071 de 2006, se está restando una cantidad relevante de días de mora por el no pago oportuno de las cesantías que debe ser resarcido por la entidad demandada, advirtiendo la importancia de las cesantías y el deber de su reconocimiento y pago oportuno.

En ese orden de ideas, se pretende revocar la decisión del Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito que reconoció de forma parcial las pretensiones de la demanda, reduciendo sustancialmente los días de mora en el pago de las cesantías, y en su lugar, se concedan plenamente las pretensiones, aplicando exclusivamente los términos establecidos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, para calcular la sanción moratoria.

Igualmente, que revoque el numeral 3º y se condene en costas en primera instancia a la entidad demandada, sin motivar esta petición

⁵ Fols. 83-92 Cdo no 1.



4.2. Recuso de apelación parte demandada.⁶

Téngase como manifiesto que, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, indicando que la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006, por la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, solo procede respecto los plazos para trámite de las pretensiones económicas.

Se reitera 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 Secretaría 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.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendarado 11 de agosto de 2017⁷ se concedió el recurso de apelación interpuesto por las partes; con providencia del 6 de abril de 2018⁸, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 06 de julio de 2018⁹, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

⁶ Fols. 93-99 Cdno 1.

⁷ Folio 103-104 C. 1ª Instancia

⁸ Folio 4 C. 2ª instancia

⁹ Fol. 8 C. 2ª instancia





VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandada¹⁰:

La parte accionada, presento escrito de alegatos el 24 de julio de 2018, ratificándose en lo expuesto en el recurso de apelación.

6.2. Alegatos de la parte demandante y Concepto del Ministerio Público.

La parte demandante, no presento hasta la fecha escrito contentivo de los alegatos de conclusión, ni la procuraduría rindió concepto en el asunto de la referencia.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

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

7.2. Competencia.

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

7.3 Acto administrativo demandado.

- Acto administrativo ficto configurado el **05 de febrero de 2015**, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el 05 de noviembre de 2015, por el pago tardío de las cesantías de la parte actora.

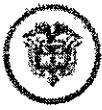
7.4 Problema jurídico.

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

¿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?

¹⁰ Fol. 11-15 C 2º Instancia





En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea positiva, debe responderse los siguientes:

¿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 FERNANDO VILLADIEGO UTRIA, 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 lo relativo al conteo de los días de mora, con relación a lo demás se confirmará, toda vez que la inexistencia de la disponibilidad presupuestal, como causal de exculpación para el incumplimiento del pago oportuno del auxilio de cesantías, no es un argumento viable, en tanto son las mismas normas reguladoras de la materia las que establecen los términos en los cuales debe cumplir la entidad pública nominadora con el pago de la respectiva obligación prestacional.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuesto, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes; (ii) el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de docentes, y la responsabilidad frente a las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos de reconocimiento; (iii) 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 11	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

11Se 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, 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

- **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."

7.8 Caso concreto

7.8.1 Hechos Probados

- Resolución N° 1219 del 08 de julio de 2013, proferida por la Secretaría de Educación de Bolívar, "por la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para la compra de vivienda a favor de Villadiego Utría Fernando"¹²
- Petición con radicado 27653 del 5 de noviembre de 2014, por medio de la cual se requirió el reconocimiento y pago de la sanción por mora a Fernando Villadiego Utría.¹³
- Comprobante de pago BBVA, donde consta que el dinero quedó a disposición para pago el 11 de septiembre de 2013.¹⁴

7.8.2 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. 1219 del 08 de julio de 2013¹⁵, se tiene que el señor FERNANDO VILLADIEGO UTRIA, presta sus servicios como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA TÉCNICA AGROINDUSTRIAL DE MALAGANA, municipio MAHATES, desde el 03 de mayo de 1994.

Que, en virtud de lo anterior, radicó ante la Secretaria de Educación de Bolívar, una solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales, con

¹² Fols. 19-21 Cdno 1.

¹³ Fols 26-27 Cdno 1.

¹⁴ Fol. 18 Cdno 1.

¹⁵ Folio 19 cdno 1





fecha **21 de marzo de 2013**¹⁶; siendo respondida la misma, mediante Resolución 1219 del 08 de julio de 2013, por medio de la cual se le reconoció al hoy demandante el valor de \$9,351.957.00 de pesos por concepto de cesantías parciales¹⁷, notificándose de la misma el 05 de agosto de 2013¹⁸.

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

Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	21 de marzo de 2013
Expedición del acto administrativo (15 días)	16 de abril de 2013
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	30 de abril de 2013
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	09 de julio de 2013

En el caso bajo estudio, se advierte que el plazo para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales, venció el 16 de abril de 2013; sin embargo, la Resolución No. 1219 que tenía por objeto tal finalidad, solo fue expedida el 08 de julio de 2013, 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, 16 de abril de 2013, 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.

¹⁶ Fol. 21-23 cdno 1

¹⁷ Folio 21-23 cdno 1

¹⁸ Fol. 23 reverso cdno 1





Como vemos, el plazo para efectuar el pago de las cesantías feneció **09 de julio de 2013**, pero el mismo solo se llevó a cabo el día **11 de septiembre de 2013** (Fl.18) por lo que la entidad demandada FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de 63 días, contados desde el 10 de julio de 2013 al 10 de septiembre de 2013.

Como quiera, que ambas partes apelaron, no hay lugar a la limitante establecida en el artículo 328 inciso 2º del Código General del Proceso, que permite remplazar totalmente la sentencia, cuando no exista apelante único, el superior resolverá sin limitaciones, como en este caso, en donde la condena se modifica de 33 días a 63 días, la razón de tal decisión es que se acogen los argumentos de la parte demandante en su apelación en cuanto a que, los términos para contabilizar la sanción moratoria, son los establecidos en la Ley 244 de 1995, reformada por la Ley 1071 de 2006 y no se aplica los tiempos establecidos en el Decreto 2831 de 2005

7.8.2.1 Apelación del demandante sobre las costas.

La parte demandante, en su escrito de apelación parte final, solicita que se condene en costa en primera instancia, sin motivar la razón; la Sala acogerá esta petición fundada en el hecho, de que el artículo 365 del Código General del Proceso establece, que cuando prosperen las pretensiones de la demanda debe condenarse a la parte vencida y como quiera que el recurso de apelación en esta instancia presentada por esta parte prosperó y se modificó las pretensiones, acogiendo lo planteado por el demandante, se condenara en costas en ambas instancias a las parte vencida.

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

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se determina en esta providencia que la misma reside en la Nación – Ministerio de Educación –



Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón a que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales 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 parciales.

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

En consecuencia, esta Sala MODIFICARÁ la sentencia recurrida, en el sentido de establecer que la sanción moratoria se cancela por el no pago oportuno de cesantías parciales, pero los días de mora son 63, contados desde el 10 de julio de 2013 al 10 de septiembre de 2013, teniendo en cuenta que, como apelan las dos partes, no se vulnera el principio de *non reformatio in peiu*.

VII.- COSTAS -

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, y a lo expresado en el acápite 7.8.2., la Sala se condenara en costas a la parte demandada en el presente asunto en ambas instancias, ante la prosperidad parcial del recurso.

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: MODIFICAR la sentencia del 18 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL





DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a favor del señor FERNANDO VILLADIEGO UTRIA, la sanción moratoria por el retraso en 63 días en el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, comprendida entre el 10 de julio de 2013 al 10 de septiembre de 2013.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás a la sentencia recurrida.

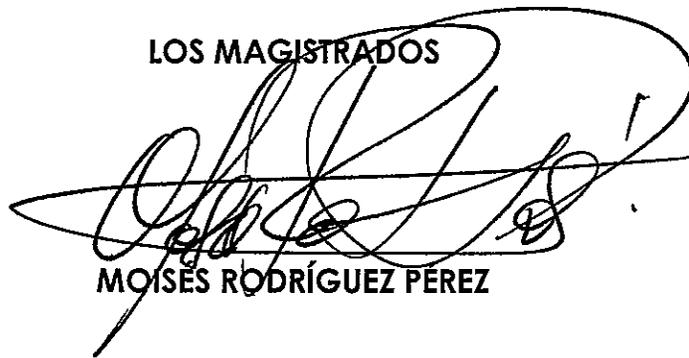
CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la prosperidad parcial del recurso, por lo expresado en la parte motiva del presente proveído.

QUINTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, 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



Handwritten scribbles and faint markings in the center of the page.

