



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-007-2017-00029-01
DEMANDANTE: EUSTORGIO HOSTERMAN FRANCO MOUTHON
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 3 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **EUSTORGIO HOSTERMAN FRANCO MOUTHON**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con el fin que se declare la nulidad del acto ficto de carácter negativo, generado por la no respuesta a la petición de fecha 7 de abril de 2016.

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, pide el demandante se condene a la parte accionada a reconocerle y pagarle la sanción moratoria, por no haberle cancelado de forma oportuna las cesantías parciales, reconocidas a través de la Resolución No. 0350 de septiembre 15 del año 2015.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

Indicó el demandante EUSTORGIO HOSTERMAN FRANCO MOUTHON, que presta sus servicios como docente en el Municipio de Sincelejo.

Que el día 3 de julio de 2015, radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales ante la Secretaría de Educación Municipal de Sincelejo, dependencia que mediante Resolución No. 035 del 15 de septiembre de 2015, resolvió la mencionada solicitud.

Dijo, que el pago de la correspondiente cesantía parcial, reconocida en la resolución anteriormente citada, se produjo el 29 de enero de 2016.

Anotó, que en su parecer, existió morosidad en el pago de las cesantías parciales, la cual se configuró a partir del 8 de octubre de 2015, hasta el 28 de enero de 2016, es decir, una mora existente de 113 días.

Manifestó, que el 7 de abril de 2016, solicitó ante la Secretaría de Educación Municipal – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no haberse cancelado en forma oportuna las cesantías parciales reconocidas; no obstante, no obtuvo respuesta configurándose el silencio administrativo negativo.

Adujo, que se llevó a cabo audiencia de conciliación ante la Procuraduría Delegada para Asuntos Administrativos, no obstante la misma se declaró fallida.

² Folios 2 - 7 del cuaderno de primera instancia.

Como **soportes normativos** de su pretensión, anotó preceptos de carácter constitucional y legal, como los artículos 1, 13, 25, 29, 53, 58 y 228 de la Constitución Política; artículo 2 parágrafo de la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006.

En su **concepto de violación**, manifestó, que el acto demandado transgredía las citadas disposiciones, en tanto, la sanción moratoria reclamada se generaba automáticamente, por el no pago dentro del plazo legalmente establecido, sin que fuera necesario demostrar la mala fe del empleador cuando se trataba de una entidad oficial.

Adujo, que en su caso se le desconocieron derechos laborales y prestacionales, al no cancelársele oportunamente las cesantías parciales dentro del término establecido por la norma.

1.3. Contestación de la demanda³.

- **La Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales**, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad.

Como razones de defensa, expuso, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tenía la función del pago de las prestaciones, mientras que el trámite de reconocimiento de las mismas correspondía a la Secretaría de Educación del ente territorial y la administración de los recursos, estaban a cargo de una entidad fiduciaria, la cual ejercía el pago, conforme existiera disponibilidad presupuestal, acorde con la recepción y radicación de las solicitudes.

Sostuvo, que el pago de las cesantías de los docentes, se debe ajustar al turno de disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, de suerte que no es factible,

³ Folios 54 - 65 del cuaderno de primera instancia.

que se generen intereses moratorios, dado que el pago de las cesantías, es producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal, legalmente destinada.

Concluyó diciendo, que al actor no le asiste el derecho al pago de la sanción moratoria que solicita en esta oportunidad, ya que las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contemplan la indemnización moratoria, por el no pago oportuno, sino que señalan, que el pago está sujeto a la condición suspensiva, de la disponibilidad presupuestal.

Como soporte jurídico de su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y la excepción genérica o innominada.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia proferida el día 3 de abril de 2018, declaró la nulidad del acto acusado y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, condenó a la NACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, a reconocer y pagar a favor del señor EUSTORGIO HOSTERMAN FRANCO MOUTHON, la sanción moratoria establecida en la ley.

Luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial sobre el tema de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías en el caso de docentes aceptando que dicha figura les es aplicable, precisó, que de acuerdo con las pruebas aportadas, en el caso concreto, el ente accionado incurrió en 92 días de retardo en el pago de las cesantías parciales que le fueron reconocidas al accionante, configurándose la sanción moratoria, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

⁴ Folios 80 - 89 del cuaderno de primera instancia.

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandada la apeló, a fin de que se revoque y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

Señala la entidad recurrente, que no puede endilgársele negligencia alguna, debido a que el reconocimiento de las cesantías conlleva un procedimiento con sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal.

Adicionó, que las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, se encuentran previstas solamente en el régimen del Decreto 2831 de 2005 y por tanto, no se le puede hacer extensiva una sanción establecida en normas de carácter general, para un procedimiento que se encuentra regulado en una normatividad que no la contempla.

Concluyó, que no se analizó la falta de competencia del Ministerio de Educación Nacional, con ello la falta de legitimación en la causa por pasiva, pues, éste no intervenía en el reconocimiento, ni en el trámite del pago de la prestación, razón por la cual, no le asistía legitimación para ser parte como demandado en este proceso, ya que el acto, cuya declaración de nulidad se solicita, no fue emitido por él, ni en virtud de delegación, ni de la desconcentración de funciones, toda vez, que la competencia radicaba legalmente en las entidades territoriales empleadoras.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

-. Mediante auto de 19 de julio de 2018⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.

⁵ Folios 97 - 106 del cuaderno de primera instancia

⁶ Folio 12 del cuaderno de segunda instancia.

-. En proveído de 30 de agosto de 2018⁷, se dispuso correr traslado a la partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo, pero guardaron silencio.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben en determinar:

¿El Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentra llamado a responder por el pago de la sanción moratoria, por la no cancelación oportuna de las cesantías parciales del docente **EUSTORGIO HOSTERMAN FRANCO MOUTHON**?

¿Procede reconocer y ordenar el pago de la sanción moratoria, pretendida por la demandante?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Regulación legal en materia de cesantías, de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Las cesantías, como prestación social, se califican como un auxilio que ostentan los empleados, las cuales pueden utilizarse a la finalización de la vinculación

⁷ Folio 16 del cuaderno de segunda instancia.

laboral, a efectos de afrontar y solventar sus necesidades básicas más apremiantes y las de su núcleo familiar; como también, pueden usarse, estando vigente la vinculación laboral, siempre y cuando estén dirigidas a costear gastos de vivienda o educación.

Esta prestación laboral, ha sido objeto de muchas regulaciones para los empleados al servicio del Estado, tanto del orden nacional, como territorial⁸; sin embargo, existen disposiciones especiales, para cierto tipo de servidores, como es el caso de los docentes, quienes son los que interesan para desatar el asunto de marras.

En ese orden de ideas, los profesionales al servicio de la docencia, que se encuentren vinculados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tienen un régimen prestacional especial⁹, concretamente, lo relacionado con las cesantías, pues, la forma de liquidación, depende de la condición de docente, bien sea nacional, nacionalizado o territorial, según el caso y de los que se encuentren vinculados, hasta el 31 de diciembre de 1989 y los que se vinculen con posterioridad al 1º de enero de 1990.

Al respecto, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dispone:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones: 1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o

⁸ Leyes 6 de 1945, 65 de 1946, Decreto 3118 de 1968, ley 50 de 1993, ley 344 de 1996, Ley 482 de 1998, Decreto 1582 de 1998, por mencionar algunas normas que desarrollan esta temática.

⁹ Sin perjuicio de lo relacionado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley (...).

3. Cesantías: A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año. B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional (...)"

De la preceptiva anotada, se colige, que el ordenamiento prestacional de los docentes prevé dos regímenes de liquidación de cesantías, según la fecha de vinculación, a saber: i) los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, tienen derecho a que sus cesantías, sean liquidadas con base a un mes de salario, por cada año de servicio, es decir, que este personal, está circunscrito, en el denominado "régimen retroactivo de liquidación de cesantías", dado que se liquida, sobre el último salario devengado; y ii) los docentes vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990, para quienes, se liquidarán las cesantías, conforme al "régimen anualizado de cesantías", que consiste en liquidar las cesantías y los intereses todos los 31 de diciembre, de cada año, sobre el sueldo percibido a la fecha.

2.3.2.- Indemnización moratoria, por el no pago oportuno de cesantías parciales, establecida en la Ley 1071 de 2006. Aplicabilidad a los docentes.

El legislador, ha dispuesto, para el caso de las cesantías liquidadas bajo el

régimen retroactivo, un procedimiento dirigido a que el servidor público obtenga el reconocimiento y pago de sus cesantías. Estas cesantías, pueden ser liquidadas de manera definitiva, al momento de finalizar la vinculación laboral del servidor público o puede ser parcial, referida a que son susceptibles de retiro, en vigencia de la relación laboral, siempre que se demuestren las causas legales para ello, como son, que estén dirigidas a la consecución de vivienda o mejora de vivienda y a costear, erogaciones provenientes de la educación.

Para el caso de retiro parcial de cesantías, el constituyente derivado, expidió la Ley 1071 de 2006, por la cual *“se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”*, teniendo por objeto *“reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación”* 11, y aplicable a *“los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro”*.¹⁰

La normativa reseñada, encuentra su esencia en el procedimiento que debe seguirse, para la consecución del pago de las cesantías parciales, así como su oportuna cancelación, dentro de los términos taxativamente previstos, so pena del empleador o aquella que tenga a cargo la administración de las cesantías, incurran en sanciones de tipo pecuniario.

Para mayor ilustración, se transcriben las estipulaciones de la ley citada, que regulan la materia, a saber:

“Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

¹⁰ Artículo 2° ibídem.

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.

Previo a resaltar, las características que distinguen el procedimiento, para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y su oportuno pago, así como las sanciones que se derivan, producto del no pago en los tiempos establecidos, esta Sala, quiere precisar si esta normativa, es aplicable o no, a los profesionales vinculados a la docencia o al sector docente, como

quiera que su régimen prestacional, concretamente, el de las cesantías, se encuentra regulado en la Ley 91 de 1989.

Pues bien, esta Sala en oportunidades anteriores ha dejado sentado que al analizar de manera integral y sistemáticamente cada una de las estipulaciones de la Ley 1071 de 2006, se infiere, sin mayores elucubraciones, que la misma, no distinguió, ni mucho menos diferenció el servidor público que cobija la manera y el procedimiento, para solicitar el retiro parcial de las cesantías.

La iniciativa legal en comento, generaliza la concepción de servidor público, sin restringir o limitar la calidad de éste dependiendo del sector en el que se encuentren vinculado, entre estos, el de educación.

Y es que entrar a apartar o excluir, al sector educativo, de las sanciones que se originen por el no pago oportuno de cesantías definitivas o parciales, según sea el caso, sería ir en contravía del principio constitucional de igualdad, pues, la Ley 1071 de 2006, trató de regular a todos los empleados del sector oficial, desde los miembros de corporaciones públicas, pasando por aquellos que ejercen funciones públicas de manera permanente o transitorias, hasta los mismos miembros de la Fuerza Pública, en otras palabras, el legislador apuntó que los efectos de esta norma, se surtiera en todos los empleados al servicio del Estado, sin distinguir el sector al que se encuentre vinculado, que no está demás en decir, su regímenes de vinculación, salarial y prestacional, son ostensiblemente disimiles, por lo que, no se justifica que habiendo personal vinculado a varios sectores del Estado, con regímenes laborales diferentes, como se dijo, se excluyan al personal vinculado con la docencia.

Así entonces, para este Tribunal, la Ley 1071 de 2006, efectivamente, aplica al sector docente, pues, no hay diferenciación de los servidores o empleados del Estado, que aplica esta normativa, de suerte, que el operador judicial no puede restringir, lo que no está expresamente prohibido por el legislador.

La anterior posición que se reafirma con la posición de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, quien en sentencia de unificación jurisprudencial del 18 de julio de 2018¹¹, sentó reglas sobre la aplicación de la sanción moratoria en los docentes oficiales, la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y la forma de cómo se debe contabilizar.

Al respecto se dijo:

*“... para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales¹², lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.*

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995¹³ y 1071 de 2006¹⁴, 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.

(...)

122. Por consiguiente, se tiene que dado que la Ley 1071 de 2006¹⁵ fue expedida por el Congreso de la República, órgano al que por

¹¹ Sentencia de unificación por Importancia jurídica. SUJ-012-S2, 18 de julio de 2018, Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01, No. Interno: 4961-2015, Dte: Jorge Luis Ospina Cardona, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

¹² Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

¹³ *«por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»*

¹⁴ *«por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»*

¹⁵ *«por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»*

mandato constitucional le corresponde hacer las leyes¹⁶, y de otro lado, el Decreto 2831 de 2005 por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa¹⁷, dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria. (Negritas para resaltar).

(...)

128. Así las cosas, la Sala de Sección considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005¹⁸ en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006¹⁹ 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.**

129. Para esta Sala de Sección es muy importante recalcar esa jerarquía normativa en cuya virtud **debe prevalecer el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales**; por lo que tanto entes territoriales como el Fomag procurarán su cumplimiento para tales propósitos. Así mismo, el Gobierno Nacional la tendrá en cuenta para si es del caso disponga de una reglamentación acorde con la ley.

130. En consecuencia, estima la Sala que **el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía**, que como hemos visto, resultan aplicables al sector docente oficial. Por ende, y a pesar de no ser objeto de este proceso, en desarrollo de la llamada «excepción de ilegalidad», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, **la Sala inaplicará para los efectos de la unificación jurisprudencial contenida en esta providencia, la mencionada norma reglamentaria**, e instará 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." (Negritas para resaltar),

¹⁶ Artículo 150 de la Constitución Política.

¹⁷ Artículo 189 ibídem.

¹⁸ «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

¹⁹ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

Clarificado lo anterior, este Tribunal observa que la Ley 1071 de 2006, ha dispuesto unos términos perentorios para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales, incluso para las definitivas, que de no cancelarse en las ocasiones establecidas, se genera en favor del empleado, una sanción o indemnización, que equivale a un día de salario por cada día de retardo, la cual fenece en la fecha, en que se efectúe el efectivo pago de las cesantías.

Sobre la causación de esa erogación indemnizatoria, el Consejo de Estado, en el seno de su Sala Plena, sentó las bases para tal fin, en los siguientes términos²⁰:

*“95. En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que 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, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán **15** días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006²¹), **10** del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011²²) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código*

²⁰ Sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, No. Interno: 4961-2015.

²¹ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

[...]

Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.»

²² «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51²³], 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 causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006²⁴. (Negrita fuera de texto)**

Sobre tal forma de contabilización de la mora por el pago tardío de las cesantías, la alta Corporación, explicó distintas situaciones que se presentan en el reconocimiento de la indemnización moratoria, por el no pago oportuno de la señalada prestación social. En tal sentido, dijo que lo explicado, respecto de las normas previstas en el CPACA se podía evidenciar en el siguiente cuadro:

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 EXTEMPORANEO (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

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

²³ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

[...]

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

[...]]»

²⁴ «Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.»

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 ²⁵	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

En la misma providencia, se unificaron los siguientes aspectos relacionados con la sanción moratoria por no pago de las cesantías a los docentes del sector oficial:

3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley²⁶ para que la entidad intentara

²⁵ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

²⁶ Artículos 68 y 69 CPACA.

notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA”.

De acuerdo con la jurisprudencia anotada, este Tribunal acoge la forma de contabilizar la sanción moratoria establecida en dicha Sentencia, modificando también la posición que se aplicaba hasta el momento.

En ese orden y de conformidad con el anterior pronunciamiento, se evidencia, que el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y parciales, están sujetas a un término perentorio y obligatorio, cuyo incumplimiento o falta de pronunciamiento, constituye una sanción y/o indemnización a favor del empleado, que la misma ley conmina a que cancele el empleador o el fondo encargado de la administración de las cesantías, por lo tanto, se colige que el hecho generador de la sanción pecuniaria, surge a partir de la morosidad en el reconocimiento y pago del auxilio en comento.

Bajo el anterior panorama, se estima que la sanción y/o indemnización moratoria, se concibe como un castigo de origen legal, contra la administración morosa en el pago de las cesantías, tardanza que no está en la obligación de soportar el trabajador o ex trabajador, por consiguiente, ese recargo pecuniario constriñe al empleador, para que efectúe el pago en las oportunidades legalmente establecidas.

Como quedó visto, la sanción y/o indemnización moratoria, se causa cuando vencen los 70 días hábiles siguientes, a la radicación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías, sean definitivas o parciales, indistintamente de que hubiese pronunciamiento posterior al vencimiento del plazo otorgado y finaliza su causación, cuando se produzca el efectivo pago al servidor o ex servidor, según sea el tipo de cesantías retiradas.

2.3.3.- Caso concreto.

La entidad recurrente alega, que al actor no le asiste derecho a la sanción moratoria, porque las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo, no contemplan la indemnización moratoria, por el no pago oportuno y señalan, que el pago está sujeto a la condición suspensiva, de la disponibilidad presupuestal.

Así mismo, alega la falta de competencia del Ministerio de Educación Nacional, pues, éste no interviene en el reconocimiento, ni en el trámite del pago de la prestación, razón por la cual, no le asiste legitimación para ser parte como demandado en este proceso, ya que el acto deprecado no fue emitido por él, ni en virtud de delegación, ni de la desconcentración de funciones, toda vez, que la competencia radica legalmente en las entidades territoriales empleadoras.

Frente a la falta de legitimación del Ministerio de Educación, debe decirse que tales alegaciones no son de recibo, pues, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 91 de 1989, está a cargo de la Nación, las prestaciones sociales del personal docente Nacional o Nacionalizado.

Para dar cumplimiento a dichas obligaciones, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial encargada del pago de las prestaciones sociales, que reconoce la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional -Art. 9 de la Ley 91 y art. 56 de la Ley 962-.

Luego entonces, como lo reclamado en la demanda, corresponde a una prestación a cargo de la Nación, cuyo pago corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual a su vez, se encuentra representado en Sucre por la respectiva Secretaría de Educación, es evidente que la entidad accionada, es la llamada a responder por lo demandado por el actor.

Se precisa, que a pesar de que la Secretaría de Educación proyecta el acto administrativo relativo al pago de las prestaciones sociales, la decisión allí contenida no corresponde al ejercicio de una atribución exclusiva o autónoma de ella, sino a una función desconcentrada, que cumple, por disposición de la ley y del reglamento (Art. 3 del Decreto 2831 de 2005, 3 de la Ley 91 de 1989 y 56 de la Ley 962), funciones que en principio son propias del Ministerio de Educación, pero que, se encargan en aquellas como una estrategia de regionalización, de manera que es un atributo del órgano central competente el reconocimiento y demás decisiones relacionadas con los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así las cosas, no son de recibo los argumentos de falta de competencia expuestos por la parte impugnante, pues, se estima que es la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quienes deben responder en conjunto, por el reconocimiento y pago de las cesantías y sus intereses, concedido al accionante en la sentencia que aquí se recurre.

En este orden de ideas, no hay lugar a declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, alegada por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG -.

Resuelto lo anterior, esta Sala de Decisión, precisa lo siguiente, dando respuesta al segundo de los problemas jurídicos planteados:

Analizado el expediente, se evidencia que el señor EUSTORGIO HOSTERMAN FRANCO, en su calidad de docente en la Institución Educativa Veinte de Enero del Municipio de Sincelejo, Sucre, elevó solicitud de retiro parcial de cesantías, el día **3 de julio de 2015**²⁷; pedimento resuelto por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Departamental, mediante **Resolución No. 0350 de septiembre 15 de 2015**²⁸, mediante la cual, reconoció el pago de las cesantías parciales, pagada por dicho fondo a través de la entidad fiduciaria.

El mencionado retiro parcial de las cesantías, fue debidamente cancelado al actor, el **29 de enero de 2016**, conforme lo señala el comprobante de pago de la entidad bancaria, obrante a folio 16 del cuaderno de primera instancia.

Acreditados los anteriores supuestos y atendiendo a la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, se evidencia, que la resolución proferida por la demandada en respuesta a la petición de cesantías presentada, fue expedida por fuera del término legal (15 días).

En tal sentido, en este asunto, se deberá tener en cuenta la regla jurisprudencial fijada en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de los 15 días, es decir, que la sanción por mora corre **70 días hábiles** después de radicada la solicitud de reconocimiento (**15 días** para expedir la resolución, **10 días** de ejecutoria del acto – Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011- y **45 días** para efectuar el pago).

²⁷ Tal y como se reconoce en la Resolución No. 0350 del 15 de septiembre de 2015, visible a Folios 11 – 13 del cuaderno de primera instancia.

²⁸ *Ibíd.*

Así, para el caso de la accionante se tiene que la contabilización del término para cancelar las cesantías parciales, inició el día hábil siguiente a la radicación de la solicitud, es decir, a partir del 6 de julio de 2015 y feneció el 15 de octubre de 2015.

No obstante, se sabe en el proceso, que las cesantías parciales fueron canceladas el 29 de enero de 2016, de modo, que sin hacer mayores esfuerzos, se infiere que el Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, canceló extemporáneamente la erogación social mencionada, en consecuencia, se configura la penalidad pecuniaria en contra del ministerio, establecida en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, que corresponde a un día de salario por cada día de retardo.

Se puede apreciar, que el retardo, en el pago de las cesantías parciales, estriba en **105 días calendario**, contados a partir del día siguiente al plazo máximo para su cancelación, esto es, 16 de octubre de 2015, hasta el día anterior a su efectivo pago, 28 de enero de 2016.

Ahora bien, para establecer el monto de la sanción moratoria, se debe tomar el salario base devengado por el accionante, para el reconocimiento de retiro parcial de las cesantías, esto es, \$2.517.083,00²⁹, posteriormente, dividirlo entre 30, en aras de determinar el día de salario como docente, multiplicando su resultado por 105, que corresponde a los días en mora³⁰.

En ese orden de ideas, se tiene que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, debe cancelar al señor ESUTORGIO HOSTERMAN FRANCO MOUTHON, por concepto de indemnización y/o sanción moratoria, la suma de \$8.809.790,50.

²⁹ Según comprobante de pago visible a Folio 15 del cuaderno de primera instancia.

³⁰ Resulta evidente que en este aspecto, debe modificarse la decisión recurrida, pues, hay una diferencia en el conteo de los días en mora; lo que traduce en corrección por error aritmético, que bien puede hacerse en esta instancia, más aun, en tratándose de un asunto laboral, que no se somete estrictamente a los requerimientos de la congruencia por los derechos que entraña.

Por otro lado, en cuanto lo expuesto por la entidad recurrente, referente a que solo podía pagar la prestación cuando existiera la disponibilidad presupuestal, ya que no contaba con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encontraran en trámite, se señala, que dicho argumento no es de recibo, toda vez que la normatividad analizada en el acápite antecedente, es clara en su objetivo, que no es otro, que imponer el pago oportuno de las cesantías de los trabajadores, dentro de los plazos legalmente establecidos, para lo cual, la entidad debe prever tales eventualidades, disponiendo lo necesario en su presupuesto.

En efecto, son las mismas normas sobre la materia, las que disponen el término de 70 días, para que la entidad pública nominadora cumpla con el pago de la respectiva obligación prestacional, por tanto, no se acepta la defensa expuesta por la demandada para justificar la mora en que incurrió.

En este orden de ideas, esta Sala de Decisión, confirmará la sentencia recurrida, modificándose parcialmente el numeral segundo de su parte resolutive, en cuanto a los días de mora.

3. CONDENA EN COSTAS. SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º y 2º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el *A quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia adiada 3 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Sincelejo, en el sentido de afirmar que son **CIENTO CINCO (105)** los días en mora y no ciento doce (112), como se dijo en el proveído recurrido y que el valor a cancelar por concepto de sanción moratoria, asciende a la suma de **OCHO MILLONES OCHOCIENTOS NUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA PESOS CON CINCO CENTAVOS (\$8.809.790,50)**, conforme lo expuesto.

CONFIRMAR en lo restante el fallo recurrido.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobada en sesión de la fecha, Acta No. 0058/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA