



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, julio doce (12) de dos mil diecinueve (2019)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de segundo grado
Radicación:	Nº 70001-33-33-001-2015-00246-01
Demandante:	Otoniel Nazar García
Demandado:	Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)
Procedencia:	Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo

Tema: Sanción moratoria / Pago tardío cesantías parciales / Docente

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

Al no evidenciar irregularidades que deban sanearse por el órgano judicial, en tanto el trámite del proceso se encuentra ajustado, procede la SALA a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha primero (01) de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

2. ANTECEDENTES

2.1 PRETENSIONES¹. El señor OTONIEL FRANCISCO NAZAR GARCÍA, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por intermedio de apoderado judicial pretende la nulidad absoluta del acto

¹ Fls. 1-2.

administrativo contenido en el Oficio SED LAPF 700.11.03 del 22 de julio de 2015², expedido por el Líder de Programa Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora, realizada a través de petición del 03 de junio de 2015³, *mediante el cual, se resolvió negar el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por haberle cancelado, tardíamente, una cesantía parcial reconocida mediante Resolución No. 0545 del 26 de julio de 2013.*

Como consecuencia de lo anterior, pide el demandante se declare que tiene derecho a que le liquiden, reconozcan y paguen la sanción por mora, a la que tiene derecho, por habersele cancelado tardíamente una cesantía parcial reconocida, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

Se condene a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios, desde la ejecutoria de la respectiva sentencia y al pago de las costas procesales.

2.2 SUPUESTOS FÁCTICOS⁴: Indicó el demandante, que es docente y que se encuentra afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Que el día 28 de noviembre de 2012⁵, radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre bajo el No. 2012-CES-038609 del 28 de noviembre de 2012; dependencia que mediante Resolución No. 0545 del 26 de julio de 2013⁶, resolvió la mencionada solicitud, reconociendo y ordenando el pago de su cesantía parcial.

Sostuvo que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la entidad fiduciaria encargada, hizo efectivo el pago el 26 de septiembre de 2013.

Que de acuerdo con ello, en su parecer, existió mora en el pago de las cesantías parciales, la cual se configuró, a partir de los 65 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, hasta la fecha efectiva del pago.

² Folios 13 y 14 del cuaderno principal

³ Folios 15 a 20 del cuaderno principal

⁴ Fls. 2-4 del Cd. Ppal.

⁵ Esta fecha se extrae de la Resolución 0545 del 26 de julio de 2013, pues no es aportada al expediente

⁶ Folios 21 y 22 del cuaderno principal

Agregó que, en su caso, desde la radicación de la solicitud (28 de noviembre de 2012), hasta la fecha efectiva del pago (26 de septiembre de 2013 – Hecho cuarto de la demanda), transcurrieron 195 días.

Manifestó también, que el 3 de junio de 2015⁷, solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la sanción por mora, adeudada por la tardanza en la pago de las cesantías, dependencia que a través de oficio SED.LAPF 700.11.03 del 22 de julio de 2015⁸, negó dicha solicitud, aludiendo que no le asistía obligación, en el pago de prestaciones sociales, sino en el trámite de éstas, lo cual realizó en el término establecido en la ley.

Adujo, que se llevó a cabo audiencia de conciliación ante la Procuraduría Delegada para Asuntos Administrativos, no obstante la misma se declaró fallida.⁹

2.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN¹⁰: Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes:

Artículos 29 y 53 de la Constitución Política; artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

En su **concepto de violación**, manifestó, que la sanción moratoria por el no pago de las cesantías definitivas o parciales reguladas por la Ley 1071 de 2006, se contabiliza a partir del día 65 al cual se presentó la solicitud de reconocimiento y pago de dicha prestación, finalizando el día en que se cancele al beneficiario. Precisa que, el plazo total en el presente caso es de 80 días.

Aduce además que, cuando una entidad sobrepasara los límites señalados en la ley para cancelar las cesantías definitivas o parciales de un servidor público, se hacía merecedor de una sanción, consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se hiciera efectivo el pago de la misma.

⁷ Folios 15 a 20 del cuaderno principal

⁸ Folios 13 y 14 del cuaderno principal

⁹ Presentó solicitud del 28 de agosto de 2015 – Fls 25 y 26 – Realizándose el 16 de octubre de 2015 – Fls 27 a 28

¹⁰ Folios 4-9 Normas Violadas y Concepto de Violación.

Por último, sostuvo que en el presente asunto estaba demostrada la violación del ordenamiento jurídico con la expedición del acto administrativo demandado, por lo que se debía declarar su nulidad y ordenar el restablecimiento de lo pedido.

2.4 LA SINOPSIS DE LAS RESPUESTAS:

- **EL DEPARTAMENTO DE SUCRE¹¹**, se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que el artículo 4º de la Ley 91 de 1989, establece que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio, es el encargado de atender las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren afiliados a esa entidad.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, al estimar que esa entidad no es sujeto pasivo del derecho litigioso que se discute, tal como lo ha sostenido el precedente judicial de este Tribunal.

- **LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES¹²**, presentó escrito de contestación de la demanda, aduciendo que la pretensión del accionante no está ajustada a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico que regula el tema, por tanto, se opone a la prosperidad de las mismas.

Frente a los hechos manifestó, que algunos eran ciertos y otros, eran solo una apreciación jurídica de la parte actora.

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 la Fiduciaria La Previsora S.A. procede con los pagos prestaciones, luego de contar con el acto administrativo emitido por la Secretaría de Educación y previo trámite legal para su concesión, debiéndose ajustar al turno de disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las

¹¹ Folios 45-47 del cuaderno de primera instancia.

¹² Folios 63 – 69 Cd. 1.

resoluciones, tal y como se sostuvo en la Circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo Directivo del Fondo atendiendo la sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001 de la Corte, de suerte que no es factible 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 pretendida, 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, reiterando 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, la excepción genérica o innominada y buena fe.

2.5 LA SENTENCIA IMPUGNADA¹³.

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia proferida el día 1º de noviembre de 2017, 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 OTONIEL FRANCISCO NAZAR GARCÍA, la suma de \$9.399.285.00, (numeral segundo de la parte resolutive) por concepto de sanción moratoria, generada desde el día siguiente al vencimiento del término de los 85 días -05 de abril de 2013- hasta el día anterior del pago afectivo -10 de septiembre de 2013-, por el no pago oportuno de las cesantías parciales reconocidas a través de la Resolución No. 0545 de 26 de julio de 2013, expedida por la entidad demandada.

Precisó, que de acuerdo con las pruebas aportadas, el ente accionado incurrió en 159 días de retardo, en el pago de las cesantías parciales que le fueron reconocidas a la accionante, configurándose la sanción moratoria, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

2.6 EL RECURSO¹⁴.

¹³ Folios 109 - 118 del cuaderno de primera instancia.

¹⁴ Folios 128 – 137 del cuaderno de primera instancia

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada –NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - 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 el procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG, se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989 y en el 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, ese ente 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, 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 radica legalmente en las entidades territoriales empleadoras.

2.7 EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL.

PRIMERA INSTANCIA.

Actuación	Folio(s)	Fechas o asuntos
Se repartió la demanda ante los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Sincelejo, correspondiéndole al Primero.	30	30/10/2015
Se admite la demanda	31	Por auto del 8 de marzo de 2016 y se ordena la notificación personal de: Nación- Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación Departamental de Sucre – Procurador – Director Gr1 ANDJE
Notificada por estado No. 031	31 reverso	9 de marzo de 2016

Notificación personal por buzón electrónico	37-42	5-05-2016 -Ministerio de Educación - Fiduprevisora -Departamento de Sucre -Procuraduría -Defensa Jurídica
Término común de 25 días	43	Inició el 6 de mayo de 2016 Finalizó el 14 de junio de 2016
Término del traslado de la demanda – 30 días	44	Inició el 15 de junio de 2016 Finalizó el 28 de julio de 2016
Contestación de la demanda por parte del Departamento de Sucre	45-47	16 de junio de 2016
Contestación de la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio	63-69	5 de julio de 2016
Traslado de las excepciones	75	Inició el 16 de agosto de 2016 Finalizó el 18 de agosto de 2016
Celebración de la audiencia inicial	85-89	8 de noviembre de 2016
Celebración de la audiencia de pruebas	101-102	2 de febrero de 2017
Sentencia de primera instancia	109-118	1 de noviembre de 2017
Notificación de la sentencia vía electrónica	119-126	7 de noviembre de 2017
Recurso de apelación presentado por la Nación – Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio	128-137	17 de noviembre de 2017
Auto que cita a audiencia de conciliación	139	27 de noviembre de 2017
Celebra audiencia de conciliación, la cual se declara fallida y se concede el recurso presentado por la Nación – Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio	147-148	13 de diciembre de 2017

SEGUNDA INSTANCIA.

Actuación	Folio(s)	Fechas o asuntos
Se repartió la demanda ante el Tribunal Administrativos de Sucre.	2 Cd. Alzada	18 de diciembre de 2017
Se admite el recurso de apelación	8 ib.	23 de febrero de 2018
Se corre traslado a las partes para que formulen alegatos de conclusión y al	13 ib.	20 de abril de 2018

Ministerio Público para que rindiera concepto.		
------------------------------------------------	--	--

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. LA DEMANDANTE: No presentó alegatos de conclusión.

3.2. LAS DEMANDADAS: Guardaron silencio.

3.3. MINISTERIO PÚBLICO: No rindió concepto.

4. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

4.1. LA COMPETENCIA. Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia delimitada en el acápite inicial de esta providencia.

4.2. EL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER. De acuerdo con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en calidad de apelante único, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscriben en determinar, Si 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 OTONIEL NAZAR GARCÍA. En caso afirmativo, se establecerá si procede reconocer y ordenar el pago de la sanción moratoria, pretendida por el demandante.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: i) Marco legal de la sanción moratoria causada por el retardo en el pago de las cesantías definitivas; ii) Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006; y, iii) análisis del caso concreto.

4.3. MARCO LEGAL DE LA SANCIÓN MORATORIA CAUSADA POR EL RETARDO EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS DEFINITIVAS. La Ley 244 del 29 de diciembre de 1995 *“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”* señala el procedimiento para la liquidación y pago de las cesantías definitivas de todos los servidores públicos, y en el parágrafo del artículo 2 regula la

sanción moratoria causada por el incumplimiento de la entidad pública empleadora consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta el pago efectivo de las mismas, así:

“Parágrafo.- *En caso de mora en el pago de las cesantías 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 éste”.*

La referida Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 del 31 de julio de 2006, indicando que su objeto es *“reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación”* (art. 1), igualmente estipuló el término para la expedición de la resolución que reconoce las cesantías y la procedencia de la sanción moratoria, en los artículos 4 y 5 que indican:

“Artículo 4º. 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 5º. 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 éste”.*

4.4. LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y LA SANCIÓN MORATORIA DE LA LEY 1071 DE 2006. La Corte Constitucional en la sentencia SU-336 de 2017¹⁵ concluyó que en atención a la naturaleza de la labor desempeñada por los docentes, éstos deben ser tratados como empleados públicos beneficiarios de la Ley 1071 de 2006, la cual cobija a todos los funcionarios y servidores de las ramas del poder público. En este sentido, la Corte precisó que los docentes tienen derecho al pago de la referida sanción moratoria, por las siguientes razones:

(i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

(ii) En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

(iii) Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

(iii) Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.

(iv) En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁵ M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

A su turno, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018¹⁶, decidió la aplicación de la Ley 1071 de 2006 (que modificó la Ley 244 de 1995) a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, regidos por la Ley 91 de 1989.

En la referida providencia se indicó que el Consejo de Estado tenía posturas diferentes sobre el derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria por el retardo en la cancelación de las cesantías parciales o definitivas.

Por ello, con el propósito de unificar jurisprudencia, esa Corporación explicó que los docentes hacen parte de la categoría de empleados públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, en razón de la naturaleza del servicio que prestan; la regulación del servicio docente; su ubicación en la Rama Ejecutiva del Estado; y, la implementación de la carrera docente, que comprende el ingreso, ascenso y retiro del servicio.

En razón de dicha calidad de empleados públicos esa Corporación estableció la siguiente regla jurisprudencial:

«[...] 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 ley¹⁷ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al petionario 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 petionario 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

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01, número interno 4961-2015.

¹⁷ Artículos 68 y 69 CPACA.

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”. » (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

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 la siguiente tabla¹⁸:

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 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
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	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto

¹⁸ Tabla tomada de la sentencia del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, M.P. Dr. Rufo Carvajal Argoty, expediente No. 70-001-33-33-007-2014-00070-01, demandante: DELIN KERINE SOLANO BENÍTEZ y demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG).

		notificación personal ¹⁹		
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

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, 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.

5. 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 el 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.

¹⁹ Se consideran los supuestos 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.

Frente a la falta de legitimación del Ministerio de Educación, debe decirse, tal como lo ha sostenido de manera reiterada por este Tribunal²⁰, 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, se identifica como 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 facultad 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, 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, el argumento de falta de competencia expuesto por la parte apelante, no es de recibo, pues se itera, 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, deprecados por el accionante.

Resuelto lo anterior, este Tribunal, pasa a analizar si el actor tiene derecho o no al reconocimiento y pago de la sanción moratoria reglada en la Ley 1071 de 2006.

²⁰ Ver sentencia del veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, M.P. Dr. Rufo Carvajal Argoty, expediente No. 70-001-33-33-007-2014-00070-01, demandante: DELIN KERINE SOLANO BENÍTEZ y demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG).

Examinado el expediente, se encuentra acreditado que mediante Resolución 0545 de 26 de julio de 2013²¹, proferida por el secretario de educación departamental de Sucre, en virtud de la solicitud radicada 2012-CES-038609 del 28 de noviembre de 2012, se reconoció a favor del señor OTONIEL FRANCISCO NAZAR la suma de \$11.567.348.00, por concepto de liquidación parcial de cesantías con destino a reparaciones locativas, como docente de vinculación municipal en la Institución Educativa Técnico Agropecuario Hato Nuevo ubicada en el municipio de Corozal. De la anterior resolución no se tiene constancia de su notificación en el expediente.

Así mismo, según certificación del 12 de enero de 2017, proferida por la Fiduprevisora S.A., en cumplimiento del oficio de pruebas JAD001-01098(2015-00246)NYR²², se tiene probado que esa entidad puso a disposición el pago de las cesantías parciales al actor por el valor de \$11.567.348.00, el 11 de septiembre de 2013²³, lo cual se corrobora con la copia de la transacción bancaria «pago en efectivo» del BBVA, documentos que dan certeza que la fecha del pago fue el 11 de septiembre de 2013²⁴, por lo que es claro que esta constituye la **fecha de pago efectiva** de las cesantías parciales reconocidas.

El 3 de junio de 2013²⁵, el demandante elevó petición ante el FOMAG, con la finalidad de reclamar la sanción moratoria como consecuencia del reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales liquidadas a través de la Resolución 0545 de 26 de julio de 2013, frente a la cual se originó el Oficio SED.LAPF-700.11.03 del 22 de julio de 2012²⁶, firmado por el Líder de Programa Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, negando el pago de la sanción moratoria aduciendo que:

“...

En este escenario, mal podrían generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir los principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero a reconocer es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto conforme al principio fundamental de igualdad.

Así mismo, le informo que la entidad encargada de cancelar las prestaciones aprobadas a los docentes y directivos docentes es la

²¹ Folios 21 y 22 del expediente Ppal.

²² Em anado del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, en cumplimiento del auto de pruebas proferido en la audiencia inicial del 8 de noviembre de 2016. Fl. 91 C. Ppal.

²³ Folio 93 C. Ppal.

²⁴ F.F. 99, ib.

²⁵ Fl. 15-19, ib.

²⁶ Fls. 13-14, ib.

Fiduprevisora, toda vez que es quien tiene el manejo de los recursos y por ende quien realiza los pagos; de igual forma ésta entidad recibe instrucciones por parte del Ministerio de Educación Nacional y la Dirección General del Tesoro Nacional del Ministerio y Crédito Público, para efectos de recibir y dispensar los recursos que le permitan al Fondo cumplir con el pago de las cesantías.

Se le indica además, que los intereses por mora en el pago de prestaciones económicas deben ser liquidados y decretados por un juez de la república y se incluirán previa ejecutoria del fallo, al presupuesto del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

De acuerdo con lo anterior, se encuentra demostrado que la administración incurrió en un retardo al expedir el acto administrativo que liquidó las cesantías parciales, en tanto la petición de la prestación social se radicó el **28 de noviembre de 2012**²⁷ (fecha que no fue objeto de reparos judiciales), de manera que el plazo de los 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006²⁸, venció el 19 de diciembre de 2012, y la Resolución 0545 solo se expidió hasta el 26 de julio de 2013, esto es, **7 meses y 7 días** después de la solicitud.

En consecuencia, debido a que el acto administrativo no se emitió dentro de la oportunidad legal, deberá igualmente aplicarse la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, que respecto de la exigibilidad fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

«[...] 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. 1071/2006**²⁹), 10 del

²⁷ Según se extrae del contenido de la Resolución No. 0545 de 26 de julio de 2013. Fl. 21 -22 Cd. Ppal.

²⁸ « 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.»

²⁹ «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.»

término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011³⁰) **[5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51³¹], 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 2006³².»

Por lo anteriormente expuesto, teniendo clara la fecha de radicación de la petición de cesantías parciales, esto es, el 28 de noviembre de 2012 (fecha que no fue objeto de debate judicial y fue aceptada expresamente en la parte considerativa de la resolución N° 0848 del 26 de junio de 2015), los términos para la **exigibilidad de la sanción moratoria** deberán contarse así:

- Vencimiento del término para el **reconocimiento** - 15 días (Art. 4° L. 1071/2006³³): 19 de diciembre de 2012.

³⁰ «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.
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.»

³¹ «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.

[...]»

³² «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.»

³³ «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

- Vencimiento del término de **ejecutoria** - 10 días (CPACA –art. 76³⁴): 4 de enero de 2013.
- Vencimiento del término para el **pago** - 45 días (Art. 5º L. 1071/2006³⁵): 11 de marzo de 2013.

De lo expuesto, esta Sala observa que de acuerdo con la fecha en que se radicó la solicitud de retiro parcial de cesantías con destino a reparaciones locativas, la sanción moratoria se causó a partir del **11 de marzo de 2013**, esto es, al día siguiente del vencimiento de los **70 días hábiles** con que contaba la administración para el reconocimiento y pago de la prestación aludida, hasta el **10 de septiembre de 2013**, día anterior en que se hizo efectivo el pago de la suma reconocida conforme a lo dispuesto por el párrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006³⁶, toda vez que el pago por el valor total reconocido tuvo lugar el **11 de septiembre de 2013**, tal como se evidencia del certificado expedido en por la Fiduprevisora³⁷, pues el hecho de que el actor haya retirado la suma correspondiente hasta el 26 de septiembre de 2013, no conlleva a que la penalidad se causó hasta ese momento, pues la ley establece «*hasta que se haga efectivo el pago*», lo cual ocurrió el 11 de septiembre de 2013.

Así las cosas, en el *sub-lite* se causó un período de mora desde el **11 de marzo de 2013** hasta el **10 de septiembre de 2013**, es decir, **5 meses y 25 días**, que equivale a **183 días**, no obstante, como quiera que el *A-quo* condenó al FOMAG a cancelar un periodo moratorio correspondiente a **159 días**, comprendido entre el 5 de abril de 2013 hasta el 10 de septiembre de 2013, este Tribunal, teniendo en cuenta que la entidad pública es apelante único, dará aplicación al principio de la *non*

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.»

³⁴ «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 [...]»

³⁵ «Artículo 5º. 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.»

³⁶ «Párrafo. 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.»

³⁷ Fl. 93 Cd. Ppal.

reformatio in pejus, al resultar más desfavorable la condena en segunda instancia, por lo tanto, se confirmará la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

Lo anterior, significaría que la demandante tendría derecho a un mayor número de días, según la sentencia de unificación acogida por este Tribunal, empero, teniendo en cuenta que la entidad pública es apelante único, se dará aplicación al principio de la *non reformatio in pejus*, pues resultaría aún más desfavorable la condena en segunda instancia al apelante único; por lo tanto, se confirmará la sentencia, pese a que no se comparten los extremos temporales tenidos en cuenta por el *A quo*.

Respecto al apelante único, cuando se trata de procesos judiciales por el pago tardío de cesantías y es la entidad demandada la única que cuestiona el fallo, resulta ilustrativa la sentencia del 22 de noviembre de 2018, de la Sección segunda del Consejo de estado, subsección A, Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con radicación: **19001-23-33-000-2014-00225-01(3010-16)**, en donde se sostuvo lo siguiente:

“Visto lo anterior, la entidad demandada incurrió en mora frente a su obligación de efectuar el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas por la demandante, mora que se causó durante el periodo comprendido del 8 de junio de 2011 hasta el 18 de octubre de 2012, **es decir, por 497 días (1 año, 4 meses y 10 días)**. (Negrilla fuera del texto original)

Sin embargo, teniendo en cuenta que el Tribunal Administrativo del Cauca, para determinar el periodo en el que se causó la sanción moratoria, contabilizó desde la fecha de radicación de la solicitud (2 de marzo de 2011), 15 días para presentar el proyecto de acto, 15 días para su aprobación, 5 días de ejecutoria del mismo y 45 días, los cuales dieron como resultado **450 días de mora**; y que **la Nación, Ministerio de Educación, FNPSM, es apelante único, esta Sala, en virtud del principio constitucional de la *non reformatio in pejus* (art. 31 CP³⁸), no modificará dicha decisión; como quiera que al fallador le está proscrito hacer más gravosa la situación del apelante, quien se entiende impugna la providencia solo en lo desfavorable**. (Negrilla fuera del texto original)

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-1186 de 2003 se pronunció en los siguientes términos:

«3. La jurisprudencia ha dicho que la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado que es apelante único es un derecho fundamental. Y lo es en múltiples dimensiones. Lo es formalmente en cuanto ha sido dotado por el constituyente, de manera expresa, de esa calidad. Lo es materialmente porque se trata de un derecho del individuo que se ha transformado en derecho constitucional positivizado. Y lo es procesalmente en cuanto se trata de un derecho cuya formulación jurídica no está al alcance de los poderes jurídicos constituidos. (...) 4. De acuerdo con lo expuesto, entonces, se tiene lo siguiente: - La

³⁸ «Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único»

proscripción de la reforma en perjuicio del condenado es un derecho fundamental. - Como derecho fundamental, la proscripción de la reforma en perjuicio del condenado constituye un límite tanto a la competencia del superior que decide la apelación, como al poder punitivo del Estado. - Cuando ese derecho fundamental se desconoce, se desborda uno de los límites impuestos por el constituyente al ejercicio del poder penal del Estado, se configura una vía de hecho y hay lugar a su amparo constitucional.»

En los términos de los artículos 320³⁹ y 328⁴⁰ del Código General del Proceso (CGP), vigente para la fecha en que la entidad demandada interpuso el recurso de apelación, éste tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para revocar o reformar la decisión, para lo cual debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. En esa medida, la competencia de la segunda instancia está limitada a las razones de discrepancia expresadas por el recurrente en el recurso, en atención a que en este caso el apelante es único. Tal restricción obedece, en primer lugar, al respeto del principio de la non reformatio in pejus (el artículo 31 de la Constitución Política y el 328 inciso cuarto del CGP disponen que el superior no podrá agravar la pena impuesta o hacer más desfavorable la situación del apelante único) y, en segundo término, debido a que el recurso de apelación se circunscribe a revocar o modificar la providencia apelada dentro del marco de las razones de inconformidad o juicios de reproche esbozados por el apelante, según la situación que dejó establecida el fallo recurrido, razones por las cuales no se gravará la condena y se confirmará la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que la entidad demanda fue apelante único.

Lo anterior, teniendo en cuenta que no hay lugar a declarar la prescripción, por cuanto, la reclamación administrativa fue presentada dentro del término de 3 años consagrado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad

³⁹ **ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

⁴⁰ **ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

Social⁴¹, esto es, el **3 de junio de 2015**⁴², interrumpiendo la prescripción, pues solo había transcurrido 2 años, 2 meses, y 18 días desde la fecha en que se hizo exigible la sanción moratoria, **11 de marzo de 2013**, y la demanda se presentó el 30 de octubre de 2015⁴³, de modo que no hay lugar a la declaratoria de este medio exceptivo.

En lo concerniente al salario base de liquidación será la asignación básica atendiendo también la regla jurisprudencial adoptada Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, devengada por el demandante en la anualidad de **2013**, por ser la vigente al primer día en que se causó la mora respecto del reconocimiento y pago de las cesantías parciales, como acertadamente lo consideró el *A quo*.

De otra parte, en cuanto al cargo relativo a que por disposición legal, solo se procederá al pago y reconocimiento de las cesantías siempre que haya disponibilidad presupuestal, el Consejo de Estado en sentencia 10 de mayo de 2018, con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, señaló lo siguiente:

«De otro lado, no encuentra la Sala de recibo los argumentos del FOMAG, relativos a que por disposición legal, solo se procederá al pago y reconocimiento de las cesantías pretendidas siempre que haya disponibilidad presupuestal, por cuanto, la Corte Constitucional en sentencia C428 de 1997⁴⁴, estudió la exequibilidad del artículo 14 de la Ley 344 de 1996⁴⁵, y para tales efectos, lo declaró condicionalmente exequible con excepción de las expresiones “reconocerse y liquidarse y”, bajo el entendido de que la gestión administrativa, no puede depender exclusivamente de la apropiación presupuestal, pues el objetivo acorde con la Constitución consiste en la agilización global de las solicitudes y reconocimientos pendientes de pago, **en cuanto la mora causa grave daño a los trabajadores y compromete disciplinariamente a los servidores públicos responsables de ella.**»

⁴¹ «Las acciones que emanan de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.»

⁴² Según se observa a folios 15 a 19 del expediente.

⁴³ Fl. 30 C.Ppal.

⁴⁴ M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴⁵ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

Artículo 14º.- Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, sólo podrán reconocerse, liquidarse y pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de solicitudes y los reconocimientos y pagos, cuando existan. En este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse. Art. 14 declarado Exequible excepto las expresiones "reconocerse, liquidarse y" subrayados. [Sentencia C-428 de 1997] [Sentencia T-206 de 1997] [Sentencia C-584 de 1997] [Sentencia C-061 de 1998]. Corte Constitucional. Ver el Decreto Nacional 2712 de 1999, Ver Art. 3º Decreto Nacional 1919 de 2002»

Igualmente la Corte Constitucional, sobre este punto ha sido reiterativa en indicar a través de diferentes pronunciamientos que no puede negarse ni supeditarse el reconocimiento de las prestaciones del trabajador a la existencia de una partida presupuestal, tal como se evidencia a continuación:

«Sentencia C-428 de 1997. «Son actos que apenas hacen explícita una obligación ya existente en cabeza del organismo estatal y, lo más importante, el correlativo derecho del trabajador solicitante, quien según las normas jurídicas en vigor, si se somete a esos requisitos, puede pedir que se le reconozcan y liquiden las sumas que por tal concepto le es posible retirar.»

En la sentencia T – 794 de 1998, en donde estudió el caso de una docente que solicitó sus cesantías al Fondo de Prestaciones del Magisterio Seccional Huila, sin que esta se pronunciara al respecto a pesar de haber transcurrido un término de dos años desde que fue interpuesta la solicitud, se precisó que *las entidades encargadas de reconocer y pagar las prestaciones sociales a que tienen los trabajadores no pueden supeditar el derecho de petición, al cumplimiento de actuaciones por parte de ellas mismas o de otras entidades, o condicionar la respuesta a tal petición con base en el criterio de la no disponibilidad de recursos para pagar el posible derecho que se esté reconociendo»*⁴⁶

De lo expuesto, se colige que no existen razones constitucionalmente válidas, que permitan supeditar la resolución de una solicitud de liquidación de aludida prestación a la existencia de disponibilidad presupuestal, tal y como lo pretende la entidad demandada, toda vez que la mora en el pago de las cesantías parciales causa grave daño a los trabajadores, debido a que aquellas se crearon con el objeto de solventar al empleado frente a las necesidades básicas de vivienda y educación o cuando este se quede cesante, y es por ello, que el empleador que no cumpla con la obligación de cancelar el referido emolumento dentro del término previsto en la ley, se encuentra sujeto a una sanción.

Por todo lo expuesto, se confirmará la sentencia proferida el 1 de noviembre de 2017 por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, que accedió las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS.

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 demandada y liquidense, de manera concentrada, por el A *quo*, de conformidad con

⁴⁶ T-831933 de 2004. M.P.: Clara Ines Vargas Hernández.

lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo, lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 1 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de primera y 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.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta No. 098.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANDRÉS MEDINA PINEDA

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTTY