

Cartagena de Indias D.T y C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2015-00494-01
Demandante	YOMAIRA DE JESÚS AGUILAR ÁLVAREZ
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>SANCIÓN MORATORIA – aplicación de la Ley 1071 de 2006 SANCIÓN MORATORIA DOCENTE</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 9 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por YOMAIRA DE JESÚS AGILAR ÁLVAREZ, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

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

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora YOMAIRA DE JESÚS AGUILAR ÁLVAREZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE

¹ Folios 2-14 c/no 1

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo del 2015RE1546 del 17 de abril de 2015, por medio del cual se negó el derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías al demandante.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, que esta judicatura declare que la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria mencionada.

TERCERO: Que se reajusten los valores reconocidos por la sanción moratoria y se reconozcan intereses moratorios a partir del día siguiente a la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectúe el pago.

CUARTO: Condenar en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

El demandante expone que, el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, fue creado por medio de la Ley 91 de 1989, y tiene bajo su competencia el pago de las cesantías a los docentes de los establecimientos educativos de orden oficial.

Que, teniendo en cuenta lo anterior, presentó el 31 de mayo de 2012, el reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenía derecho, sin embargo las mismas solo le fueron reconocidas el 8 de octubre de 2012, por medio de Resolución No 5371; siendo canceladas el 12 de diciembre de 2012.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 70 días para el pago de las cesantías en comento, la cual vencía el 7 de septiembre de 2012, sin embargo, solo lo realizó el 12 de diciembre de 2012, transcurriendo un total de 94 días de mora.

Afirma el actor que, con escrito del 25 de marzo de 2015, solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta negó dicho reconocimiento, por lo que se convocó a audiencia de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida por no llegarse a ningún acuerdo.

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

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

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

2.4.1 Concepto de la violación

- Ley 91 de 1989. Artículo 2 numeral 5

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

- Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006

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

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

establecidos en la norma, o por el hecho de haberse expedido oportunamente el acto de reconocimiento pero por no haber realizado el pago de los dineros reconocidos en el acto dentro del tiempo máximo que el precepto legal establece, se transgrede la norma y se desconoce el espíritu bajo el cual la misma fue desarrollada.

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

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

2.5 Contestación

2.5.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio²

Esta entidad dio contestación a la demanda el 1 noviembre de 2016, sin embargo la misma debe ser considerada como extemporánea, toda vez que la notificación de la demanda se surtió el 7 de julio de 2016, y el plazo establecido para contestar venció el 22 de agosto de 2016.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 9 de noviembre de 2016, el Juez Décimo Primero Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, exponiendo que, una vez confrontado el acto administrativo demandando, con la Ley 1071 de 2006, se encuentra que está probado el cargo de nulidad manifestado por la accionante, toda vez que la sanción que

² Folio 78-87 c. 1

³ Folio 102-108

contiene dicha norma se configura de manera automática por el o pago oportuno de las cesantías, parciales o definitivas.

Sostiene que, revisado el material probatorio aportado en el expediente, se advierte la existencia de una mora de 54 días en el pago de las cesantías de la demandante, por lo cual debe accederse a las pretensiones de la misma.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 16 de noviembre de 2016, la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 9 de noviembre de 2016, en lo que se refiere a la falta de disponibilidad presupuestal, y en el hecho de que la Ley 1071 de 2006 no contempla el reconocimiento de sanción moratoria por el pago retardado de las cesantías a los docentes.

Además de lo anterior, la apoderada de la entidad accionada hizo énfasis en el hecho de que el Ministerio de Educación debe ser excluido de la condena, toda vez que ésta entidad no tiene entre, su competencia, la función de expedir el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, así como tampoco profirió el oficio por medio del cual se le denegó a la actora la sanción moratoria; bajo ese entendido, debe considerarse la existencia de una falta de legitimación en la causa por activa.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendarado 17 de febrero de 2017⁵, se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada; con providencia del 28 de junio de 2017⁶, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 14 de agosto de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

⁴ Folio 109-115 c. 1

⁵ Folio 130

⁶ Folio 5 apelaciones

⁷ Fol. 8 apelaciones

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante:

La parte accionante, presentó su escrito de alegatos el 1 de septiembre de 2017, de manera extemporánea.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸:

Esta entidad, presentó su escrito de alegatos el 24 de agosto de 2017, ratificándose en los argumentos del recurso de apelación, puesto que el plazo para ello era el 30 de agosto de 2017⁹.

6.3. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público rindió concepto de manera extemporánea, pues el plazo para ello vencía el 13 de septiembre de 2017, y lo hizo el 25 de octubre de esa anualidad.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

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

7.2. Competencia.

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

7.3 Actos administrativos demandados.

- Oficio 2015RE1546 del 17 de abril de 2015, por medio del cual la Secretaria de Educación Distrital le niega a la accionante, el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cercanías parciales.

⁸ Folios 21-26 apelaciones

⁹ El auto de alegatos se notificó el 15 de agosto de 2017

7.4 Problema jurídico.

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

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

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

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

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

¿Se causó en favor de la señora YOMAIRA DE JESÚS AGUILAR ÁLVAREZ, el derecho a reclamar una sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de las cesantías parcial?

¿Es la inexistencia de disponibilidad presupuestal, un hecho que exonera a la entidad pagadora de la sanción estudiada?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala considera que en el proceso, quedó demostrado que, la voluntad del legislador en la expedición de la Ley 1071 de 2006, no era excluir a los docentes oficiales de la aplicación de la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantías, dado que el propósito de dicha norma, era unificar el régimen prestacional de todos los servidores públicos, incluyendo los del sector de educación, los cuales se rigen por las normas generales sobre este tema.

Por otra parte, la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio, tal como se establece mediante la Ley 91 de 1989, la cual indica que se creó dicho fondo, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y

estadística, pero, sin personería jurídica, razón por la cual debe ser representada por el Ministerio de Educación Nacional.

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las presentaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio de competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes.

Por último, advierte la Sala que la inexistencia de la disponibilidad presupuestal, como causal de exculpación por el incumplimiento en la cancelación oportuna del auxilio de cesantías, no es un argumento viable, en tanto son las mismas normas reguladoras de la materia las que establecen 88 días como término en los cuales debe cumplir la entidad pública nominadora con el pago de la respectiva obligación prestacional.

Así las cosas, la sentencia apelada debe ser MODIFICADA teniendo en cuenta que la sanción moratoria que se le debe reconocer a la accionante es por valor de 62 días y no por 5 como se aseguró en la sentencia de primera instancia, además, se revocará la orden de indexación de la condena en comento, por las razones que a continuación se expondrán.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1 Régimen legal de las cesantías para los docentes públicos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial sin que el vínculo laboral cese, cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda, entre otros motivos previstos legalmente .

Las cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran amparada por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la que se dispone lo siguiente:

“Artículo 15:

Numeral 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 1o. 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”.

La norma trascrita no establece la sanción por la mora en la cancelación de las cesantías a los docentes generando múltiples decisiones disímiles, en las cuales jueces, magistrados y consejeros de estado han negado y concedido el pago de la sanción, lo que se traduce en una inseguridad jurídica para los administrados al no tener claro si tienen derecho o no al reconocimiento de esta prestación.

Ante la incertidumbre generada por la situación anterior, la Corte Constitucional, mediante sentencia de unificación SU-336 de mayo 18 de 2017, precisó que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. Lo anterior, porque lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer

otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. Así mismo, aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989...".

La sanción moratoria en estudio se instituyó en la Ley 244/95, y tiene lugar siempre que al momento del retiro del servicio o de la terminación del contrato, la entidad pública pagadora incumpla los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales. Al respecto señalan los artículos 1 y 2 de la mencionada ley:

"Artículo 1º. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal 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 informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

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 sólo 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."

Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006, así:

“Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley 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.

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:

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.

Artículo 6°. Inspección, vigilancia y control. Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los Servidores Públicos, cumplan con los términos señalados en la presente ley.

Igualmente, vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución.” (Negritas y subrayas nuestras).

Sobre la interpretación de las normas en cita por parte del Consejo de Estado, en sentencia de la Sala Plena de fecha 27 de marzo de 2007, expediente No. 2777-2004, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se llegó a las siguientes conclusiones:

“(…) 5.3. Formulación de las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas.

(…) Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así:

5.3.1 La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías.

5.3.2 La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga.

5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.

En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:

5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.

5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.

5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.

5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.

5.3.4. Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.

En las situaciones aludidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral.

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir

directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V.gr. hipótesis 5.3.3.1 y 5.3.3.2. (...)

En suma la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. (...)

(i) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

(ii) Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía.

(iii) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva.

(iv) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros, expresos y exigibles, debe acudir ante esta jurisdicción para que defina el tema. De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.

Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho. (...)" (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo expuesto, concluye el Tribunal:

1. La vía judicial adecuada para reclamar el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva y la sanción moratoria es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que no existe título ejecutivo.
2. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese.

3. La liquidación de la cesantía definitiva o parcial debe estar contenida en una resolución o acto administrativo originado en la petición del interesado.

4. Presentada la solicitud, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, cuenta con 15 días hábiles para expedir la resolución de reconocimiento.

5. De conformidad con el artículo 87 del CPACA, la Resolución de reconocimiento quedará en firme desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos, o desde el día siguiente al vencimiento del término para interponer recursos cuando estos no fueron interpuestos o respecto de ellos se hubiera renunciado.

6. A partir de la firmeza del acto de reconocimiento, la entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995 - diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones - cuenta con un término máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, para hacer efectiva la prestación liquidada, so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

Precisa la Sala, que aunque la Ley 91 de 1989 que regula de manera especial el pago de cesantías para los docentes, no contempla la sanción moratoria por el retardo en el pago, el Consejo de Estado, en proveído cuyos fundamentos se comparten, ha reconocido sin mayor dificultad la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector público, siendo esta posición, a criterio de esta Sala de Decisión, la que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral y al de igualdad material de los docentes frente a los otros servidores públicos que sí se ven cobijados por dicha prerrogativa; aplicabilidad que igualmente se da, acudiendo a una interpretación finalista de la norma general, que procura que al establecer el auxilio de cesantías en favor de servidores públicos, la administración debe reconocerlo y pagarlo en unos plazos, es decir, no puede hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa prestación social, la cual es, servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante. De allí que, en vista de la finalidad que llevó a establecer la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías, no es posible que excluir a los docentes que se podrían encontrar en la misma situación.

Los mismos criterios fueron expuestos en sentencia de 22 de enero de 2015, Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) la Segunda-Subsección B, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, y en sentencia proferida por la Subsección B de 17 de noviembre de 2016, C.P. William Hernández Gómez, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01.

Así las cosas, ha de concluir la Sala que para el caso de los docentes del sector público también resulta aplicable la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

7.6.2 Sobre el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de docentes, y la responsabilidad frente a las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos de reconocimiento.

La Corte Constitucional, en Sentencia de unificación SU-336 de 18 de mayo de 2017 antes señalada, sostuvo que los docentes están cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula las cesantías.

Sostuvo, además, que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989, así:

"(...) Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de

la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

Por lo anterior, a fin de establecer el término que tiene la entidad para pagar las cesantías a los docentes habrá que remitirse a las normas especiales que sobre la materia lo rigen, es decir, el procedimiento establecido en el Decreto 2831 de 2005.

En efecto, el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos que deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, con el fin de que asumiera el pago de las prestaciones sociales de los docentes. A su vez, el artículo 9º de la citada ley indica que las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, función que se delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

En armonía con las anteriores disposiciones, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994 ordena que las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado sean reconocidas por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el educador, e igualmente que el acto administrativo de reconocimiento de las mismas debe constar en una resolución que lleve, además, la firma del coordinador regional de prestaciones sociales del mismo Ministerio, en la respectiva regional.

En ese mismo orden, se tiene que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, señala:
"RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES

SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”.

Por su parte, el Decreto 2831 de 2005, por medio del cual se reglamenta 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, dispone:

“Artículo 2° Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (...)

En igual sentido, el artículo 3° del Decreto en cita expresa:

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

- 1. Recibir y radicar en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria*

encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme. (...)"

El artículo 4° ibídem señala que el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

El artículo 5° ibídem, señala que aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

Así las cosas, queda claro de conformidad con la exposición contenida en los apartes jurisprudenciales antecedentes, que la sanción moratoria por el no pago de las cesantías parciales o definitivas regulada en la Ley 1071 de 2006, inicia su conteo a partir del día 65 al cual se presentó la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación, finalizando el día que se cancele al trabajador o ex trabajador, dicho monto.

Se aclara que el anterior resulta ser el plazo aplicable a los empleados públicos en general, dado que en tratándose de afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, las normas especiales que regulan la materia, los artículos 56 de la Ley 962 de 2005 y 4 del Decreto 2831 de 2005, al establecer en dichos trámites la intervención de las Secretarías de Educación de los Entes Territoriales descentralizados en educación y la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo del fondo, adicionan a dicho plazo quince (15) días, para la revisión del proyecto de acto administrativo por parte de la fiduciaria que administre dichos recursos, más la notificación del acto administrativo (5) días, la ejecutoria del mismo (10) días y la remisión del acto a la fiduciaria (3) días, por lo que para este caso estos plazos deben computarse

Ahora bien, en decisión de la Subsección "B" de la sección Segunda del H. Consejo de Estado, se hizo un exhaustivo análisis, que comparte en su integridad por esta Sala, respecto de la responsabilidad que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente al reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados, en el que señaló:

"Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente .

No obstante lo anterior, y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, ello en ningún

momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo." (Negritas fuera de texto).

Así las cosas, es claro para esta Sala de Decisión que en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados intervienen, tres entidades: la Secretaría de Educación de la entidad territorial, donde presta sus servicios el docente, la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo.

Sin embargo, para efectos fiscales y patrimoniales, los recursos que se afectan con cualquier decisión relativa a las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, son los de este Fondo, que es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional y tiene como finalidad de acuerdo al artículo 5° de la Ley 91 de 1989, el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, es decir de los docentes.

Por lo tanto, las condenas relativas o que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente, no obstante la responsabilidad disciplinaria y fiscal en que incurran los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a eso hubiere lugar.

Definido entonces el anterior punto, sin ahondar en mayores elucubraciones se adentra ahora este Cuerpo Colegiado a estudiar el caso concreto.

7.8 Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto en los considerandos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 05371 del 8 de octubre de 2012¹⁰, la señora

¹⁰ Folio 22-24 c. 1

YOMAIRA AGUILAR ÁLVAREZ, presta sus servicios como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA FULGENCIO LEQUERICA VÉLEZ.

Que la demandante, radicó la solicitud de reconocimiento y pago parcial de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día **31 de mayo de 2012**, según consta en la citada resolución.

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

Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	31 de mayo de 2012
Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación (15 días)	Hasta el 25-06-2012
Aprobación del proyecto por la Fiduciaria (15 días)	Hasta el 17-07-2012
Notificación del acto administrativo (5 días)	Hasta el 25-07-2012
Ejecutoria del acto administrativo (5 días) ¹¹	Hasta el 01-08-2012
Remisión del acto administrativo a la fiduciaria (3 días)	Hasta el 06-08-2012
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 10-10-2012

Como vemos el plazo feneció el **10 de octubre de 2012**; mientras que la resolución que reconoció el derecho a cesantías fue expedida el 8 de octubre de 2012 (fl. 22-24) y el pago de los haberes adeudados solo se puso a disposición del actor el día **12 de diciembre de 2012** (Fl. 25) por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía parcial reclamada, incurrió en una **mora de 62 días**, comprendida desde el 11 de octubre de 2012, al 11 de diciembre de 2012.

Así las cosas, para efectos de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca y pague al demandante, YOMAIRA AGUILAR ÁLVAREZ, la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías parciales, a razón de un día de salario por cada día de mora, equivalente a

¹¹ ART. 51 del CCA)

SESENTA Y DOS (62) DÍAS DE SALARIO, teniendo en cuenta lo devengado por el demandante en el término en el que transcurrió la mora, año 2012.

Por último, de la claridad fijada por la Ley 1071 de 2006 y su objetivo, que no es otro que compeler el pago oportuno de las cesantías de los trabajadores, en igualdad de condiciones, no puede ser un argumento de recibo el hecho de que la entidad no cuente con la disponibilidad presupuestal para atender dentro de los perentorios y claros plazos consagrados en la ley, para justificar la mora que incurrió en el pago efectivo de la prestación reclamada. Así las cosas, la Sala desecha el argumento esgrimido por la parte apelante, y confirmará la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2016, con las modificaciones mencionadas.

Debe dejarse claro, que esta suma no podrá ser indexada, puesto que no resulta razonable que por un mismo hecho y un mismo periodo un empleado tenga derecho a sanción moratoria e indexación, lo cual encuentra sustento en los lineamientos jurisprudenciales de la Corporación de cierre de lo contencioso administrativo¹².

7.8. Indexación de la sanción moratoria

Sobre este tópico, el Consejo de Estado¹³ ha expresado:

“Sobre el particular es pertinente citar la jurisprudencia que indica la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda en este punto, a saber: “[...]”

¹² **Sentencia de la Sección Segunda Subsección “A” C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren de 26 junio de 2008 en la se expresa:** “... Ahora bien, el monto total de la sanción o indemnización moratoria debe deducirse la indexación de la cesantía reconocida por la Resolución 099 de 2005, pero, igualmente, sólo la correspondiente al 15 de febrero de 2002 hasta el 30 de septiembre de diciembre de 2004, por cuanto la sanción resulta muy superior al reajuste monetario que se logra con la sola indexación. La corte Constitucional en la sentencia C-448 del 19 de septiembre de 1999, concluyó que no era razonable que un trabajador que tenga derecho a una sanción moratoria, por el mismo hecho y por el mismo periodo de tiempo, reclame también la indexación...” **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”.** Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil diez (2010). Radicación número: 08001-23-31-000-2008-00394-01(1521-09)

¹³ **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “A”** Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, 17 de noviembre de dieciséis 2016 Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01

Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella.

Ha dicho la Sección Segunda que:

“la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]”

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.”

Así las cosas, con fundamento en la sentencia transcrita, esta Corporación, considera que no era procedente acceder a la pretensión de indexación y se revocará.

7.8. Conclusión

En este contexto, considera esta Corporación que se acreditó que el legislador en la Ley 1071 de 2006, no excluyó a los docentes oficiales de la aplicación de la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantías, a contrario sensu su inclusión fue asentada en la exposición de motivos de la norma en cita, dado que el propósito de la misma era unificar el régimen prestacional a todos los servidores públicos, incluyendo los del sector de educación, los cuales no tienen un régimen especial y por lo tanto, se rigen por las normas generales sobre el tema.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se determina en esta providencia que la misma reside en la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón a que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio, y le asignó la función de reconocer y pagar las cesantías al personal docente.

Relativo al tercer interrogante jurídico hilvanado, la respuesta será negativa, dado que la inexistencia de la disponibilidad presupuestal, como causal de exculpación para el incumplimiento del pago oportuno del auxilio de cesantías, no es un argumento viable, en tanto son las mismas normas reguladoras de la materia las que establecen 88 días hábiles como término en los cuales debe cumplir la entidad pública nominadora con el pago de la respectiva obligación prestacional.

En consecuencia, esta Sala **MODIFICARÁ** el fallo de alzada, en el sentido de determinar el lapso de mora para el pago de las cesantías parciales en el término de **62** días, bajo el entendido de que el plazo con que contaba la entidad demandada para no incurrir en el retardo era de 88 días hábiles¹⁴, los cuales al haberse superado, dan lugar a la sanción moratoria hasta fecha de pago. De igual manera, se modificará la condena en el sentido de no incluir la indexación de la misma, por las razones expuestas en esta providencia.

VII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida, en esta instancia.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia del 9 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda así:

¹⁴ Debe destacarse que la ejecutoria del acto administrativo que reconoce las cesantías se rige por el art. 51 del CCA y no por el CAPACA, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la solicitud de cesantías.

*“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNESE** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a la señora YOMAIRA DE JESÚS AGUILAR ÁLVAREZ, la sanción por mora, por el tardío de las cesantías parciales, a razón de un día de salario por cada día de mora, equivalente a SESENTA Y DOS (62) DÍAS DE SALARIO, teniendo en cuenta lo devengado por la demandante en el término en el que transcurrió la mora, año 2012”*

TERCERO: La suma de dinero reconocida en el numeral anterior, **NO** debe ser indexada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, conforme a lo establecido en los art. 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

CUARTO: una vez en firme, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No 014 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ