

Cartagena de Indias D.T y C., dos (02) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

<b>Acción</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-002-2015-00302-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>RAFAEL VANEGAS ARRIETA</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	<i>SANCIÓN MORATORIA – SENTENCIA CE-SUJ-SII-012-2018 UNIFICACIÓN CONSEJO DE ESTADO- SANCIÓN MORATORIA DOCENTE</i>

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 26 de septiembre de 2016, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió denegar las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### **2.1. Demandante**

La presente acción fue instaurada por RAFAEL ANTONIO VANEGAS ARRIETA, 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 demanda<sup>1</sup>.**

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor RAFAEL ANTONIO VANEGAS ARRIETA instauró demanda de nulidad y restablecimiento

<sup>1</sup> Folios 2-14 c/no 1



en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

## **2.2. Pretensiones**

PRIMERO: Declarar la existencia de un acto ficto configurado el día 09 de enero de 2015 producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 09 de octubre de 2014, por el pago tardío de las cesantías de mi representado.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 09 de enero de 2015, frente a la petición presentada el día 09 de octubre de 2014, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a mi mandante establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

TERCERO: Que se dé cumplimiento al fallo, de acuerdo con lo establecido en el art. 192 y ss., del CPACA.

CUARTO: Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLIVAR al reconocimiento y pago de la actualización o indexación de la condena.

QUINTO: Reconocer y pagar los intereses causados en favor del actor.

SEXTO: 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, por haber laborado como docente en una institución educativa de carácter estatal, solicitó, el 15 de abril de 2012, el reconocimiento y pago de sus cesantías; siendo reconocidas las mismas, mediante Resolución No. 033 del 21 de enero de 2013, y pagadas el 12 de julio de 2013.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 65 días para el pago de las cesantías en comento, el cual vencía el 20 de noviembre de 2012, sin embargo, solo lo realizó el pago el 12 de julio de 2013, transcurriendo un total de 231 días de mora.

Afirma el actor que, con escrito del 09 de octubre de 2014, solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta negó el reconocimiento del derecho en mención.

#### **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 Magisterio<sup>2</sup>**

Esta entidad dio contestación a la demanda el 24 de abril de 2017, manifestando que las pretensiones del actor no están ajustadas a derecho, puesto que debió demandar a la entidad administradora de los recursos del magisterio, que es la FIDUPREVISORA. Añade, que a los docentes no les es permitido el reconocimiento de sanción moratoria por el no pago de las cesantías, debido a que las normas que regulan sus derechos no lo contempla; como son la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

---

<sup>2</sup> Folio 61-73 c. 1





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

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso las siguientes:

- Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma: Se estructura por cuanto su pretensión se basa en una norma, desconociendo el ordenamiento jurídico de manera integral, en el que se encuentra también las normas y sentencias en las cuales fundamenta su posición.
- Pago: Que ha cancelado a la demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal y el principio de igualdad.
- Cobro de no debido: Indicando que no existe sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de lo solicitado, puesto que la demandada no podía ordenar el pago, so pena de incurrir en pago de no debido en los términos del artículo 2313 del Código Civil.
- Prescripción: Que en caso de ser procedente, se declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente reclamadas dentro de los 3 años siguientes a la exigibilidad del derecho prestacional.
- Compensación: Expresa que sin que implique reconocimiento del derecho alguno, solicita en caso de ser procedente, se declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por la demandada.
- Excepción genérica o Innominada: Solicita que se declare probada de oficio cualquiera que el fallador encuentre en los términos del Artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Buena Fe: La demandada cita como antecedente la Sentencia T-475 de 1992 y agrega que ha actuado de buena fe exenta de culpa, inclusive, durante todos los trámites efectuados por la parte demandante y en cumplimiento de las normas que regulan la materia.





### **2.5.2 Departamento de Bolívar<sup>3</sup>**

Por medio escrito del día 24 de junio de 2016, el Departamento de Bolívar, dio contestación a la demanda, manifestando que se opone a las pretensiones del actor, y propone las siguientes excepciones: i) falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) carencia de derecho para pedir y iii) responsabilidad exclusiva de la entidad fiduciaria.

Considera el apoderado del Departamento, que la entidad que debe ser demanda es la Nación, a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues quien tiene a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías y demás acreencias<sup>3</sup> que se deriven de la misma.

Añade que, el actor carece de derecho para pedir, teniendo en cuenta que las cesantías parciales solo pueden ser pagadas cuando exista disponibilidad presupuestal; y, como ya se expuso, tal responsabilidad es única y exclusiva de la fiducia que administra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

### **III. – SENTENCIA IMPUGNADA<sup>4</sup>**

Por medio de providencia del 26 de septiembre de 2016, el Juez Segundo Administrativo del circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió declarar probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Departamento de Bolívar.

Por otra parte, en lo que se refiere al fondo del asunto, el Juez *a quo* expuso, que no es posible acceder la reclamación elevada por el actor, frente a la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, bajo el argumento de que las normas que aplican para los docentes, son la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que no contemplan la sanción moratoria por el no pago de cesantías.

Añade, que no es posible aplicar parcialmente la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, conjuntamente con la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, pues ello rompería con el principio de inescindibilidad de la norma. Sostiene

<sup>3</sup> Fols. 46-49 cdno 1

<sup>4</sup> Folio 90-91 y 93 cdno. 1





además, que el art. 5 de la Ley 1071 de 2006, no procede frente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, puesto que la misma ley no menciona expresamente que los docentes sean beneficiarios de dicha legislación; por lo que extenderles su aplicación, violentaría el principio de legalidad que informa el derecho sancionatorio.

Teniendo en cuenta lo anterior concluyó, que al demandante no le asiste el derecho que reclama, por cuanto no hay regulación expresa que contemple la sanción moratoria para los docentes, y que determine el procedimiento su configuración, pues ni el Decreto 2831 de 2005, ni ninguna otra disposición contempla ésta posibilidad.

#### **IV.- RECURSO DE APELACIÓN<sup>5</sup>**

Por medio de escrito del 05 de octubre de 2016, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 26 de septiembre de 2016, manifestando que al caso en concreto, debe aplicarse la Ley 1071 de 2006, que establece la sanción moratoria para los empleados y trabajadores del Estado, y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejercen funciones públicas, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al fondo nacional del ahorro.

En ese orden de ideas, manifiesta que al legislador incorporar en la citada norma, la expresión "los empleados y trabajadores del Estado" no queda duda que dicha normatividad le es aplicable también a los empleados del magisterio, por tener éstos la calidad de empleados del estado.

Sostiene que, si bien es cierto que no existe sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre el tema, lo que permite que cada juez aplique su criterio frente a este tipo de casos, lo cierto es que debe prevalecer el derecho a la igualdad de los docentes, con respecto a los demás empleados públicos.

Agrega, que la excusa del fondo para evadir el pago de la sanción moratoria, sea la ausencia de recursos, tampoco puede ser tenida en cuenta

<sup>5</sup> Folio 94-102 cdno 1





por la judicatura, por lo que solicita que en segunda instancia se revoque la sentencia y se condene a la entidad demandada.

#### **V.- TRÁMITE PROCESAL**

Por auto calendado del 10 de agosto de 2017<sup>6</sup>, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 18 de diciembre de 2017<sup>7</sup>, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

#### **VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**6.1. Alegatos de la parte demandante:** La parte accionante, no presentó su escrito de alegados.

**6.2. Alegatos de la parte demandada<sup>8</sup>:** Esta entidad, presentó su escrito de alegados el 11 de enero de 2018, ratificándose en los argumentos de la apelación.

**6.3. Concepto del Ministerio Público<sup>9</sup>:** solicitó revocar la sentencia de primera instancia, debido a que la ley 244 de 1995 establece el término de 70 días para el pago de las cesantías, la solicitud de cesantías fue presentada en fecha 15/08/2012 y fue pagada hasta el 16/07/2013, casi un año después, por lo cual resulta procedente el pago de la sanción moratoria.

#### **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.

<sup>6</sup> Folio 3 apelaciones

<sup>7</sup> Fol. 7 apelaciones

<sup>8</sup> Folios 10-18 apelaciones

<sup>9</sup> Folios. 19-21 cdno apelaciones





### 7.2.1 Cuestión previa

Por medio de esta providencia, la Sala 002 del Tribunal Administrativa de Bolívar se permite rectificar su postura frente a la manera como se debe contabilizar el término dado a la administración pública para realizar el pago de las cesantías a los docentes; pues, en decisiones anteriores se tenían en cuenta los plazos establecidos en el Decreto 2831 de 2005; sin embargo, en esta oportunidad, se acogerá la postura establecida en la sentencia de unificación del 10 de julio de 2018, por medio de la cual el Consejo de Estado determina que en virtud del principio de inescindibilidad de la norma y del principio de *in dubio pro operario* dicho término debe contarse según las reglas fijadas en la Ley 244 de 1995 y el Ley 1071 de 2006.

### 7.3 Acto administrativo demandado.

- Acto ficto configurado el 09 de enero de 2015 frente a la petición presentada el 09 de octubre de 2014, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora al accionante.

### 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:

*¿Se causó en favor del señor RAFAEL VANEGAS ARRIETA, el derecho al pago de una sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas?*

*¿La condena por sanción moratoria es procedente que se indexe?*

## **7.5 Tesis de la Sala**

La Sala considera que la sentencia apelada debe ser revocada, toda vez que 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, advierte la Sala que al actor le asiste derecho para reclamar la sanción moratoria por el pago retardado de las cesantías definitivas.

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

## **7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial**

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

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

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



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

1. La Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.
2. Precisa el momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía: 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) 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.
3. Igualmente indica cual es el momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora, y lo resume en las siguientes hipótesis:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición





ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal 10	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

4. En lo relativo al **trámite para el reconocimiento de la cesantía en el sector docente**, se tiene que el mismo fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005<sup>11</sup>, previó unos términos especiales, que la Sala resumió así:

<sup>10</sup>Se consideranlo supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

<sup>11</sup>«Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6 del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»





Radicación de la petición de cesantías parciales o definitivas	Secretaría de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente.	
Elaboración del proyecto de acto administrativo y remisión a la sociedad fiduciaria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la petición
Aprobación o razones para improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución
Suscribir la resolución y efectuar la notificación	Secretario de educación territorial	Dentro del término previsto en la ley
Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo

5. Considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005<sup>12</sup> en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006<sup>13</sup> para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento. Inaplica para los efectos de la unificación jurisprudencial contenida en la providencia el Decreto 2831 de 2005, e instar al Gobierno Nacional a que en futuras reglamentaciones tenga en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

6. Sobre el **salario base de liquidación de la sanción moratoria**, se llega a las siguientes conclusiones:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
---------	---	---

<sup>12</sup> «Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

<sup>13</sup> «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.»





Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

7. Finalmente y en lo relativo a **la indexación de la sanción moratoria** reitera que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

### 7.8 Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto en los considerandos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 033<sup>14</sup>, se tiene que el señor RAFAEL ANTONIO VANEGAS ARRIETA prestó sus servicios como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA SANTA BÁRBARA del Municipio de Magangué- Bolívar.

Que mediante la Resolución No. 033 del 21 de enero de 2013, se le reconoció al señor RAFAEL ANTONIO VANEGAS ARRIETA la suma de \$49.618.674 por concepto de cesantías parciales.

Que la actora, radicó la solicitud de reconocimiento y pago parcial de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día **15 de agosto de 2012** según consta en la citada resolución.

La Sala tomando los razonamientos explicados en la sentencia de unificación Consejo de Estado, 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 para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006); 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011), y 45 días a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, así:

<sup>14</sup> Folio 21-23 c. 1





PRIMERA ETAPA	
Radicación de la solicitud	15 de agosto de 2012
Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación (15 días)	Hasta el 06 de septiembre de 2012
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	Hasta el 20 de septiembre de 2012
SEGUNDA ETAPA	
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 27 de noviembre de 2012

Como vemos el plazo feneció el **27 de noviembre de 2012**; mientras que la resolución que reconoció el derecho a cesantías fue expedida el **21 de enero de 2013** (fl. 21-23) y el pago de los haberes adeudados se puso a disposición del actor el día **12 de julio de 2013** (Fl. 24) por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía parcial reclamada, incurrió en una **mora de 226 días**, comprendida desde el 28 de noviembre de 2012 y el 11 de julio de 2013.

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, RAFAEL ANTONIO VANEGAS ARRIETA, 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 DOSCIENTOS VEINTISÉIS (226) DÍAS DE SALARIO, teniendo en cuenta lo devengado por el demandante en el término en el que transcurrió la mora.

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.

### 7.9. Indexación de la sanción moratoria

Sobre este tópico, el Consejo de Estado<sup>15</sup> ha expresado:

<sup>15</sup>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





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

*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 es procedente acceder a la pretensión de indexación y por lo tanto no se reconocerá.

## **7.10. 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.

Relativo al segundo interrogante jurídico hilvanado, la respuesta será positiva toda vez que, al actor le asiste derecho para reclamar la sanción moratoria por el pago retardado de las cesantías definitivas.



En cuanto a la indexación de la sanción moratoria, esta Sala concluye que no es procedente acceder a la misma, teniendo en cuenta que esta no es aplicable frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995.

En consecuencia, esta Sala **REVOCARÁ** el fallo de primera instancia, como quiera que se encuentra acreditada la ocurrencia de una mora en el pago de las cesantías parciales del actor, en el término de 226 días, lo que da lugar a la cancelación de una indemnización.

#### 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 ambas 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: REVOCAR** la sentencia del 26 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, por lo antes expuesto. En consecuencia

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo ficto, generado por la no contestación del derecho de petición presentado el 09 de octubre de 2014, por el señor Rafael Antonio Vanegas Arrieta, y configurado el 09 de enero de 2015, para el reclamo de la sanción moratoria, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE A LA NACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, que reconozca y pague al señor RAFAEL ANTONIO VANEGAS ARRIETA, la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales, a razón de un día de salario por cada día de mora, equivalente a DOSCIENTOS VEINTISÉIS (226) DÍAS DE SALARIO comprendidos entre el 28 de noviembre de 2012 y el 11 de julio de 2013,





teniendo en cuenta lo devengado por el demandante en el término en el que transcurrió la mora, y a lo señalado en este fallo.

**CUARTO:** 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

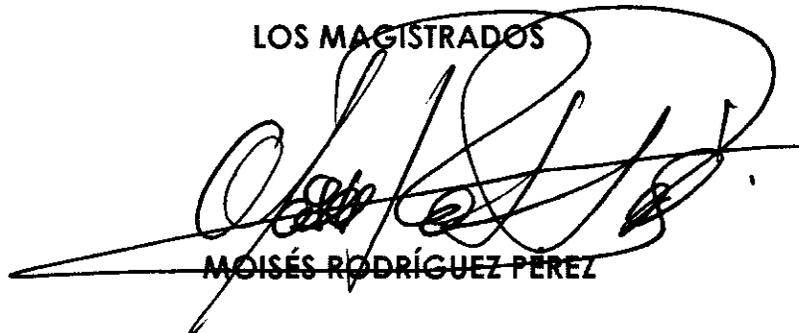
**QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada, conforme a lo establecido en los art. 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP, en ambas instancias.

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

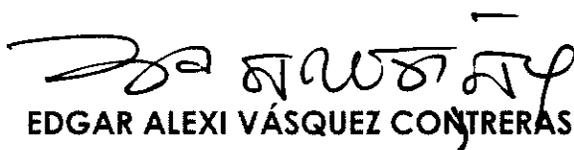
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 110 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE