

Cartagena de Indias D.T y C., doce (12) de junio de dos mil dos mil veinte (2020)

## **I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-0011-2018-00015-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>HERMENEGILDO RENTERIA LEMOS</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>Tema</b>	<i>SANCIÓN MORATORIA DOCENTE</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## **II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede esta Sala de decisión<sup>1</sup>, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2018, por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió acceder a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda

## **III.- ANTECEDENTES**

### **3.1. LA DEMANDA<sup>2</sup>.**

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor HERMENEGILDO RENTERIA LEMOS, instauró demanda de nulidad y restablecimiento 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,

<sup>1</sup> Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales

<sup>2</sup> Folio 1-16

### **3.1.1 Pretensiones<sup>3</sup>.**

PRIMERO: Que se declare la existencia y nulidad del acto administrativo ficto generado como consecuencia de la presentación del derecho de petición el día 16 de febrero de 2017.

SEGUNDO: Que se declare que el señor HERMENEGILDO RENTERIA LEMOS, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006; en consecuencia, condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLÍVAR, al pago de 1 día de salario por cada día de retardo contados desde los 65 días hábiles desde cuando se presentó la petición respectiva.

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 BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLÍVAR 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.

### **3.1.2 Hechos<sup>4</sup>.**

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.

---

<sup>3</sup> Folio 1 – 3

<sup>4</sup> Folio 3 – 5

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

Indica, que laboró como docente en una institución educativa de carácter estatal, y que el 30 de diciembre de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho, las cuales fueron reconocidas por medio de la Resolución No 0321 del 19 de febrero de 2016, siendo pagadas las mismas del 29 de julio de 2016.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 65 días para el pago de las cesantías en comento, la cual vencía el **6 de abril de 2016**, sin embargo, solo lo realizó el **29 de julio de 2016**, cuando ya habían transcurrido un total de **112 días de mora**.

Afirma el actor que, con escrito del **16 de febrero de 2017**, solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta resolvió negativamente las pretensiones invocadas en forma ficta.

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes: Ley 91 de 1989, Ley 244 de 1995, Ley 1071 de 2006.

*Ley 91 de 1989. Artículo 2 numeral 5*

Según la ley anterior, el fondo Nacional del Magisterio tiene la obligación de cancelar las prestaciones sociales de los docentes nacionales o nacionalizado; y como quiera que 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.

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

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.

### **3.2 CONTESTACIÓN DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO<sup>5</sup>**

Esta entidad contestó la demanda el 10 de julio de 2018, 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>5</sup> Folio 37-49 c. 1

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

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 al 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.
- 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.

### **3.3 SENTENCIA IMPUGNADA<sup>6</sup>**

Por medio de providencia del 28 de septiembre de 2018, el Juez Décimo Primero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente las pretensiones de la demandante, así:

*“PRIMERO: Declarar la nulidad del acto ficto configurado el 16 de mayo de 2017 producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el 16 de febrero de 2017, en cuanto negó al señor HERMENEGILDO RENTERÍA LEMOS, identificado con cedula de ciudadanía No. 4.813.550 el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el retardo en el pago de las cesantías.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho se ordena a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que reconozca y pague al demandante HERMENEGILDO RENTERÍA LEMOS, identificado con cedula de ciudadanía No. 4.813.550, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales reconocidas mediante Resolución No. 0321 del 19 DE FEBRERO de 2016, sanción que será equivalente a (01) un día su de salario por cada día de mora en el pago de las cesantías parciales, desde el 14 de abril de 2016 y el 28 de julio de 2016, teniendo en cuenta para ello el último salario básico devengado por la demandante acreditado en el expediente. Lo anterior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*

*TERCERO: NO Condenar en costas*

*CUARTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Gerente de la Fiduciaria la Previsora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y, de la administración de los recursos de dichas prestaciones; que adopten los correctivos necesarios frente a las irregularidades que se presentan, en el pago de las cesantías de los educadores y evitar la sanción moratoria por el pago tardío (identificar las causas que originan el incumplimiento de los plazos previstos en las normas que regulan las cesantías de los docentes y elaborar un plan de mejoramiento y mitigación, ajustado a la ley).*

*QUINTO: Exhortar al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tomar medidas inmediatas que erradiquen y prevengan la situación descrita en el incumplimiento del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes en todo el país, toda vez que dicho consejo directivo tiene como funciones «Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento.» y*

---

<sup>6</sup> Folio 69-74

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

*velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del fondo (numerales 1 y 3, artículo 7 de la Ley 91 de 1989)"*

El A quo sostuvo, que al demandante le son aplicables las disposiciones contempladas en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por lo que tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria por el no pago de sus cesantías parciales. Teniendo en cuenta lo anterior, manifestó que la administración había sobrepasado el límite de los 70 días con los que contaba para reconocer y pagar las cesantías a la accionante, por lo que decidió declarar la nulidad de los actos demandados y condenar al FOMAG al pago de la sanción moratoria desde el desde el 14 de abril de 2016 hasta el 29 de julio de 2019, para una mora de 104 días. No reconoció derecho a indexación.

### **3.4 RECURSO DE APELACIÓN<sup>7</sup>**

La parte demandada interpuso recurso de apelación en contra la decisión anterior, refiriéndose especialmente a la falta de disponibilidad presupuestal de la entidad para asumir el pago, en tiempo, de las acreencias por cesantías; 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 al actor la sanción moratoria; bajo ese entendido, debe considerarse la existencia de una falta de legitimación en la causa por activa.

### **3.5 ACTUACIÓN PROCESAL**

Por medio de acta individual de reparto, adiada a 12 de marzo de 2019<sup>8</sup>, se repartió el presente asunto a este Tribunal, posteriormente, a través de auto

---

<sup>7</sup> Folio 80-91

<sup>8</sup> Folio 3 cdno apelaciones

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

del 21 de mayo de 2019<sup>9</sup>, se dispuso la admisión de la impugnación; y, con providencia del 2 de octubre de 2019, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión<sup>10</sup>.

### **3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La parte demandante presentó su escrito de alegados ratificándose en los argumentos de la demanda<sup>11</sup>. La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

## **IV.- 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,

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1 Competencia.**

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

### **6.2 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:

*¿Tiene derecho el señor HERMENEGILDO RENTERÍA LEMOS, al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales?*

---

<sup>9</sup> Folio 8 cdno apelaciones

<sup>10</sup> Fol. 10 cdno apelaciones

<sup>11</sup> Folio 13-20 cdno apelaciones

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

*¿Le corresponde al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO asumir el pago de dicha sanción, por el no pago oportuno de las cesantías parciales a la accionante?*

### **5.3 Tesis de la Sala**

Esta Sala de decisión, concuerda con la decisión adoptada en primera instancia, toda vez que el señor HERMENEGILDO RENTERÍA LEMOS tiene derecho al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, como quiera que la jurisprudencia del Consejo de Estado es clara y constante en afirmar que a los docentes, en virtud del principio de favorabilidad, le es aplicable la Ley 1071 de 2006, y por lo tanto son acreedores de la sanción moratoria cuando el empleador incumple su obligación pagar de forma oportuna las cesantías parciales o definitivas.

De igual forma, es al Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a quien le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

### **5.4 Marco Normativo y Jurisprudencial**

#### **5.4.1 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

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

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), en la que se analiza las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por falta de pago oportuno de las cesantías, sentencia que permite extraer las siguientes conclusiones:

- **Ley aplicable:**

La Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.

- **Momento a partir del cual se hace exigible la obligación**

Precisa el momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía será vencido los 65 o 70 días con que cuenta la administración para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías y realizar el pago efectivo de las mismas así:

Se contarán **15 días** hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006); **10 días** del término de ejecutoria de la decisión, si esta se adoptó en vigencia de la Ley 1437 de 2011 o **5 días** si la

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

petición se presentó en vigencia del Decreto 01 de 1984; y **45 días** hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 65 o 70 días hábiles, según sea el caso, se iniciará a causar la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Igualmente resume dicho término en las siguientes hipótesis:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
<b>PETICIÓN SIN RESPUESTA</b>	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
<b>ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)</b>	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
<b>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</b>	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
<b>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</b>	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
<b>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</b>	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
<b>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</b>	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal 12	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
<b>ACTO ESCRITO</b>	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
<b>ACTO ESCRITO</b>	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
<b>ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER</b>	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

- **Trámite para el reconocimiento de la cesantía en el sector docente**

En lo relativo al trámite para el reconocimiento de la cesantía en el sector docente, se tiene que el mismo fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5

<sup>12</sup>Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cueles, 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.

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005<sup>13</sup>, previó unos términos especiales, que la Sala resumió así:

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

La sentencia de unificación en comento, considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006 para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en la Ley 1071 de 2006 para el reconocimiento y pago de la cesantía, en el sector docente oficial. En razón de lo expuesto, y haciendo uso de la «excepción de ilegalidad», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, se inaplicó, para los efectos de la unificación jurisprudencial, la mencionada norma reglamentaria, y se instó al Gobierno Nacional a que en futuras reglamentaciones tenga en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

<sup>13</sup>«Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

Así las cosas, sostiene que, en virtud de esa jerarquía normativa debe prevalecer el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales.

- **Salario base de liquidación de la sanción moratoria**

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

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

- **La indexación de la sanción moratoria**

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

#### **5.4.2 Entidad competente para el pago de la sanción moratoria.**

En relación con los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", con ponencia del Consejero WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, llegó a la conclusión que es al Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FOMAG, la entidad obligada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías.

Al respecto recalcó:

*“el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial*

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

*certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.*

*Por lo tanto, es con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se cubren tanto las cesantías de los docentes afiliados a este, como la sanción moratoria que se cause por la su pago oportuno, sin que tenga responsabilidad alguna el ente territorial, quien solo actúa en nombre del fondo.*

## **5.5 CASO CONCRETO**

### **5.5.1 Hechos Probados**

- Derecho de petición radicado el 16 de febrero de 2017, por medio del cual el señor HERMENEGILDO RENTERÍA LEMOS, solicitó la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías (fl. 19-20).
- Resolución 0321 del 19 de febrero de 2016, por medio de la cual se reconoce una cesantías parciales, al señor HERMENEGILDO RENTERÍA LEMOS (fl. 21).
- Comprobante de pago del Banco BBVA, en el que consta el pago realizado al señor HERMENEGILDO RENTERÍA LEMOS, el 27 de julio de 2016, por concepto de cesantías (fl. 22).
- Certificado de salarios del accionante (fl. 23-24).

### **5.5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial**

En el caso bajo estudio se advierte que el señor HERMENEGILDO RENTERÍA LEMOS, presta sus servicios como docente en la institución educativa de carácter oficial. Que, en virtud de lo anterior, radicó ante la Secretaria de Educación de Bolívar, una solicitud de reconocimiento y pago parcial de cesantías, con fecha 30 de diciembre 2015; siendo respondida la misma, mediante de Resolución 0321 del 19 de febrero de 2016, por medio de la cual se le reconoció el valor de \$29.813.037 millones de pesos por concepto de cesantías parciales.

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

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

<b>Primera Etapa</b>	
Radicación de la solicitud	<b>30 de diciembre de 2015</b>
Expedición del acto administrativo (15 días)	<b>22 de enero de 2016</b>
Ejecutoria del acto administrativo (10 días) CPACA	<b>5 de febrero de 2016</b>
<b>Segunda Etapa</b>	
Pago de la obligación (45 días)	<b>13 de abril de 2016</b>

Como vemos, el plazo para efectuar el pago de las cesantías feneció el **13 de abril de 2016**, pero el mismo solo se llevó a cabo el día **29 de julio de 2016**, por lo que la entidad demandada FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una **mora de 106 días, contados desde el 14 de abril de 2016, hasta el 28 de julio de 2016**.

Es de resaltar en esta oportunidad que, el Juez de Primera Instancia al realizar el conteo de la mora, advirtió 104 días, empero en esta oportunidad, esta Sala de Decisión contabilizó **106 días**, desde la fecha siguiente en la que se debió realizar el pago de las cesantías, hasta el día anterior a aquel en el cual efectivamente se pagaron. A pesar de lo anterior, en la sentencia apelada sí se fijaron de forma correcta los extremos calendarios de la sanción moratoria (el 14 de abril de 2016, hasta el 28 de julio de 2016), y, sobre éste fue que se ordenó el pago; así las cosas, no hay lugar a modificar la decisión impugnada.

De acuerdo con lo hasta ahora expuesto, se observa que el señor HERMENEGILDO RENTERÍA LEMOS tiene derecho al reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, como quiera que la jurisprudencia del Consejo de Estado es clara y constante en afirmar que, a los docentes, en virtud del principio de favorabilidad, le es aplicable la Ley 1071 de 2006, y por lo tanto son acreedores de la sanción

13-001-33-33-0011-2018-00015-01

moratoria cuando el empleador incumple su obligación pagar de forma oportuna las cesantías parciales o definitivas.

De igual forma, es al Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a quien le corresponde el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme con lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

En mérito de todo lo expuesto, encuentra este Cuerpo Colegiado que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, como quiera que al demandante le asiste el reconocimiento de la sanción moratoria producto del pago tardío de sus cesantías parciales, contabilizadas desde el 14 de abril de 2016 hasta el 28 de julio de ese mismo año, para un total de 106 días de acreencia.

#### **5.6. De la condena en costa.**

De conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala condenará en costas a la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG, toda vez que el recurso de apelación le fue decidido en forma desfavorable.

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

### **VI. FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia de conformidad con los argumentos expuestos en esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada, NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG como quiera que esta decisión le fue desfavorable.

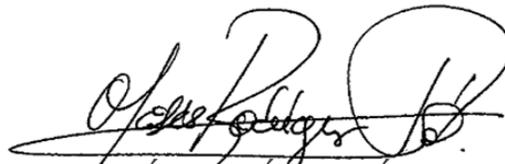


**TERCERO:** Una vez en firme, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 035 de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

  
**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

  
**EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS**

  
**DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN**