

Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

Cartagena de Indias, D T. y C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-013-2021-00013-01
Demandante	Elsy Garrido Rodríguez
Demandado	Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Tema	Sanción moratoria
Magistrado Ponente	Óscar Iván Castañeda Daza

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada contra la sentencia del 22 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la que se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1 DEMANDA

3.1.1 PRETENSIONES¹

En el escrito introductorio se elevaron las siguientes súplicas:

“PRIMERA: Declarar que existe un acto ficto o presunto configurado el día 30 de marzo de 2019, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada en día 30 de noviembre de 2018 por el pago tardío de las cesantías del demandante.

SEGUNDA: Declarar la nulidad del acto ficto configurado en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la demandante.

TERCERA: Declarar que el demandante tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (vinculado el Departamento de Bolívar) , le reconozca y pague una sanción moratoria conforme a las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados a partir de los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber

¹ Folio 2 y siguientes del archivo 01Demanda del expediente digitalizado.

Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS.

PRIMERA: Condenar a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el Departamento de Bolívar – Municipio de Magangué a pagar una sanción por mora conforme a las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 al demandante , equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados a partir de los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

SEGUNDA: Se ordene a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el Departamento de Bolívar - Municipio de Magangué dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal y como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERA: Condenar a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el Departamento de Bolívar - Municipio de Magangué al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a los que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción solicitada, tomando como referencia la variación del índice de precios al consumidor (IPC) desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

CUARTA: Condenar a Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el Departamento de Bolívar -Secretaria de Educación Departamental al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre la suma ordenada en la sentencia que ponga fin a este proceso a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria del fallo judicial hasta que se realice efectivamente el pago.

QUINTA: Condenar en costas a la parte demandada de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.1.2. HECHOS²

La señora Elsy Garrido Rodríguez presentó solicitud para el pago de las cesantías el 05 de febrero de 2018.

Mediante Resolución 0823 de 6 de marzo de 2018 se reconoció el pago de las cesantías deprecadas, las cuales fueron pagadas el 6 de junio de 2018.

El 30 de noviembre de 2018 la demandante solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 4 de la ley 1071/2006, sin que la entidad expidiera respuesta sobre lo solicitado,

² Folio 4 y siguientes del archivo 01Demanda del expediente digitalizado.

Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

por lo que el 30 de marzo de 2019 se configuró el acto ficto o presunto sobre el que se fundamenta la presente demanda.

3.1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

La parte demandante señaló como normas violadas los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Como concepto de la violación manifestó que el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en algunos eventos, ha demorado hasta 5 años; contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que son canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud.

En virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva, las leyes No. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se estableció un término de 15 días después de radicada la solicitud para resolver la solicitud y 45 días después de expedido el acto administrativo de reconocimiento, para cancelarlas.

Sin embargo, a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, la entidad demandada cancela las cesantías por fuera de este término, lo que genera una sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, con posterioridad a los 65 días hábiles de radicada la solicitud y hasta cuando se efectúe el pago.

La Ley 91 de 1989, en su artículo 2, establece que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de su promulgación son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sostuvo que 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, por lo que el pago de la sanción moratoria está a cargo de la entidad demandada.

Sostuvo que, aunque Inicialmente la sanción solo hacía referencia a las cesantías definitivas, con la entrada en vigencia de la Ley 1071 de 2006 la protección, consistente en que el trabajador pudiera obtener su pago de la cesantía antes de los 65 días después de radicada la solicitud, fue ampliada a la cesantía parcial.

³ Folio 3 y siguientes del archivo 01 Demanda del expediente digitalizado.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

No contestó la demanda.

DEPARTAMENTO DE BOLIVAR⁴

Señaló que el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le corresponde a dicho fondo de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Propuso las excepciones de (i) inexistencia de la obligación, (ii) falta de legitimación en la causa frente al pago, (iii) excepción genérica.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁵

Mediante sentencia de 22 de noviembre de 2022, el Despacho de origen concedió las pretensiones de la demanda.

Indicó que dentro del proceso se acreditó el 05 de febrero de 2018 la demandante solicitó el reconocimiento de las cesantías parciales, las cuales le fueron reconocidas mediante Resolución no. 823 de 6 de marzo de 2018 y que fueron consignadas en la cuenta de nómina del banco BBVA el 31 de mayo de 2018.

Señaló que el plazo para efectuar el pago de las cesantías feneció el 21 de mayo de 2018, pero el mismo solo se llevó a cabo el día 31 de mayo de 2018, por lo que el FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de 09 días.

En cuanto a la prescripción, advirtió que, en el caso concreto, el término para reclamar la sanción moratoria empezó a correr a partir del 22 de mayo de 2018, fecha en que empezó a causarse, por ello, el plazo máximo para reclamarla vencería 22 de mayo de 2021, y la demandante solicitó el pago de dicha sanción el 30 de noviembre de 2018, es decir sin superar los 3 años exigidos por la jurisprudencia citada en párrafos precedentes

⁴ Folio 1 y siguientes del archivo 08ContestaciónDemandaDepartamentoBolívar del expediente digitalizado

⁵ Folio 1 y siguientes del archivo 05SentenciaAccede de la carpeta de primera instancia del expediente digitalizado.



Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

Señaló que, de conformidad con el criterio trazado en la sentencia 18 de julio de 2018 no hay lugar a la indexación de las sumas a cancelar.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1. Parte demandada.⁶

Adujo que, en el caso concreto, se presentó la solicitud de cesantías el 05 de febrero de 2018 y que los 70 días para efectuar el pago fenecieron el 21 de mayo de 2018 y los dineros fueron puestos a disposición la demandante el 22 de mayo de 2018 por lo que no se generó la mora.

Señaló que, como los dineros no se cobraron el 22 de mayo de 2018, el pago fue reprogramado; sin embargo, la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar los días de mora es el 22 de mayo de 2018, pues fue en esta donde se pusieron los dineros de las cesantías a disposición del demandante.

En consecuencia, solicitó que revocar la sentencia de segunda instancia y no imponer condena en costas en segunda instancia.

3.5 TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de 13 de febrero de 2023⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de instancia.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante

La parte demandante no presentó escrito de alegatos.

3.6.2. Parte demandada

La parte demandada no presentó escrito de alegatos.

3.6.3. Concepto del Ministerio Público

No rindió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

⁶ Folio 01 y siguientes del archivo 20RecursoApelaciónSentencia del expediente digitalizado.

⁷ Folio 01 archivo 03AutoAdmite de la carpeta de segunda instancia del expediente digitalizado

Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de estas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procederá a dictar la respectiva sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A, que establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda el de apelación, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo argumentos expuestos en el recurso de apelación, corresponde a la Sala establecer si la accionante tiene derecho a que se le reconozca sanción prevista en la Ley 244/95 y 1071/006 por mora en el pago de las cesantías por parte de la entidad demandada.

De ser así, se debe determinar, de conformidad con las pruebas que se alleguen al proceso, si el juez de primera instancia hizo una valoración errónea de los días incurridos en mora por dicha entidad y sobre los cuales debe ser sancionada.

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, pues quedó demostrado que la entidad accionada no incurrió en mora en el pago de las cesantías, toda vez que el término de 70 días que tenía la entidad para pagar las cesantías feneció el 21 de mayo de 2018 y los dineros se pusieron a disposición de la demandante el 22 de mayo de la misma anualidad, es decir, que no se causó siquiera un día de mora.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. De la sanción por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes.

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo



Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

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 amparadas 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 transcrita no estableció la sanción por la mora en la cancelación de las cesantías a los docentes, generando múltiples decisiones judiciales disímiles, algunas de las cuales han negado, y otras concedido, el pago de la sanción, lo que se traduce en una inseguridad jurídica para los administrados.

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

Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

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 2006⁸, así:

“Artículo 1º. 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 2º. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, **empleados y trabajadores del Estado** y de sus entidades

⁸Por 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.



Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

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).

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01, señaló que a los docentes

Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

oficiales sí les son aplicables, en materia de sanción moratoria, las previsiones de la Ley 244 de 1995 y disposiciones complementarias. Y en dicha providencia dispuso:

“PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

- i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.
- ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley⁹ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.
- iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la Sección Segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo, y por ende, aplicable de manera obligatoria los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.

⁹ Artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así mismo que, al reconocer un derecho, será extensible en los términos previstos en los artículos 10, 102 y 269 del CPACA”.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional¹⁰ nuevamente terció en el debate para no solo acoger lo dicho en precedencia por esa misma corporación y por el Consejo de Estado, sino para reiterar que: “(i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías”(se destaca).

Así las cosas, el Despacho concluye 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.

5.4.2. Consecuencias de la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal para el pago de cesantías y de la necesidad de asignación de turnos.

La falta de disponibilidad o apropiación presupuestal para el pago de cesantías, o la necesidad de atender los turnos en el orden de reclamación, no constituyen un motivo legalmente válido para desconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración tiene la obligación, instituida en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, de tramitar en forma eficiente, tanto la expedición de disponibilidades y registros presupuestales, como la oportuna asignación de los recursos económicos para atender sus obligaciones. Y también tiene la obligación de tramitar y decidir las reclamaciones de prestaciones sociales, de conformidad con los términos y condiciones previstos en la Ley 91/89 y el Decreto Reglamentario 2381/05.

El retardo en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías y la ineficiencia de la administración en aportar los documentos necesarios para el efecto, no impide el surgimiento de ese derecho, pues, la consecuencia de dichas omisiones está prevista en la ley, y no es otra que el deber de pagar una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

5.5. CASO CONCRETO

¹⁰ SU-332-19

5.5.1. Hechos relevantes probados

El 05 de febrero de 2018 la demandante radicó ante la Secretaría de Educación de Bolívar, la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales, la cual fue resuelta mediante Resolución No. 823 de 6 de marzo de 2018 en la que se reconoció la suma de \$19.067.081 por concepto de cesantías parciales y se ordenó el pago de la suma de \$ 5.564.262¹¹.

Los dineros de las cesantías fueron puestos a disposición de la demandante el 22 de mayo de 2018, sin embargo, los dineros no fueron cobrados por lo que el pago se reprogramó el pago.¹²

El 30 de noviembre de 2018 el accionante radicó ante la Secretaría de Educación, la solicitud dirigida al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.¹³

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

El siguiente es el cronograma que debió cumplir la demandada, de acuerdo con las Leyes 244/95 y 1071/06.

Radicación de la solicitud	05 de febrero de 2018
Expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías (15 días)	Hasta el 26-02-2018
Ejecutoria del acto administrativo (10 días - CPACA)	Hasta el 12-03-2018
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 21-05-2018

En primer lugar, se advierte que la Secretaría de Educación tenía hasta el 26 de febrero de 2018 para expedir la resolución de reconocimiento de las cesantías, y la expidió el 6 de marzo de 2018, es decir, por fuera de los 15 días otorgados por la ley para ello.

Como fundamento del recurso, la a parte demandada señaló que el pago de las cesantías había sido puesto a disposición del demandante el 22 de mayo de 2018 y que las mismas no fueron retiradas, razón por la cual el pago se reprogramó. En ese sentido, como los 70 días para efectuar el pago

¹¹ Folio 15 del archivo 01Demanda del expediente digitalizado.

¹² Folio 03 del archivo 18CertificaciónPagoCesantías del expediente digitalizado.

¹³ Folio 22 del archivo 01Demanda del expediente digitalizado.

Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

fenecieron el 21 de mayo de 2018 y los dineros fueron puestos a disposición la demandante el 22 de mayo de 2018, no se generó la mora.

La Sala advierte que en la certificación expedida por la Fiduprevisora se indicó que, en efecto, los dineros de las cesantías fueron puestos a disposición de la demandante el 22 de mayo de 2018 y que como no fueron retirados, el pago se reprogramó.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en varias ocasiones ha manifestado que el cumplimiento del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías se consuma con la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente para su pago en ventanilla, toda vez que en cabeza del interesado está la carga de verificar si el monto dinerario se encuentra disponible para su retiro:

"(...) En lo referente al pago de las cesantías del 10 de agosto de 2011 en el banco BBVA de la ciudad de Ibagué, el Tribunal Administrativo del Tolima, afirmó que se configuró el pago efectivo de la obligación por cuanto, habiéndose notificado la Resolución 1137 de 29 de noviembre de 2010, a través de la cual el FOMAG y la Secretaría de Educación Departamental del Tolima, reconocieron el valor de \$3.803.658; no existía un trámite adicional que mediara entre ésta y el pago alegado.

Además, sostuvo que el hecho de que la actora no se percatara de dicho desembolso, no implica que la suma no haya sido cancelada, pues materialmente se produjo la consignación en la cuenta registrada para tales efectos, entrando así a su patrimonio, sin que la omisión de dicha verificación sea imputable al FOMAG, ni a la Fiduprevisora S.A.

Al respecto, la Sala considera que tal como se desprende de lo expresado en la demanda, la Resolución No. 1137 de 29 de noviembre de 2010 y el Oficio No. 2014EE00016230 de marzo de 2014 expedido por la Fiduprevisora; las cesantías reclamadas por la accionante efectivamente fueron canceladas, dado que la consignación es un hecho material que genera el cumplimiento de lo ordenado en la resolución de reconocimiento notificada el 28 de junio de 2011, sin que tuviera que existir una comunicación adicional sobre el desembolso bancario de las mismas, correspondiéndole a la actora verificar la extinción de la obligación previamente reconocida.

Así entonces, la reprogramación del pago sugerida por la Fiduprevisora en el Oficio No. 2014EE00016230 de fecha 19 de marzo de 2014, no constituye una negativa del pago de la prementada prestación social, sino un procedimiento administrativo destinado a velar eficazmente por la Así entonces, la reprogramación del pago sugerida por la Fiduprevisora en el Oficio No. 2014EE00016230 de fecha 19 de marzo de 2014, no constituye una negativa del pago de la prementada prestación social, sino un procedimiento administrativo destinado a velar eficazmente por la salvaguarda de los recursos que maneja el FOMAG. (...)¹⁴

¹⁴ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-00156 (2159-14), jun. 15/2017. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Esta posición ha sido reiterada en las sentencias C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-00638 (1669-15), sep. 25/2017. M.P. William Hernández Gómez y en sentencia. 2015-00765 (3153-17), nov. 26/2018. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

De lo anterior se colige que el pago efectivo que da lugar a la cesación de la mora se configura cuando el Fomag pone los dineros correspondientes a disposición del beneficiario en la institución bancaria respectiva, pues este último tiene la carga de verificar su desembolso, incluso, haciendo uso de los mecanismos que ofrece la entidad para ese fin. Por ende, el Fomag no tiene la obligación de comunicar o notificar el pago, ya que el retiro o cobro de los recursos no tiene consecuencias de cara a la sanción moratoria y tampoco revive su causación.

Teniendo en cuenta que las consecuencias del no cobro de las cesantías por parte del demandante no le son imputables a la demandada, el despacho tomará como fecha de pago de las cesantías el 22 de mayo de 2018, fecha en la cual se pusieron a disposición del demandante.

Así las cosas, se tendría que atendiendo a que la petición se radicó el **05 de febrero de 2018** la entidad tenía hasta el **21 de mayo de 2018** para cancelarlas (vencimiento de los 70 días hábiles), y que estas fueron puestas a disposición del demandante el **22 de mayo de 2018**, se concluye que el pagador no incurrió en mora y por tanto no es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria.

En este sentido, la Sala revocará la decisión de primera instancia, pues los dineros se pusieron a disposición del demandante al día siguiente del vencimiento del término, es decir que no se causó ni siquiera 1 día de mora.

5.6.- Condena en costas en segunda instancia

El artículo 188 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo señala *“salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas de procedimiento civil”*

“Inciso adicionado por el artículo 47 de la ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente: El todo caso la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”

A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

De igual forma se advierte que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha adoptado un criterio objetivo valorativo de la imposición de condena en costas.

Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

Con base en lo anterior, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida dentro del asunto, a la señora Elsy Garrido Rodríguez, no obstante, se encuentra demostrado que, al momento de interposición de la demanda, el demandante se respaldó en fundamentos legales y jurisprudenciales por lo que esta Corporación se abstendrá de imponer dicha condena en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En mérito de lo expuesto la Sala de decisión No. 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

VI.- FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia de 22 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: Sin condena en costas en ambas instancias.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 36/2023
SALA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

Rad. 13-001-33-33-013-2021-00013-01

