Cartagena de Indias D. T. y C, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

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

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-003-2019-00263-00
Demandante	Luz Edith Requena Guerrero
Demandado	Nación - Ministerio de Educación –FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Sanción por mora en el pago de cesantías a docentes

II. PRONUNCIAMIENTO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de agosto de 2021, mediante la cual el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 446 de 1998 y 63 A de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponde al asunto.

III.- ANTECEDENTES

3.1. Demanda.

a). Pretensiones.

La parte demandante, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la Nación - Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó demanda en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

> *1. Declarar la existencia de un acto ficto configurado el día 05 de junio de 2019, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 05 de marzo de 2019, pago tardío de las cesantías.*
>
> *2. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 05 de junio de 2019, frente a la petición presentada el día 05 de marzo de 2019, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de 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.*
>
> *3. Declarar que mi representado tiene derecho a que la Nación - Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (vinculado*

el Departamento de Bolívar- Secretaría de Educación Departamental de Bolívar por tener interés en las resultas del proceso)le reconozca y pague la sanción por mora 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 entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS

1. *Condenar a la (…), a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, 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 entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

2. *Que se ordene a la (…) dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del C.P.A.C.A.*

3. *Condenar a la (…) al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de las cesantías, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.*

4. *Condenar a la (…)) al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectué el pago de la SANCION MORATORIA reconocida en esta sentencia.*

5. *Condenar en costas a (…) de conformidad con lo estipulado en el artículo 88 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del código de procedimiento civil, modificado por el artículo 19 de la ley 1395 de 2010.*

b). Hechos

Para sustentar sus pretensiones la demandante, afirmó, en resumen, lo siguiente:

En su condición de docente oficial radicó el 8 de marzo de 2018 ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar una solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución No. 2370 del 27 de junio de 2018, y canceladas el 2 de octubre de 2018.

Al haberse solicitado las cesantías el día 8 de marzo de 2018, el plazo para cancelarlas se vencía el día 25 de junio de 2018, pero fueron consignadas el 2 de octubre de 2018, por lo que transcurrieron 99 días de mora, contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla.

El 5 de marzo 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora, la cual fue negada mediante el acto demandado.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

La demandante señaló como normas violadas las siguientes: Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; y Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

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 la Leyes Nos. 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 demora, con posterioridad al día 65 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 docente 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.

A pesar de que dicha Ley fue sustituida por la ley 1071 de 2006, fue clara la intención del legislador de buscar que, una vez el empleado quedara cesante

de su empleo, pudiera obtener rápidamente unos recursos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos por la pérdida de su trabajo.

Inicialmente la sanción solo hacía referencia a las cesantías definitivas, pero 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.

3.2. Contestación.

a). El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[1]: se pronunció respecto de cada uno de los hechos de la demandante, manifestando como ciertos algunos de estos de acuerdo con la documentación anexada por el demandante , y en resumen manifestó que la Ley 91/89 establece que el pago de las prestaciones sociales de los docentes está a cargo del Fondo, y el artículo 2 del Decreto 2831 del 2005 establece el procedimiento a seguir frente a las solicitudes de reconocimiento, y señala que deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada, a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del FOMAG.

El Fondo es quien tiene la función del pago de las prestaciones sociales; sin embargo, se diseñó un trámite en el que se encomienda a las secretarías el trámite de solicitudes en general y la expedición del acto de reconocimiento y, por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria - FIDUPREVISORA S.A.-, la administración de los recursos del Fondo y el pago de las prestaciones reconocidas, luego de contar con el acto administrativo emitido por la secretaría de educación y previo trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente, conforme a derecho y a la mayor brevedad posible, según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los actos administrativos mencionados llevan inherente una condición suspensiva, que en el presente caso es la disponibilidad presupuestal con la que cuente según los recursos provenientes de Ministerio de Hacienda y Crédito

[1] Fs. 58-78

Público, y esta sujeción a las decisiones del Ministerio es la que precisamente influye en el pago tardío que aduce la actora.

La Corte Constitucional exige respetar el orden de las solicitudes de pago y tener en cuenta la disponibilidad presupuestal. Por lo tanto, se desconocen los principios y la jurisprudencia constitucional, cuando se reconoce intereses moratorios y/o indexación en casos en que se pagan efectivamente las cesantías atendiendo el turno de atención correspondiente y la asignación presupuestal destinada para tal efecto, de acuerdo al principio de Igualdad.

Las etapas, términos y demás formalidades para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG, está consagrado en el Decreto 2831 de 2005, que reglamentó 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.

Agregó que, en todo caso ante el eventual escenario de una condena en contra de la entidad, no puede accederse a las pretensiones en los términos deprecados en la demanda pues quedó demostrado que la fecha en la que estuvo a disposición los dineros fue el 27 de julio de 2018, el cual no fue cobrado y se reprogramo nuevamente para el día 2 de octubre de 2018, como erróneamente indica la apoderada en sus argumentos en la demanda.

3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 171-177).

La Juez Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 2 de agosto de 2021, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

> ***"PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del acto ficto configurado el día 5 de junio de 2019, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria formulada el 5 de marzo de 2019 por la señora LUZ EDITH REQUENA GUERRERO ante la entidad demandada.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR** a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar en favor de la señora LUZ EDITH REQUENA GUERRERO, la suma de TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS ($3.763.325) por concepto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías, consistente en un día de salario por cada día de retardo, en el periodo de 31 días comprendido entre el 26 de junio de 2018 y el 26 de julio de 2018.*
>
> *No se aplica la indexación del artículo 187 del CPACA por ser incompatible.*
>
> ***TERCERO:** No condenar en costas a la parte vencida, por no aparecer*

causadas.

CUARTO: *La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA* ***(…)****."*

Para sustentar su decisión la Juez A-quo afirmó que está demostrado que la solicitud de las cesantías fue presentada el 8 de marzo de 2018, y que los 70 días hábiles siguientes se extendían hasta el 25 de junio de 2018; es decir, que a más tardar en esa fecha la administración debió efectuar su pago. No obstante, el mismo solo fue realizado el 27 de julio del 2018, por lo que se causaron 30 días de mora.

3.4. Del recurso de apelación (fs. 163 -169 Documento 1 – expediente digital).

La parte demandante manifestó que está en desacuerdo con el fallo apelado, porque el certificado de pago suministrado por la Fiduprevisora S.A. no demuestra que se le hubiere notificado que el pago de las cesantías parciales estaba a su disposición desde el 27 de julio de 2018.

Contrario a lo manifestado, todos los días acudía a alguna de las sedes del Banco BBVA sin que hubiera evidencia de la consignación de las cesantías parciales, y es a la accionada quien debe demostrar que le notificaron de que el dinero se encontraba a disposición para el respectivo cobro, pues prácticamente le tocó adivinar en que día le iban a pagar las cesantías porque nunca se le dio información al respecto.

Es indiscutible que mediante un acto administrativo le fueron reconocidas las cesantías y que solo le fueron pagadas 99 días después de haber transcurrido los términos legales, cuando han debido ser canceladas a los 70 días hábiles siguientes de haberlo solicitado.

Para efectos de calcular los extremos de la mora y el valor de la sanción, debe tenerse en cuenta que la fecha de pago efectiva corresponde al 2 de octubre de 2018, y ha debido efectuarse a más tardar el 25 de junio de 2018, teniendo en cuenta que esa fecha se constituyó como día limite posterior a los 70 días hábiles siguientes contados a partir de radicada la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías, la cual fue elevada el día 8 de marzo de 2018, tal como se evidencia en la resolución que las reconoció, lo que demuestra que transcurrieron 99 días de retardo para el pago.

3.5. Trámite procesal en segunda instancia

Mediante auto del 16 de marzo de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fs. Documento 03 – expediente digital).

Las partes no presentaron alegatos y Ministerio Público no rindió concepto.

IV.CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a decidir de fondo el recurso en estudio.

V- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

5.2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer, de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, si el juez de primera instancia hizo una valoración errónea de los días incurridos en mora por dicha entidad, hecho que sirve de base a la sanción. En caso afirmativo, si se debe revocar la sentencia apelada.

5.3. Tesis de la Sala.

La Sala modificará la sentencia de primera instancia, pues quedó demostrado que la entidad accionada incurrió en mora en el pago de las cesantías de la demandante desde el 26 de junio de 2018 hasta el 1° de octubre de 2018, cuando efectivamente el actor recibió el pago de las cesantías reclamadas, según certificación aportada por la entidad demandada.

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

Ante la incertidumbre generada por la situación anterior, la Corte Constitucional, mediante sentencia de unificación SU-336 de mayo 18 de 2017, precisó:

"*aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.*

Lo anterior, porque lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. Así mismo, aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989…".

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

"Artículo 1º. *Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

Parágrafo*. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar.*

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

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

Parágrafo*. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.*"

Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006[2], así:

> "***Artículo 1°. Objeto***. *La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.*
>
> ***Artículo 2°. Ámbito de aplicación.*** *Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas,* ***empleados y trabajadores del Estado*** *y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.*
>
> ***Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías.*** *Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:*
>
> ***1****. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.*
>
> ***2.*** *Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.*
>
> ***Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley***.
>
> *Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.*
>
> *Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*
>
> ***Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.***
>
> *Parágrafo.* ***En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar***

[2]*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.*

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." (Negrillas y subrayas nuestras).

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

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

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

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

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

5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.
En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:

5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.
5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente*.*
5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.
5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.
5.3.4. Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.

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

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V.gr. hipótesis 5.3.3.1 y 5.3.3.2. (…)

En suma la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y

> ***restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo.*** *(…)*
>
> *(i) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.*
>
> *(ii) Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía.*
>
> *(iii) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva.*
>
> *(iv) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros, expresos y exigibles, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.*
>
> ***Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho. (…)"***
> *(Negrilla fuera del texto)*

Con apoyo en los criterios adoptados por la jurisprudencia comentada procede la Sala a decidir el recurso bajo estudio.

5.5. Caso concreto.

5.5.1. Hechos probados.

- **El 8 de marzo de 2018** la demandante, solicitó ante la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, el reconocimiento y pago de cesantías parciales; las cuales fueron reconocidas mediante **Resolución No. 2370 de 27 de junio de 2018**, en la que se reconoció y se ordenó pagar al accionante, a través de la FIDUPREVISORA, la suma de **$ $3.763.325** (fs. 27-28 documento 01 – expediente digital).

- De acuerdo con constancia de retiro de cesantías allegado al expediente, este fue puesto a disposición de la demandante en el Banco BBVA el **2 de octubre de 2018,** en el mismo se puede apreciar una observación que lleva como título "reprogramación de cesantías parciales" (f. 29 documento 01 – expediente

digital).

- De acuerdo con la certificación expedida por la Vicepresidencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de 17 de noviembre de 2020, el pago de las Cesantías quedó a disposición de la demandante el 277 de julio de 2018 y al no ser cobrado, se reprogramó para el 2 de octubre de 2018 (f. 79 documento 01 – expediente digital).

- Memorial de 5 de marzo de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria (fs. 19-20).

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

En el proceso está probado, y no es objeto de discusión en segunda instancia, que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

La discusión que se plantea tiene origen en la circunstancia de que, luego de proferida la Resolución 2370 de 27 de junio de 2018 de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar que reconoció el derecho a las cesantías de la accionante, FIDUPREVISORA las consignó el día 27 de julio de 2018 en una cuenta suya en el Banco BBVA a disposición de aquélla, quien no las retiró en el transcurso del mes siguiente; razón por la cual fueron reintegradas a FIDUPREVISORA, entidad que solo volvió a ponerlas a disposición de la accionante posteriormente, siendo en esta segunda oportunidad retiradas el día 2 de octubre de 2018.

Estos hechos están probados en el proceso y sobre ellos están conformes las partes, quienes en segunda instancia no proponen ninguna discusión sobre el particular.

Está claro pues que a cargo del FOMAG – FIDUPREVISORA existía una obligación de pagar una suma por concepto de cesantías, y que mientras persistiera la mora se causaba la sanción prevista en las normas comentadas, sanción que solo dejaba de causarse una vez se efectuara el pago.

La controversia que debe decidir este Tribunal es si el pago se materializó el 27 de julio de 2018 en que FIDUPREVISORA depositó el valor de las cesantías en el Banco BBVA a disposición de la accionante, o en la fecha en que ésta efectivamente hizo el retiro, 2 de octubre de 2018.

A juicio de la Sala, el pago se materializó en la fecha en que el accionante retiró de una cuenta en el Banco BBVA la suma de dinero por concepto de cesantías que FIDUPREVISORA había puesto a su disposición.

Lo anterior, porque la satisfacción de la obligación de pagar una suma de dinero - en este caso por concepto de cesantías -, se extingue cuando el pago de efectúa materialmente, y ello ocurre, en casos como el presente, en el momento en que se produce el retiro de dicha suma, a partir del cual se transfiere del patrimonio del deudor (FOMAG) al del accionante acreedor.

La pretensión de la accionada de que se considere satisfecha la obligación de pagar las cesantías a partir de la fecha en que los dineros fueron consignados en el Banco BBVA tendría sentido, como alega la parte accionante, si dicha consignación se hubiese hecho en una cuenta bancaria de la que la accionante misma fuera titular, lo cual no ocurrió en el presente caso. De hecho, ni la demandante ni la demandada alegan que esto último ocurrió.

Lo que en realidad ocurrió, y ello consta en la información contenida en el recibo de pago obrante a folio 25 del expediente, es que era FIDUPREVISORA, no la accionante, quien tenía la condición de cliente de BBVA, y que este Banco le prestaba servicios a FOMAG – FIDUPREVISORA para pagos en efectivo a sus acreedores.

En estas condiciones el único modo en que la entidad accionada puede reclamar que se tenga por satisfecho su deber de pagar las cesantías es que hubiera informado al acreedor la fecha en que puso a su disposición la suma debida en el Banco, pues a partir de esta fecha podía retirarla, sin que pudiera alegarse la existencia de la mora, que habría cesado, dado que la falta de pago le sería imputable al acreedor y no el deudor.

La solución anterior tiene fundamento en el principio constitucional de buena fe y en el principio nemo auditur propriam turpitudinem allegans, de acuerdo con el cual, nadie puede obtener provecho de su propia culpa.

La Corte Constitucional *"ha mantenido una línea jurisprudencial respecto del aforismo "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", a través de la cual sostiene que el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe. Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado*

la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que la persona está prima facie en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar doloso".[3]

En aplicación del principio enunciado es claro que, en casos como el presente, en que el deudor de las cesantías omitió consignar directamente en cuenta de la que fuera titular el acreedor, y omitió igualmente informarle al acreedor de la posibilidad de que las retirara en efectivo por autorización del mismo deudor, la mora se extiende hasta cuando el acreedor las retiró efectivamente.

Como consecuencia de lo anterior la Sala modificará la sentencia apelada y extenderá el derecho a la sanción moratoria entre el 26 de junio de 2018 y el 1° de octubre del mismo año, en vez de considerar como fecha límite el 26 de julio de 2018, como había señalado el juez a quo.

- Condena en Costas.

El artículo 188 del CPACA, remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como el recurso se decidió en forma favorable al accionante, quien lo interpuso, no habrá condena en costas en segunda instancia.

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: Modificar el numeral segundo de la sentencia apelada, el cual quedará así:

> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar en favor de la señora LUZ EDITH REQUENA GUERRERO, la sanción por mora en el pago de las cesantías, consistente en un día de salario por cada día de retardo, en el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2018 y el 1° de octubre de 2018.*

[3] *Ver sentencia T-122/17; y en el mismo sentido las sentencias C-083 de 1993, SU-624 de 1999, C-670 de 2004, T-213 de 2008, entre otras.*

SEGUNDO: Se confirma en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin costas en segunda instancia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ