

13-001-33-33-004-2018-00248-01

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de febrero de dos mil veintidós (2022)

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

<b>Medio de Control:</b>	Nulidad y restablecimiento del derecho
<b>Radicación:</b>	13-001-33-33-004-2018-00248-01
<b>Demandante:</b>	Eucaris Etilvia Fernández Martínez
<b>Demandado:</b>	Nación – Min. Educación – FOMAG y otros
<b>Asunto</b>	Sanción moratoria docente
<b>Magistrado Ponente:</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 8 de junio de 2021, mediante la cual el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena accedió a las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. La demanda (Documento 01 – expediente digital)

#### 3.1.1. Pretensiones: La parte demandante formuló las siguientes:

*“1. Declarar que existe un acto ficto o presunto configurado el día 16 de mayo de 2017, producto de la reclamación administrativa presentada el día 16 de enero de 2017 por la mora en el pago de las cesantías solicitadas por mi mandante.*

*2. Con fundamento en la anterior declarar la nulidad de acto ficto configurado, en cuanto ese negó el derecho a la sanción moratoria producto del pago tardío de las cesantías de mi mandante.*

*3. Declarar que mi poderdante tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DISTRITAL) 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 radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad hasta la fecha en la que se realizó el pago de la misma.*

CONDENAS

1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL a pagar una SANCIÓN POR MORA por tener interés en las resultas del proceso) a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA 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 radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad hasta la fecha en la que se realizó el pago de la misma.

2. Se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL 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 Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C. P. A. C. A)

3. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (Vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción solicitada, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor 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 presente proceso.

4. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (Vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL al reconocimiento y pago de 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.

5. Condenar en costas a la parte demandada de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del código del procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 365 del Código General del Proceso."

**3.1.2. Hechos.** Para sustentar sus pretensiones la demandante, afirmó, en resumen, lo siguiente:

El 13 de enero de 2014 solicitó a la entidad accionada, en su condición de docente oficial, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución 516 del 17 de febrero de 2014 y canceladas el 8 de mayo de 2014.

Como solicitó las cesantías el 13 de enero de 2014, pero fueron consignadas el día 8 de mayo de 2014 a través de entidad bancaria, por lo que transcurrieron

13-001-33-33-004-2018-00248-01

más de los 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelarlas, hasta el momento en que se efectuó el pago.

El 16 de enero de 2017 formuló solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de la cesantía a la entidad demandada, quien resolvió negativamente en forma ficta dicha solicitud.

### **C). Normas violadas y concepto de la violación.**

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 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 establece en su artículo 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.

13-001-33-33-004-2018-00248-01

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 en 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 (documento 6 – expediente digital)** Se opuso a las pretensiones de la demanda y, en resumen, manifestó que la Ley 91/89 en su artículo 3º creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital.

Agregó que 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 de educación territoriales, la expedición del acto de reconocimiento de prestaciones sociales y, por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria - FIDUPREVISORA S.A.-, de la administración de los recursos y el pago de las prestaciones reconocidas.

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 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

13-001-33-33-004-2018-00248-01

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, están previstos 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.

#### **b). Departamento de Bolívar. (Documento 07 – Expediente digital).**

Se opuso a las pretensiones de la demanda y, solicitó que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto las reclamaciones de pago de las cesantías son manejadas por el FOMAG, entidad que no pertenece ni forma parte del organigrama del Departamento de Bolívar, por lo que su actuar tan solo se circunscribe a la proyección de las resoluciones como representante del FOMAG.

#### **3.3. Sentencia apelada. (Documento 29 – Expediente digital).**

Mediante sentencia de 08 de junio de 2021, el A-quo, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

**PRIMERO:** DECLARAR la existencia del acto administrativo ficto presunto negativo respecto de la petición elevada por la señora EUCARIS ETILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, en fecha 16 de enero de 2017.

**SEGUNDO:** DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto o presunto Declarado en el numeral anterior y por el cual se niega a la docente demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, por ella solicitadas el 13 de enero de 2014.

**TERCERO:** En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago a favor de la señora EUCARIS ETILVIA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, a título de sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, un día de salario por cada día de retardo, desde el 25 de abril de 2014 hasta el 7 de mayo de 2014, liquidada con base en la asignación básica devengada por la actora para la anualidad de 2014, en cuantía de Un Millón Treinta y un Mil Ochocientos Cincuenta y Dos Pesos con Nueve Centavos (\$1.031.852,9).

**CUARTO:** Condenase en costas a la parte demandada, Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en favor de la parte actora, las cuales serán liquidadas por secretaría de conformidad con lo

13-001-33-33-004-2018-00248-01

*dispuesto en el Código General del Proceso, siempre que aparezcan demostradas.*

**QUINTO:** *A la presente sentencia deberá dársele cumplimiento en los términos previstos en los artículos 187, 189, 192 y 195 del CPACA. (...)"*

Para sustentar su decisión, afirmó que como la demandante presentó solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías el 13 de enero de 2014; la demandada tenía hasta el 25 de abril de 2014 para realizar el pago y no lo hizo.

Por lo anterior, la demandante tiene derecho a que se le pague a título de sanción moratoria, un día de salario por cada día de retardo, desde el 25 de abril de 2014 hasta el 7 de mayo de 2014.

### **3.4. Recurso de apelación. (Documento 21 – expediente digital).**

La accionante solicitó revocar los numerales tercero y cuarto de la sentencia apelada, por las siguientes razones:

Manifestó está probado que el actor presentó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías el 13 de enero de 2014, los 70 días vencieron el 24 de abril de 2014, la mora se causó a partir del 25 de abril 2014, la fecha en la que estuvo a disposición los dineros fue el 28 de abril de 2014, por lo que transcurrieron 03 días de mora, pero el juzgado condenó el pago de la sanción moratoria desde el 25 de abril de 2014 hasta el 7 de mayo de 2014; teniendo en cuenta solo la fecha del sello del banco BBVA.

Señaló que, de acuerdo con la certificación de pago de las cesantías allegada con los alegatos de conclusión presentados en primera instancia, quedó acreditado que las cesantías fueron pagadas el 28 de abril de 2014 y no el 8 de mayo de 2014.

Po otro lado, señaló que no se debió condenar en costas, toda vez que las pretensiones fueron concedidas parcialmente; además, de que la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte vencida. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su

comprobación.

Citó en su apoyo sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 5 de octubre de 2001, que establece el criterio subjetivo de la condena en costas.

### **3.5. Actuación procesal en segunda instancia.**

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto de 21 de septiembre de 2021 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia (**Documento 39 – expediente digitalizado**). y mediante auto de 6 de octubre de 2021 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (**Documento 43 – expediente digital**).

La parte demandante no presentó alegatos, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

El FOMAG presentó alegatos de conclusión y reiteró en lo sustancial lo expuesto en el recurso de apelación).

## **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan irregularidades que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

## **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.

### **5.2. Problema Jurídico**

Corresponde a la Sala establecer de conformidad con las pruebas que se alleguen al proceso, sí el juez de primera instancia hizo una valoración errónea

13-001-33-33-004-2018-00248-01

de los días incurridos en mora por dicha entidad y sobre los cuales debe ser sancionada.

Así mismo corresponde establecer si es procedente la condena en costas en la primera instancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., y normas concordantes del C. G. P., o si, por el contrario, debe revocarse.

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

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, pues quedó demostrado que la entidad accionada incurrió en mora en el pago de las cesantías de la demandante durante 13 días, contados desde el 25 de abril de 2014 hasta el 7 de mayo de 2014, cuando efectivamente el actor tuvo a su disposición las cesantías reclamadas, de acuerdo con las pruebas allegadas en la oportunidad procesal.

Finalmente, se confirmará la decisión de condenar en costas en aplicación del criterio objetivo.

### **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.**

13-001-33-33-004-2018-00248-01

**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 expresamente la sanción por la mora en la cancelación de las cesantías a los docentes, generando decisiones disímiles, en las cuales jueces, magistrados y Consejo de Estado han negado o concedido el pago de la sanción, lo que se traducía en una inseguridad jurídica para los administrados al no tener claro si tienen derecho o no al reconocimiento de esta prestación.

Ante la incertidumbre generada por la situación anterior, la Corte Constitucional, mediante sentencia de unificación SU-336 de mayo 18 de 2017, precisó que *aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.*

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

13-001-33-33-004-2018-00248-01

*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<sup>1</sup>, 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***

<sup>1</sup>Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

13-001-33-33-004-2018-00248-01

y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

**Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías.** Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

**Artículo 4°. Términos.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

**Artículo 5°. Mora en el pago.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

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

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

13-001-33-33-004-2018-00248-01

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 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 ley<sup>2</sup> 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

---

<sup>2</sup> Artículo 69 CPACA.

13-001-33-33-004-2018-00248-01

*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.

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

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

## 5.5. Caso concreto.

### 5.5.1 Pruebas relevantes para decidir.

- Resolución N° 0516 del 17 de febrero de 2014, por medio de la cual se ordena se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para compra de vivienda a favor del demandante y , en la cual consta sello del banco BBVA de 8 de mayo de 2014, en el cual se indica “pagado por caja” **(fs. 12-15 documento 01 – expediente digital).**

- Memorial de 16 de enero de 2017, mediante el cual la accionante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, la cual fue negada mediante el acto ficto demandado (fs. 22-23).

### 5.4.2 Análisis críticos 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	13 de enero de 2014 <sup>3</sup>
Expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías (15 días)	3 de febrero de 2014
Ejecutoria del acto administrativo (10 días - CPACA)	17 de febrero de 2014

<sup>3</sup> Ver resolución de reconocimiento de las cesantías

Pago de la obligación (45 días)	24 de abril de 2014
---------------------------------	---------------------

En primer lugar, debe determinar la Sala cual es la fecha en la que efectivamente se consignaron las cesantías.

La parte demandada insiste en que la fecha en que efectivamente se consignaron las cesantías es la establecida en la certificación suscrita por la Vicepresidencia del Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora de 26 de febrero de 2021, en la cual consta que el dinero quedó a disposición de del demandante a partir del **28 de abril de 2014**.

No obstante, no pierde vista la Sala que la demandada allegó la prueba con los alegatos de conclusión primera instancia y, luego de haberse cerrado el periodo probatorio; es decir, por fuera de la oportunidad para allegarla, por lo cual no puede valorarse.

En efecto, el artículo 212 del CPACA, establece las oportunidades probatorias en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 212. Oportunidades probatorias.** Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

*En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvenición y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.*

*En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos”*

No obstante, tampoco pueden contabilizarse los días de mora con el documento que aporta la demandante, pues es una constancia que acredita la fecha en que se le pagó el dinero correspondiente a las cesantías reclamadas y el servicio prestado por la entidad bancaria, pero no se refiere a la fecha en que fue recibida por el Banco y estuvo a disposición del docente.

Adicionalmente, el accionante no demostró que hubiera acudido a la entidad bancaria a partir del día 25 de abril de 2014 para retirar sus cesantías, ni que ésta se haya negado a efectuar el pago, alegando la falta de recursos girados por

13-001-33-33-004-2018-00248-01

FIDUPREVISORA.

Se concluye de todo lo anterior que las cesantías debieron pagarse a más tardar el 24 de abril de 2014; sin embargo, como no hay prueba efectiva de la fecha en que se puso a disposición del demandante las cesantías, se modificará la sentencia apelada, en el sentido de ordenarle a la demandada que reconozca y pague los días de mora a partir del día siguiente en que debió pagarlas (25 de abril de 2014) hasta el día anterior en que efectivamente puso a disposición de la demandante las cesantías parciales.

- Finalmente, manifestó el apelante que no se le debe condenar en costas, porque no se probó la causación de las mismas, y citó en su apoyo la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 5 de octubre de 2001, en la cual se señala “por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena. Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática”.

En reciente providencia de la Subsección “A” de la Sección Tercera del Consejo de Estado<sup>4</sup>, se reiteró que la condena es objetiva y señaló lo siguiente:

En atención a lo señalado en el artículo 188<sup>5</sup> de la Ley 1437 de 2011 y en el literal b del artículo 625 del C.G.P., en la sentencia se decidirá sobre la condena en costas, con aplicación de las normas previstas en el último de los estatutos mencionados, el cual, en el numeral 1 de su artículo 365<sup>6</sup> dispone que se

<sup>4</sup> Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, 5 de marzo dos 2021, Radicación número: 25001-23-36-000-2016-01307-02(62255).

<sup>5</sup> Este artículo fue modificado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021; no obstante, dicha modificación no se aplica al presente asunto, pues como lo dispuso el artículo 86 ibidem “los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones”.

<sup>6</sup> Artículo 365 C.G.P.: “En los procesos y en las actuaciones posteriores aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas

13-001-33-33-004-2018-00248-01

condenará en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

La condena depende de un factor objetivo, del hecho de ser vencido en el proceso, y no de la conducta desplegada por las partes, por tanto, se impondrá la condena en costas correspondiente a la segunda instancia, en cuanto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del fallo del a quo fue resuelto de manera desfavorable.

Finalmente, se observa que el a quo condenó en costas a la parte demandante; decisión que fue materia del recurso de apelación en el cual la parte actora señaló que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 dispuso dicho gravamen siempre y cuando alguna de las partes hubiera actuado con temeridad y, en el sub iudice, los actores se encontraban en una situación de indefensión manifiesta como víctimas de desplazamiento forzado y personas de escasos recursos, quienes actuaron de buena fe para incoar el medio de control de reparación directa, razón por la cual solicitó que se revocara dicha condena.

Al respecto advierte la Sala, que en la apelación de la sentencia de primera instancia no se pueden controvertir las costas impuestas por el a quo, toda vez que el artículo 366 numeral 5° del CGP es claro en señalar taxativamente la forma como las partes pueden controvertir la liquidación de dicho gravamen.

No obstante, se observa que en el sub iudice la parte apelante no está cuestionando el monto de la condena sino el fundamento de su procedencia, con los argumentos de que los demandantes actuaron de buena fe, que han sufrido desplazamiento forzado y que carecen de recursos; sin embargo, la Sala también los encuentra improcedentes, dado que, en primer lugar, en materia de costas las normas aplicables al asunto formulado son el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el literal b del artículo 625 del C.G.P., mas no el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 y su condena depende de un factor objetivo, del hecho de ser vencido en el proceso, y no de la conducta desplegada por las partes.

Este Tribunal acoge y prohija los criterios expuestos en la sentencia transcrita, los cuales adoptan un criterio objetivo para decidir la condena en costas procesales.

Se advierte que el juez condenó en costas con base en un criterio objetivo – valorativo y, en aplicación al artículo 365 del CGP., atendiendo a que no se accedió a las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, la Sala confirmará en ese sentido la condena en costas de la sentencia apelada.

---

a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto (...) (subrayas de la Sala).

### 5.6.3. Condena en costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante.

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

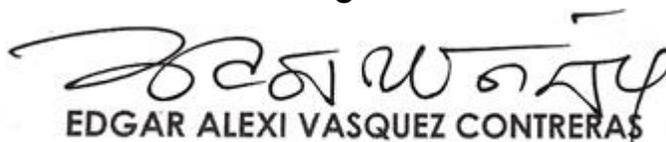
**PRIMERO:** Confirmar la sentencia apelada.

**SEGUNDO:** Condénese en costas procesales en segunda instancia a la parte demandada, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

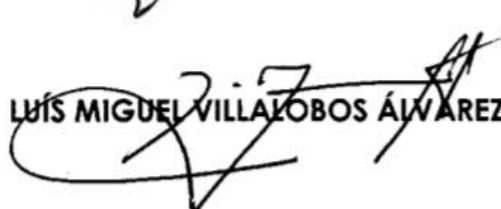
**TERCERO:** Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Justicia XXI - TYBA.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ