

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

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-013-2019-00205-01
Demandante	Róbiro de Jesús Torres Castros
Demandado	Nación - Ministerio de Educación –FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Sanción por mora en el pago de cesantías parciales

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2021 por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual accedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES.

3.1. La demanda (fs. 1 – 33 del archivo No. 01 del expediente digital).

a). **Pretensiones:** La parte demandante formuló las siguientes:

"1. Declarar la existencia de un acto ficto configurado el día 16 de junio de 2018 producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 16 de marzo de 2018, por el pago tardío de las cesantías a mi representado.

2. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 16 de junio de 2018, frente a la petición presentada el día 16 de marzo de 2018, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a mi mandante establecida con la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

3. Declarar que mi representado tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- (vinculado (...)) 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 Nación Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculado (...) 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 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 Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculado (...) por tener interés en las resultas del proceso) 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 SECRETARIA DE artículo 192 artículo 192 y siguientes del...C.P.A.C.A.*
- 3. Condenar a la Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculado (...) por tener interés en las resultas del proceso) 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 la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.(...)*

b. Hechos.

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

El 17 de febrero de 2015 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 No. 1659 del 5 de junio de 2015 y canceladas el 27 de julio de 2015, generándose 57 días de mora.

El 16 de marzo de 2018 formuló solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de la cesantía a la entidad demandada, quien se abstuvo de resolver la solicitud, configurándose el silencio administrativo negativo.

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.

Explicó el concepto de la violación aduciendo 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.

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 (archivo No. 02 del expediente digital).

- **El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** alegó, en resumen, que la Ley 91/89 es la norma que regula el régimen especial de las cesantías del personal docente oficial, pues las Leyes 244/95 y 1071/06 regulan el pago de las cesantías y la sanción moratoria a los servidores públicos a nivel general y no especificó si dentro de estos últimos se encontraban los docentes del sector oficial.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018, concluyó que a los docentes afiliados al FOMAG le es aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 244/95 modificada por la Ley 1071/06 en el trámite del reconocimiento y pago de sus cesantías, y en caso de no respetarse los términos allí establecidos el FOMAG deberá pagar la sanción por mora contemplada en la norma.

Sostuvo que las entidades territoriales deben resolver las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones económicas de los afiliados al FOMAG, incluidas aquellas solicitudes que pretendan derechos inciertos y discutibles como son la sanción por mora en el pago tardío de cesantías.

El artículo 57 de la Ley 1955/19, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022, estableció que la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así mismo, estableció que en estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

Adujo que en caso de condenarse se tenga en cuenta el incumplimiento de la entidad territorial, de no proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas en el plazo fijado por la Ley.

El párrafo transitorio de la norma señaló que para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del FOMAG causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de

Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos.

Solicitó que en el evento imponerse condena en el presente asunto, la misma se imponga con cargo a los títulos de tesorería emitidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no con cargo a los recursos del FOMAG, de acuerdo a lo establecido en el párrafo transcrito, pues la eventual mora se causó antes del mes de diciembre de 2019.

Por último, manifestó que es improcedente el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria solicitada porque la parte demandante pertenece al régimen retroactivo de cesantías, régimen que se excluye del marco de aplicación de las Leyes 244/95 y 1071/06. Además, es improcedente la indexación de la sanción moratoria solicitada

3.3. Sentencia apelada (archivos 9 y 10 del expediente digital).

Mediante sentencia de 31 de agosto de 2021, el A-quo, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo ficto negativo producto de la falta de respuesta a la reclamación elevada el 16 de marzo de 2018, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías de que tratan el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, generada por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución No. 1659 de 5 de junio de 2015, a favor de la parte demandante, señor Róbiro de Jesús Torres Castro, identificado con la cédula de ciudadanía No.9.266.713.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

2.1. Reconocer y pagar a favor de la parte demandante, señor Róbiro de Jesús Torres Castro, identificado con la cédula de ciudadanía No.9.266.713, la suma de \$2.631.987,05, por concepto de sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

2.2. A partir de la ejecutoria de la sentencia se causarán intereses en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, para las sumas adeudadas.

2.3. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos que señala el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: *No condenar en costas a la parte demandada Nación - Ministerio de Educación, conforme a lo dicho en esta providencia. (...) “*

Para sustentar su decisión el Juzgado afirmó, en resumen, que el 17 de febrero de 2015 demandante solicitó al FOMAG por conducto de la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, el reconocimiento y pago de cesantías parciales, quien expidió la Resolución No. 1659 de 5 de junio de 2015; pero, a pesar de que en el volante de consignación del banco BBVA se consignó que el pago se efectuó el 14 de agosto de 2015, lo cierto es que el actor señaló que el pago se efectuó el 27 de julio de 2015.

Agregó el Juzgado que como la petición se presentó el 17 de febrero de 2015, los siguientes eran los términos para expedir el acto administrativo y pagar las cesantías solicitadas, teniendo en cuenta el numeral 194 de la sentencia de unificación de 18 de julio de 2018 del Consejo de Estado, según la cual los términos de ejecutoria correrán solo una vez se surta todo el trámite de notificación, pudiéndose contar, a partir de allí, los 45 días para el pago.

La siguiente tabla figura en el fallo apelado:

Fecha de presentación de la solicitud:	17 de febrero de 2015
Expedición del acto administrativo	De 18 de febrero al 10 de marzo de 2015
Notificación	
Citación - 5 días	Del 11 al 17 de marzo de 2015
Comparecencia – 5 días	De 18 al 25 de marzo de 2015
Aviso – 1 días	26 de marzo de 2015
Perfeccionamiento – 1 día	27 de marzo de 2015
Ejecutoria – 10 días	De 30 de marzo al 14 de abril de 2015
Pago – 45 días	De 15 al 22 de junio de 2015.

Concluyó que desde el 23 de junio de 2015 (día siguiente a la fecha en que se debió cancelar las cesantías) hasta el 27 de julio de 2015 (fecha en la que el actor aceptó que le cancelaron sus cesantías), transcurrieron 35 días de mora, que deben liquidarse a razón de un día de salario por cada día de retardo de conformidad con las Leyes 144/95 y 1071/06.

Concluyó que las sumas reconocidas no podían ser imputadas a la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, porque la Ley 1955/19 entró en vigencia el

25 de mayo de ese año, es decir, antes de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías.

3.4. Recurso de apelación (archivo No. 011 del expediente digital).

La parte accionante alegó, en resumen, que el juez A-quo no tuvo en cuenta los términos establecidos en la Ley 1071/06, para el reconocimiento y pago de las cesantías.

Anotó que, de acuerdo con el artículo 4º y el inciso primero del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, los términos que se deben cumplir para el reconocimiento y pago de las cesantías son los siguientes. i) 15 días hábiles para expedir el acto administrativo reconociendo la prestación, ii) 10 días de ejecutoria del acto, y iii) 45 días para el pago luego de la ejecutoria del acto, lo cual suma un total de 70 días.

Como la petición fue presentada el 17 de febrero de 2015 el pago debió efectuarse a más tardar el 2 de junio de 2015, fecha en que vencía el término de 70 días para resolver y pagar las cesantías; pero las cesantías se cancelaron el 29 de julio de 2015, por cual se generaron 57 días de mora.

De computarse el término para el reconocimiento y pago de las cesantías como lo estableció el A-quo se adicionarían 15 días al trámite de notificación del acto administrativo, los cuales no se incluyeron en la Ley 1071/06.

El apelante solicitó el reconocimiento de la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, así como el pago de los intereses moratorios de conformidad con los artículos 192 y 195 C.P.A.C.A.

3.5. Actuación procesal en segunda instancia.

Mediante providencia de 16 de marzo de 2022 se admitió el recurso de apelación presentado contra el fallo de primera instancia, y se concedió a las partes la oportunidad de pronunciarse con relación a dicho recurso y al Ministerio Público de emitir concepto (archivo No. 3 de la carpeta de segunda instancia del expediente digital).

- La parte demandada manifestó en sus alegatos de segunda instancia, en resumen, que no se aportó prueba que demostrara que incurrió en mora en el pago de las cesantías solicitadas por el actor.

El Decreto 2831/05 consagró el procedimiento exclusivo para el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG, sin discriminar el tipo de prestación que se tramite por dicho procedimiento, por lo que se entiende que las cesantías también se encuentran comprendidas.

Existe diferencia entre los términos para resolver las solicitudes de los docentes contenidos en el Decreto 2831/05 y en la Ley 1071/06, y por ello se debe privilegiar el Decreto 2831/05, por tratarse de una norma de carácter especial.

El FOMAG es la entidad competente del pago de las prestaciones, pero la expedición del acto administrativo corresponde a las secretarías de educación territoriales, por lo que deben analizarse la conducta de cada una de las entidades.

Existe una diferencia entre la fecha de solicitud de la prestación alegada por la parte demandante y la que se consignó en la resolución expedida por el ente territorial.

Alegó que se debe determinar la fecha en la cual fue remitido el acto administrativo a la Fiduprevisora S.A. para el pago de la cesantías, con el fin de determinar cuándo se generó para éste último la obligación de pagar las cesantías, y por ello debe oficiarse a la Fiduprevisora S.A. en su calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo del FOMAG, con el fin de que se certifique la fecha en que fue puesta en conocimiento la resolución por medio de la que se reconoció la prestación, y solo a partir de esa fecha es posible efectuar el respectivo pago.

Por último, si en gracia de discusión se aceptara la procedencia del pago de la sanción moratoria impuesta por el juzgado de primera instancia, se debe tener en cuenta que la FIDUPREVISORA no cuenta con la partida presupuestal destinada al pago de este tipo de pretensiones (archivo No. 05 de la carpeta de segunda instancia del expediente digital).

- La parte demandante no presentó alegatos.

- El Agente del Ministerio Público presentó concepto, solicitando la modificación de la sentencia de primera instancia aduciendo que, de conformidad con la sentencia de unificación SU-336 de 2017 de la Corte Constitucional, resultan

desfavorables los términos establecidos en el Decreto No. 2831/05 con relación a los demás servidores públicos, a quienes se les aplican el trámite establecido en la Ley 1071/06.

De conformidad de la Ley citada previamente y la sentencia de unificación SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018 del Consejo de Estado, la entidad demandada cuenta con el término de 70 días para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes.

Como el demandante presentó la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías el 17 de febrero de 2015, la entidad demandada debía cancelarlas a más tardar el 26 de mayo de 2015, pero las canceló el 29 de julio de 2015, generaron 56 días de mora (archivo No. 06 de la carpeta de segunda instancia del expediente digital).

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 CPACA, 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. Cuestión previa.

La Sala pone de presente que en los alegatos de conclusión el FOMAG expuso argumentos referidos a la presunta falta de prueba de la mora en el pago de las cesantías del actor; a la presunta prelación de los términos previstos en el Decreto 2831/05 sobre las Leyes 244/95 y 1071/06 en cuanto al trámite de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG; a la supuesta diferencia entre la fecha de solicitud de la prestación alegada por la parte demandante y la que se consignó en la resolución expedida por el ente territorial; y a la necesidad de establecer la asignación de la responsabilidad de asumir las sanciones por mora en el pago de cesantías en aplicación de la ley 1955/19; y a

la imposibilidad de pagar la sanción por cuenta de la falta de recursos de FIDUPREVISORA.

Los argumentos anteriores constituyen en realidad cuestionamientos en contra del fallo de primera instancia que no fueron formulados en la oportunidad legal para interponer el recurso de apelación, y por ello la Sala se abstendrá de estudiarlos y pronunciarse frente a ellos en esta instancia.

5.3. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala establecer si el término previsto en el CPACA para notificar los actos administrativos particulares, deben computarse o no para la exigibilidad de la sanción por mora en el pago de las cesantías prevista en la Ley 244/95, modificado por la Ley 1072/06. Además, debe precisar el término con que contaba la entidad accionada para reconocer y pagar las cesantías al actor.

Por último, deberá precisarse si es procedente o no reconocimiento de indexación e intereses moratorios contemplados en los artículos 187, 192 y 195 C.P.A.C.A., sobre las sumas reconocidas por concepto de sanción por mora en el pago de las cesantías.

5.4. Tesis de la Sala

De conformidad con la sentencia de unificación SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018 del Consejo de Estado, en los eventos 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.

Solo en aquellos casos en que el acto que reconoce las cesantías se profiera en término, se debe proceder a la notificación en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez verificada la misma, iniciará a computarse el término de ejecutoria. Puntualizó también que en esas situaciones los términos de notificación y de ejecutoria no corren para sanción moratoria.

Como en el presente caso la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías se profirió de manera extemporánea, no se debe computar los términos de la notificación del acto administrativo previsto en

el C.P.A.C.A., y por ello se modificará la sentencia de primera instancia.

- De conformidad con la sentencia de unificación CE-SUJ-S11-012-2018 de 18 de julio de 2018 del Consejo de Estado, es improcedente la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA, es decir, la actualización de la condena.

Por último, se advierte que en el numeral 2.2 de la parte motiva de la providencia apelada el juez A-quo condenó al pago de los intereses en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, por lo que no hay lugar a modificar la sentencia apelada en este punto.

5.5. Marco normativo y jurisprudencial

5.5.1. 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 transcrita 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 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 2006¹, 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 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 3º. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2º de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

¹Por 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.

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).

El Consejo de Estado señaló en la sentencia de unificación SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01, 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 agregó:

"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 ley² 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.

² Artículo 69 CPACA.

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.

5.6. Caso concreto.

5.6.1 Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la Resolución No. 01659 de 05 de junio de 2015, por medio del cual la parte demandada reconoció las cesantías parciales al actor (fs. 43 – 44 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Copia del comprobante de pago del Banco BBVA, donde consta el pago de las cesantías parciales al actor (f. 45 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Copia del formato único para la expedición de certificado de salarios del actor expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar el 21 de diciembre de 2017 (f. 47 del archivo No. 01 del expediente digital).

5.6.2 Análisis críticos de las pruebas frente al marco jurídico.

5.6.2.1. Sobre el término para contabilizar la sanción por mora en el pago de las cesantías.

En el presente caso se discute si el término previsto en el CPACA para notificar los actos administrativos, deben contabilizarse o no para la exigibilidad de la sanción por mora en el pago de las cesantías prevista en la Ley 244/95, modificado por la Ley 1072/06.

En efecto, el Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01, previó varias hipótesis a efectos de establecer el término en que empieza a contabilizarse la sanción por mora en el pago de las cesantías.

Al precisar el alcance de la unificación precisó que 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.

Además, precisó que en aquellos eventos en que el acto que reconoce las cesantías se profiera en término, se debe proceder a la notificación en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifique la misma, iniciará a computarse el término de ejecutoria. Y puntualizó que, en esas situaciones, **los términos de notificación y de ejecutoria no corren para sanción moratoria.**

También explicó las hipótesis según la cual **(i)** el acto administrativo se profiere en término, pero no se notifica; **(ii)** cuando el solicitante renuncia a los términos de ejecutoria; **(iii)** cuando el solicitante interpone recurso contra el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, y **(iv)** cuando interpuesto éste la administración no lo resuelve, así:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica, pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ³	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto

³ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca,

ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

Las pruebas obrantes en el proceso dan cuenta que el actor radicó la solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el 17 de febrero de 2015, por lo que el término de los 15 días con que contaba para expedir el acto administrativo vencía el 10 de marzo de 2015 pero el mismo fue expedido de manera extemporánea el 5 de junio de 2015.

Luego, nos encontramos en la hipótesis relacionada con la expedición extemporánea del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, por lo que el término para efectuar la notificación del acto administrativo previsto en el C.P.A.C.A., no se debe tener en cuenta para contabilizar el pago oportuno de las cesantías. De allí que los 70 días con que contaba la entidad para reconocer y pagar las misma empezaron a correr desde el día siguiente a la presentación de la solicitud.

El cómputo efectuado por el A-quo se realiza en aquellos eventos en el que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías de profiere dentro del término de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud, lo cual no ocurrió en el presente caso, tal como procede a demostrarse.

El siguiente es el cronograma que debió cumplir la demandada.

Radicación de la solicitud	17 de febrero de 2015
Expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías (15 días)	10 de marzo de 2015

1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

Ejecutoria del acto administrativo (10 días - CPACA)	24 de marzo de 2015
Pago de la obligación (45 días)	26 de mayo de 2015

Se concluye de todo lo anterior que las cesantías debieron pagarse hasta el 26 de mayo de 2015, pero se pagaron efectivamente el 27 de julio de 2015, como lo manifestó la parte demandante en su demanda, por lo cual el pagador incurrió en mora desde el 27 de mayo de 2015 hasta el 26 de julio de 2015.

Aunque en el recurso de apelación, el demandante manifestó que las cesantías fueron consignadas el 29 de julio de 2015, lo cierto es que en la demanda había señalado que había sido el 27 del mismo mes y año, por lo que ante dicha contradicción la Sala tendrá en cuenta la fecha anotada en la demanda, máxime si en el recuro no formuló reparos concretos acerca de la fecha que tuvo en cuenta el juez como pago de las cesantías.

Por lo anterior, la Sala modificará la sentencia de primera instancia.

5.6.2.2. Sobre la actualización de la condena y pago de intereses moratorios establecido en los artículos 187, 192 y 195 C.P.A.C.A.

En sentencia de unificación CE-SUJ-S11-012-2018 de 18 de julio de 2018 el Consejo de Estado sentó jurisprudencia en el sentido de que resultaba improcedente la indexación de las sumas reconocidas por concepto de sanción por mora en el pago de las cesantías, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA, es decir, solo resulta viable disponer la actualización de la condena, así:

“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.**

La misma Corporación, en sentencia de 30 de octubre de 2018, señaló que “si bien es cierto que no procede la indexación del capital base de liquidación, esto es, el reajuste de la asignación básica con la cual debe ser calculada la sanción, no lo es menos que ello no es óbice para dar aplicación al artículo 187 (inciso final) del CPACA, en el sentido de actualizar las sumas líquidas de dinero que correspondan a la condena irrogada, tal como fue determinado por esta sección en sentencia de unificación de 18 de julio de 2018.

En virtud de lo anterior, la Sala modificará la sentencia de primera instancia y dispondrá la actualización de las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado.

- Por otra parte, la parte accionante cuestionó el fallo apelado porque no dispuso el pago de intereses moratorios de conformidad con los artículos 192 y 195 C.P.A.C.A.; afirmación errada, puesto que basta con revisar el texto del numeral 2.2. de la parte resolutive de dicha providencia para constatar que el juez A-quo condenó al pago de los intereses en los términos de los artículos referidos, por lo que no hay lugar a modificar la sentencia apelada en este punto.

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 parcialmente favorable el recurso de apelación de la parte demandante, la Sala se abstendrá de condenarlo en costas.

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 de primera instancia, el cual quedará así:

*“**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:*

***2.1.** Reconocer y pagar a favor de la parte demandante, señor Róbiro de Jesús Torres Castro, identificado con la cédula de ciudadanía No.9.266.713, la sanción por el pago tardío de las cesantías reconocidas en los términos que lo prevé la Ley 244 de 1995, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía parcial desde el **27 de mayo de 2015 hasta el 26 de julio de 2015**, teniendo en cuenta para ello el salario básico devengado por la parte demandante en dicho periodo.*

2.2. A partir de la ejecutoria de la sentencia se causarán intereses en los términos de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011, para las sumas adeudadas.

2.3. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos que señala el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.4. La demandada actualizará las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

$$R = Rh. \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

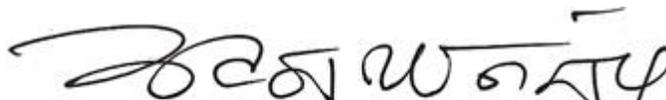
SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: 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