

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de agosto de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-002-2020-00009-01
Demandante	OSCAR PIMIENTA REDONDO
Demandado	NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y/O FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto	SANCION MORATORIA-DOCENTE
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró la existencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no contestación a la petición radicada el día 17 de abril de 2017, de igual manera se declaró la nulidad del acto y en consecuencia se ordenó a la demandada reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006; negándose las demás pretensiones.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1 PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“II. PETICIONES

¹ 01Demanda Folios Digitales 1-20



DECLARACIONES

PRIMERA: Declarar que existe un acto ficto o presunto configurado el día 17 de Agosto de 2017, producto de la reclamación administrativa presentada el día 17 de Abril de 2017 por la mora en el pago de las cesantías solicitadas por mi mandante.

SEGUNDA: Con fundamento en la anterior declarar la nulidad del acto ficto configurado, en cuanto este NEGÓ el derecho a la sanción moratoria producto del pago tardío de las cesantías de mi mandante.

TERCERA: 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- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL) le reconozca y pague una sanción moratoria conforme a las leyes 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 a cesantía ante la entidad y hasta la fecha en la que se realizó el pago de la misma.

CONDENAS

PRIMERA: Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL a pagar una SANCIÓN POR MORA conforme a las leyes 244 de 1995 y Ley 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 a cesantía ante la entidad y hasta la fecha en la que se realizó el pago de la misma.

SEGUNDA: Se ordene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a 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)

TERCERA: Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a los que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción solicitada, tomando como referencia la variación del índice de precios al consumidor (IPC) desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso.

CUARTA: Se condene NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA 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.

QUINTA: Condenar en costas a las partes demandadas de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 365 del Código General del Proceso.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Se aduce en los hechos de la demanda que el accionante por laborar como docente educativo del Estado, solicitó ante la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- 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) el pago de las cesantías el 09 de julio de 2014.



- Indica el actor que mediante Resolución No. 2318 del 01 de octubre de 2014 le fue reconocida la cesantía deprecada; el 18 de febrero de 2015 fue pagada las mismas fueron canceladas a través de la respectiva entidad bancaria, por lo que transcurrieron más de 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelar las cesantías hasta el momento en que se efectuó el pago.
- Indica el actor que el día 17 de abril de 2017 presentó solicitud ante la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar de reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 4 de la ley 1071 de 2006.
- Señala el demandante que hasta la fecha ninguna de las entidades ha expedido algún acto administrativo en legal forma que dé respuesta de fondo, clara y precisa sobre lo solicitado por lo que considera que se ha configurado un acto ficto o presunto desde el día 17 de agosto de 2017 sobre el cual se fundamenta la demanda.
- Señala que no fue posible llegar a un acuerdo conciliatorio y por lo tanto se entiende sorteado el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial.

1.3. Concepto de violación.

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

Aduce que de acuerdo a las normas alegadas el demandante tiene derecho a la sanción moratoria deprecada, a cargo de la entidad demandada. Así mismo, afirma que la demandada ha menoscabado esas disposiciones puesto que pagó con demora la cesantía, ya que superó los 65 días hábiles que tenía para hacerlo.

Indica el actor, que el término debe contarse desde el momento de radicación de la solicitud, no desde que el acto queda en firme, pues así lo ha establecido la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

2. Contestación de la demanda.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO²

Mediante escrito allegado la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a través de apoderada, rindió informe donde manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones. En cuanto a los hechos tiene como ciertos todos lo expuestos.

Primeramente, se opuso a las pretensiones, argumentando que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado al orden constitucional y legal.

Acota además que, es necesaria la vinculación de la Secretaría de Educación, entidad que profirió el acto administrativo del reconocimiento de la cesantía y la que omitió los términos legales para pronunciarse sobre el fondo de la solicitud radicada el día 09 de julio de 2014, lo cual, para la accionada se traduce en que la sanción moratoria generada en el presente asunto, es imputable a la Secretaria de Educación y no a FOMAG, más aún si a esta última no le asiste la obligación legal y/o contractual de resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías y además no tuvo conocimiento oportuno de la situación reclamada por la parte demandante, así como del acto administrativo por la cual se reconoció las cesantías en cabeza de la parte demandante. Así como no es procedente la indexación respecto de la sanción por mora.

Así mismo, aclara la entidad demandada que, no obstante el reconocimiento de la sanción moratoria esté vinculado a las cesantías que se deben cancelar al empleado público, dichos derechos se causan de manera independiente, por lo que a su juicio la sanción moratoria en el presente asunto debe declararse prescrita, pero en el evento que se emita una sentencia condenatoria en su contra, la sanción por mora deberá ser de 100 días, como así lo acreditan los documentos allegados, donde consta que los dineros por

² 07_Contestacion_OscarPimientaRedondo Folios digitales 1-21

concepto de cesantías estuvieron a disposición de la demandante el día 29 de enero de 2015, y no 123 días como lo señala erradamente la parte demandante

De igual manera, señala que no debe haber condena en costas debido a que dentro del proceso no se encuentra probado la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada, que desvirtúe la presunción de buena fe.

Por último, la entidad accionada propuso la excepción previa de:

- ✓ NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS

Propuso además las excepciones de mérito de:

- ✓ CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO
- ✓ PRESCRIPCIÓN
- ✓ EL TÉRMINO SEÑALADO COMO SANCIÓN MORATORIA A CARGO DEL FOMAG ES MENOR AL QUE SEÑALA LA PARTE DEMANDANTE
- ✓ DE LA AUSENCIA DEL DEBER DE PAGAR SANCIONES POR PARTE DE LA ENTIDAD FIDUCIARIA
- ✓ DE LA IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN Y/O ACTUALIZACIÓN MONETARIA DE LA SANCIÓN MORATORIA
- ✓ IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS
- ✓ CONDENA CON CARGO A TÍTULOS DE TESORERÍA DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
- ✓ EXCEPCIÓN GENÉRICA

3. Sentencia apelada.³

Mediante sentencia de fecha once (11) de Noviembre de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió

³22_SentenciaPrimeraInstancia-SancionMoraDocente Folios Digitales 1-11



declarar no probada la excepción de prescripción planteada por la parte accionada, en razón a que a criterio del a quo, la misma no se encuentra configurada, explicando que si bien es cierto que el demandante contaba con tres años para reclamar la sanción por mora objeto de la presente controversia, no es menos cierto que la misma se hizo exigible el 18 de febrero de 2015, la prescripción fue interrumpida con la presentación de la reclamación administrativa para el pago de la sanción moratoria de las cesantías, esto es el 17 de abril de 2017, extendiéndose el plazo de la prescripción hasta el 17 de abril de 2021, siendo radicada la demanda el 16 de enero de 2020, por lo que se da cuenta que frente a las pretensiones de la demanda, no operó el fenómeno de la prescripción.

Así y continuando con el análisis del caso concreto, el A quo resolvió declarar la existencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no contestación a la petición radicada el día 17 de abril de 2017, de igual manera se declaró la nulidad del acto y en consecuencia se ordenó a la demandada reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, consistente en el pago de un (1) día de salario por cada día de retraso en el pago de las cesantías, desde el 21 de octubre de 2014, día siguiente al vencimiento del plazo para su cancelación y hasta el 17 de febrero de 2015, día anterior a la fecha en que fueron efectivamente canceladas, lo cual, a criterio del A quo, es el equivalente a 120 días de mora, teniendo como base de liquidación, el salario vigente devengado por la parte demandante al momento de la causación de la mora, esto es el salario del año 2014, acreditado en el expediente de \$2.151.184.00.; finalmente se negaron las demás pretensiones.

Añade que, frente a las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria no se ordenará la indexación de los valores que resulten a favor de la parte demandante, debido a que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria toda vez que constituiría una doble sanción.

En síntesis, el A quo resolvió:

*"Primero.- **DECLARAR** la configuración del acto ficto presunto negativo derivado de la no contestación a la petición radicada el día 17 de abril de 2017, por pago tardío de las cesantías.*



Segundo.- **DECLARAR** la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la no contestación a la petición radicada el día 17 de abril de 2017, mediante el cual se le negó al señor Oscar Pimienta Redondo identificado con la C.C 85.439.574, el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de sus cesantías, conforme a las razones expuestas en esta sentencia.

Tercero.- Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca y pague al señor Oscar Pimienta Redondo identificado con la C.C 85.439.574, la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, tomando en cuenta que se causaron **120 días de mora**, y para su liquidación deberá tomarse en cuenta la asignación básica percibida por el docente, como contraprestación directa de su trabajo, vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo, esto en aplicación del criterio de unificación jurisprudencial contenido en la sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, por tratarse de la hipótesis del no pago oportuno de cesantías parciales, según lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- **NEGAR** las demás pretensiones.

Quinto.- **ABSTENERSE** de condenar en costas a la parte vencida en este proceso.

Sexto.- La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 189 y 192 del CPACA.

Séptimo.- **ARCHIVAR** el expediente, una vez ejecutoriada esta sentencia, previas las anotaciones de rigor en el sistema de información judicial correspondiente."

5. Recurso de apelación.

5.1 De la parte accionada.⁴

La parte accionada **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a través de su

⁴ 24_Recurso de Apelación



apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque la condena impuesta en la sentencia, por cuanto considera que no se realizó de forma correcta la liquidación de la sanción por mora.

Al respecto, señala que la puesta a disposición del dinero de la cesantía reconocida se realizó el día 29 de enero de 2015 y en consecuencia el extremo final de la mora debe ser el día anterior al pago es decir el 28 de enero de 2015 y no hasta el 18 de febrero de 2015 como lo expresa el A quo en la mencionada sentencia.

Argumenta que, no se tuvo en cuenta la jurisprudencia vigente para la sanción por mora y que lo expresado en el (ARTÍCULO 2o. <Artículo subrogado por el artículo 5o. de la Ley 1071 de 2006) no permite concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG, la misma desarrolla el procedimiento para los servidores públicos, pero no especifica si dentro de ellos se entienden comprendidos los docentes del sector oficial.

Bajo este entendido, señala que para el caso en cuestión se debe dar aplicación al Decreto 2831 de 2005, el cual se trata de una norma de carácter especial y de un procedimiento exclusivo para el sector docente oficial. Por lo cual, menciona que la entidad Fiduciaria quien deberá proceder con los pagos de las prestaciones, luego de contar con el acto administrativo emitido por la respectiva secretaria.

En consecuencia, solicita, ante este Honorable Tribunal, revocar la sentencia de primera instancia según lo expresado anteriormente y no condenar en costas en segunda instancia.

6. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada⁵

⁵ 03AdmiteRecursoApelacion

6.1. Concepto del Ministerio Público⁶

El trece (13) de julio de dos mil veintidós (2022), se advierte la recepción electrónica del concepto emitido por el procurador EDER HUMBERTO OMAÑA MALDONADO.

El agente del Ministerio Público en su escrito, señala que se debe confirmar la sentencia objeto de recurso de apelación, toda vez que accionante le asiste derecho a la sanción moratoria reclamada; a la vez afirma que no se configuró el fenómeno prescriptivo, debido a que la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria se elevó dentro de los tres (3) años siguientes.

Además, señala no encontrarse de acuerdo con el escrito de apelación del accionado, en torno a que si bien alega que los dineros fueron puestos a disposición del actor el 28 de enero de 2015, no aportó con la contestación de la demanda ni con la apelación, prueba que así lo acredite, pues se limita a transcribir en el escrito de apelación un oficio de fecha 29 de junio de 2021, dirigido al accionante por parte de la Vicepresidencia Fondo de Prestaciones del Magisterio-Fiduprevisora, en el que se le indica que los recursos de sus cesantías fueron puestos a su disposición el 29 de enero de 2015, sin que se pueda constatar si para dicha fecha estos dineros estaban o no, disponibles para el pago en el BBVA.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

⁶ 05ConceptoProcurador

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Establecer si es procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la parte demandante; correspondiente a cien (100) días de mora y no ciento veinte (120) días, como lo señaló el A quo en su fallo?

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, se modificará el literal Tercero de la sentencia apelada, en caso contrario, se confirmará la decisión.

3. Tesis.

La Sala de Decisión modificará el literal Tercero de la parte resolutive de la sentencia recurrida, en cuanto al número de días que se debe tener en cuenta para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de la actora.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. De las prestaciones sociales a favor del personal docente y la competencia del FOMAG para su reconocimiento.

Lo primero que debe precisar la Sala es que los docentes, no son servidores públicos pero se les asimiló a empleados públicos en el sentido de que aunque



no hacen parte de tal categoría, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2º) los define como *'empleados oficiales de régimen especial'*; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2º 105, párrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales⁷.

Respecto de las cesantías, las mismas corresponden a una prestación social que se origina 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, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda.

Bajo este hilo conductor, la Sala debe tener en cuenta el desarrollo histórico del régimen que regula las prestaciones sociales del personal docente, porque de conformidad con cada normatividad se encuentran distintas categorías en que se pueden agrupar los docentes, con el fin de establecer los trámites y las disposiciones que les resultan aplicables de conformidad a su fecha de vinculación.

Lo anterior, porque en vigencia de la Ley 43 de 1975 la Nación y las entidades territoriales se hacen cargo, conforme les correspondiera, del pago de sus prestaciones de acuerdo al tipo de vinculación que ostentaran y a partir de la expedición de la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, gozan de un régimen prestacional especial, el cual se encuentra administrado directamente por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

⁷ Corte Constitucional C- 741-2012



De acuerdo con lo anterior, los docentes oficiales se agrupan en: (i) **personal nacional**, el cual reúne a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; (ii) **nacionalizado**, entendiéndose integrado por el personal vinculado mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975⁽⁸⁾; y (iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1° de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10⁽⁹⁾ de la mencionada ley.

Teniendo en cuenta las tres categorías enunciadas, el numeral 5° del artículo 2° de la Ley 91 de 1989 estableció que el pago de las prestaciones del personal docente **nacional y nacionalizado** estaría a cargo de la Nación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG.¹⁰

Los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías y cuyo tenor 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*

⁸ Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.

⁹ Ley 45 de 1975, Artículo 10.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

¹⁰ Corresponde a una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tiene más del 90% de capital.



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".*

Con respecto a la norma anterior, la Corte Constitucional en Sentencia SU 336 de 2017, recordó que en sentencia de Constitucionalidad C- 741 de 2012, se recalcó que al FOMAG le corresponde "reconocer y pagar las prestaciones sociales y la asistencia en salud, y que, en lo que tiene que ver con el pago de las cesantías, era preciso aclarar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, entre otros, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. **Es por ello que el pago de las cesantías del personal docente causadas desde la promulgación de la Ley 91 de 1989 sigue la normatividad aplicable a los empleados del sector público del nivel nacional...**"

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

Al respecto recalcó:

“el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

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

4.2. Del derecho de los docentes oficiales al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

La Corte Constitucional en Sentencia SU 336 de 2017,¹¹ unificó el criterio jurisprudencial frente al derecho de los docentes oficiales de percibir la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías definitivas y parciales como el resto de servidores públicos, para concluir que también tienen derecho a ser acreedores a la misma dando aplicación al principio de igualdad.

Por su parte, el Consejo de Estado- acogió esta posición y en sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección A, C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, de fecha, dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017),

¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escruceía Mayolo.



radicado: 73001-23-33-000-2014-00217-01 (4846-14), precisó que los docentes del sector oficial, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y que la misma está a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Acorde con lo anterior, precisa la Sala, que la sanción moratoria se encuentra prevista en la **Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006** 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 (Ley 244 de 1995) y definitivas o parciales (Ley 1071 de 2006 que la adicionó y modificó).

Al respecto señalan los artículos 1 y 2 de la ley 244 de 1995:

*“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**¹², 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

¹² 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.



expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

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

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

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

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

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

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



De conformidad con lo anterior, se puede llegar a las siguientes **conclusiones:**

1. La vía judicial adecuada para reclamar el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva y la sanción moratoria es el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dado que no exista título ejecutivo.
2. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese.
3. La liquidación de la cesantía definitiva o parcial debe estar contenida en una resolución o acto administrativo originado en la petición del interesado.
4. La petición del interesado se debe resolver por la entidad dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a su presentación.
5. La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995 es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, por ello, la primera cuenta con un término máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, para hacer efectiva la prestación liquidada, so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.
6. De forma detallada se tiene que, presentada la solicitud, la entidad tiene 15 días hábiles siguientes para efectuar su reconocimiento y ordenar su pago, es decir, para expedir la resolución; más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria del acto de reconocimiento (en vigencia del CCA o 10 días hábiles en vigencia del CPACA) y 45 días hábiles siguientes para efectuar la cancelación de las mismas, lo que sumado arroja un total de 65 días (CCA) o de 70 días (CPACA) a partir de la presentación de la petición del reconocimiento de las cesantías, para pagar sin incurrir en la sanción moratoria.



4.3. Sobre el término a partir del cual se debe contabilizar la sanción moratoria, se debe hacer la siguiente precisión:

En sentencia de la Sala Plena del H. Consejo de Estado de fecha 27 de marzo de 2007, expediente No. 2777-2004, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se llegó a las siguientes conclusiones relevantes:

- a) La entidad tiene un término para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, de tal manera que, si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido (15 días hábiles siguientes a la petición), los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo.

- b) Si el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías es expedido por fuera del término legal, por culpa de la entidad y no del solicitante, el término de la sanción moratoria no empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, sino a partir de que el interesado radicó la petición del reconocimiento de las cesantías definitivas, toda vez que ello atendería contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.

A partir de la fecha de radicación de la petición, la entidad cuenta con 15 días hábiles para expedir la resolución correspondiente, cinco (5) días más (en vigencia del CCA) o diez (10) días (en vigencia del CPACA) para interponer el recurso y cuarenta y cinco días (45) para efectuar el pago. De tal manera que, en este último evento, la sanción moratoria no se cuenta desde la ejecutoria del acto administrativo que reconoció las cesantías.

Igualmente, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹³ ha sostenido que una vez efectuada la liquidación y reconocimiento de las cesantías definitivas, la obligación en cabeza de la entidad empleadora es

¹³ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Rad. 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06). C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



pagarlas en su totalidad, de tal suerte que su incumplimiento, ya sea total o parcial, da lugar a reclamar el pago de la sanción.

Por su parte, la Subsección B del Consejo de Estado señaló que el término para el cumplimiento de la obligación prevista en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, **salvo en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía o lo haga de forma tardía, en los que el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse una vez transcurridos 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, los correspondientes al término de la ejecutoria y finalmente, los 45 días para la cancelación de la prestación social**¹⁴.

4.4. Sobre la no aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006.

Sobre este aspecto, el H. Consejo de Estado-Sección Segunda, en pronunciamiento del **diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)**, abordó el tema de la normatividad en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales, así:

*“...De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que para el reconocimiento y pago de los afiliados al FOMAG, **el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, previó unos términos especiales; no obstante,***

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 2 de marzo de 2017. Rad. 1721-2014. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez y Sentencia de la Subsección A, de fecha primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00181-01(2994-14), C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.



dado que la Ley 1071 de 2006¹⁵ fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes¹⁶, y de otro lado, el decreto señalado ser expedido por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria.

46. Aunado a lo anterior, **la Sala considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006¹⁷, para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería el principio de inescindibilidad que rige la aplicación de la ley, y en virtud del cual, se prohíbe acudir de manera parcial a varias normas para tomar lo favorable de cada una.**

47. Consecuente con la disertación hecha, **para esta Sala de Sección es muy importante recalcar la jerarquía normativa en cuya virtud debe prevalecer el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales; por lo que tanto entes territoriales como el Fomag deberán procurar su cumplimiento para tales propósitos.** Así mismo, el Gobierno Nacional la tendrá en cuenta para si es del caso disponga de una reglamentación acorde con la ley." (Negrillas nuestras).

¹⁵ «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.»

¹⁶ Artículo 150 de la Constitución Política.

¹⁷ «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.»



Así mismo, la Sala debe precisar que, la Corte Constitucional en Sentencia de Constitucionalidad C- 486 de 2016 declaró inexecutable el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015, sobre el pago de cesantías e intereses de mora a favor de los docentes oficiales.

El artículo 89 preceptuaba:

“Artículo 89. Pago de Cesantías del Magisterio. El pago que reconozca el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– por concepto de cesantías parciales o definitivas a sus afiliados se deberá realizar dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social solicitada.

A partir del día hábil sesenta y uno (61), se deberán reconocer a título de mora en el pago, intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada.”

La Corte Constitucional, declaró inexecutable esta disposición refiriendo:

“Así las cosas, resulta que con la introducción del artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 no sólo se desconoció el principio de unidad de materia, sino que, además, se creó un régimen más oneroso y regresivo en términos de pago de cesantías y de intereses de mora, que modifica lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, ya que el plazo para el pago de las cesantías pasa de cuarenta y cinco (45) días hábiles a sesenta (60) días hábiles, que en términos reales puede llegar a ser desde ochenta (80) días hábiles hasta ochenta y cinco (85) días hábiles por la utilización de los recursos, dando lugar a que se amplíe en un término de hasta quince días el pago de las cesantías para los docentes oficiales...”

Recalcó, que para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas a favor de los docentes oficiales y la mora en que se incurra, se aplica el trámite previsto en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006:



“En conclusión, el pago de las cesantías del personal docente causadas desde la promulgación de la Ley 91 de 1989 sigue la normatividad aplicable a los empleados del sector público del nivel nacional.

Al respecto, la Ley 244 de 1995 fijó los términos para el pago oportuno de las cesantías de los servidores públicos, en esa dirección, estableció que la entidad responsable cuenta con quince (15) días hábiles para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías; y un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para realizar el pago, contados desde que la resolución de reconocimiento quede en firme. Estos términos deben contarse de conformidad con el artículo 76 del CPACA, donde se indica que contra la resolución que concede o niega el beneficio, se cuenta con un término de diez días para la presentación de los recursos de ley.

En otros términos, cuando el artículo 19 de la ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.

Esta ley establece los términos para el pago de las cesantías parciales o definitivas y la mora de éstas a cargo del FOMAG, en los artículos 4 y 5, así (...).”

De igual manera, la Sala recalca que, la Corte Constitucional en Sentencia SU 336 de 2017 sobre este trámite, precisó:

*“En la sentencia C-471 de 2012, la Corte reiteró que aunque los docentes oficiales no pueden entrar en la categoría de empleados públicos de manera directa, sí se pueden asimilar a estos; es decir, que tienen un tratamiento equivalente. **Más adelante, en la sentencia C-486 de 2016 esta Corporación sostuvo que la aplicación de los términos establecidos en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que regula el régimen para el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos de orden nacional, se hace extensiva a los docentes del sector público, toda vez que no existe otro conjunto normativo que englobe la situación de los docentes oficiales vinculados mediante acto administrativo.**”*



4.5. Salario Para liquidar y Pagar la Sanción Moratoria.

Sobre el salario que se debe tener en cuenta para liquidar y pagar la sanción moratoria, el Consejo de Estado¹⁸, ha manifestado:

“ La Sección Segunda sienta jurisprudencia para precisar que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las **cesantías parciales** será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades, es decir se extiende en el tiempo, además que la penalidad se encuentra justificada por el incumplimiento en la obligación del pago por el empleador; y porque contrario al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, para los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos administradores privados y que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996, la obligación del empleador surge.» A diferencia de la anterior, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las por cada vigencia fiscal -Efectuar la liquidación el 31 de diciembre y consignar dicho valor antes del 15 de febrero del año siguiente- y es la razón por la cual en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, se expuso que cuando «[...] concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos cesantías **definitivas**, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas”.

5. Caso concreto.

5.1 Hechos relevantes probados

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sentencia del 18 de julio de 2018, exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15), MP. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.

Conforme las pruebas aportadas al plenario, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- ✓ Obra en el expediente digital Resolución No. 2318 del 01 de octubre de 2014, proferida por la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, en su condición de representante del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reconoció el auxilio de cesantías al señor OSCAR PIMIENTA REDONDO. en su calidad de docente al servicio del dicho ente territorial. (00_DemandaAnexos folios digitales 14-16)
- ✓ Obra en el expediente digital sello de pago de cesantías parciales en la Resolución 2318 del 01 de octubre de 2014, del Banco BBVA con fecha 18 de febrero de 2015, en el que consta que el pago por caja de las cesantías fue realizado en dicho día, mes y año. (00_DemandaAnexos folios digitales 14-16)
- ✓ Obra en el expediente digital derecho de petición del demandante solicitando el reconocimiento y pago de sanción moratoria en el pago de cesantías. Petición que fue radicada el nueve (09) de julio de 2014. (00_DemandaAnexos folios digitales 23-25)
- ✓ Obra en el expediente digital Constancia de conciliación extrajudicial del día 13 de noviembre de 2018, adelantada ante la Procuraduría 22 Judicial II para Asuntos Administrativos bajo radicación No. 13642018 del 16 de agosto de 2018. (00_DemandaAnexos folio digital 26)
- ✓ Obra en el expediente Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios Consecutivo No. 20191218 proferido por el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que consta como asignación básica del año 2014 el valor de \$2.151.184.00. (00_DemandaAnexos folios digitales 18-19)
- ✓ Obra en el expediente Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral Consecutivo No. 9574 proferido por el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio. (00_DemandaAnexos folios digitales 20-

22).

- ✓ Obra en el expediente, pantallazo de certificación de pago de cesantía, expedida por la Fiduprevisora S.A, donde manifiesta que a partir del 29 de enero de 2015 quedó a disposición del actor el pago de las cesantías por un valor de \$12.439.460. (24_Recurso de Apelación folio digital 2).

5.2 Del análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Pretende la parte accionante se declare la nulidad del acto ficto configurado el 17 de Agosto de 2017, que negó el derecho a pagar la sanción por mora a la accionante producto de la solicitud radicada el 17 de Abril de 2017 ante la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; como restablecimiento del derecho solicita se reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

El Juez de primera instancia resolvió declarar no probada la excepción de prescripción planteada por la parte accionada, en razón a que a criterio del a quo, la misma no se encuentra configurada; así mismo, declarar la existencia del acto ficto presunto negativo derivado de la no contestación a la petición radicada el día 17 de abril de 2017, de igual manera se declaró la nulidad del acto y en consecuencia se ordenó a la demandada reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, consistente en el pago de un (1) día de salario por cada día de retraso en el pago de las cesantías, desde el 21 de octubre de 2014, día siguiente al vencimiento del plazo para su cancelación y hasta el 17 de febrero de 2015, día anterior a la fecha en que fueron efectivamente canceladas, lo cual, a criterio del A quo, es el equivalente a 120 días de mora, teniendo como base de liquidación, el salario vigente devengado por la parte demandante al momento de la causación de la mora, esto es el salario del año 2014, acreditado en el expediente de \$2.151.184.00; finalmente se negaron las demás pretensiones.

La parte accionada, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, y no

imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia, señalando que la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías a la parte demandante fue radicada ante la entidad accionada, el 09 de julio de 2014, venciéndose a los 70 días, esto es, el 20 de octubre de 2014, por lo que la causación de la mora se inició el 21 de octubre de 2014 y hasta el 28 de enero de 2015, día anterior a la fecha en la que la misma se colocó a disposición de la demandante, el 29 de enero de 2015 y no como erradamente lo señala el A quo en su fallo, donde toma como extremos de la mora el lapso comprendido entre el 20 de octubre de 20014 y el 18 de febrero de 2015. Además solicita no condenar en costas en segunda instancia

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial expuesto, los hechos probados y el objeto del recurso de apelación impetrado; procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

Como se indicó en el marco normativo y jurisprudencial, los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes del sector público; son los establecidos en la Ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006. En ese orden, la entidad responsable -FOMAG-, cuenta con quince (15) días hábiles para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías; y un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para realizar el pago, contados desde que la resolución de reconocimiento quede en firme.

Por ello, cuando el artículo 19 de la ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en las normas en cita.

En ese sentido, los docentes son beneficiarios de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías parciales y definitivas según lo dispone la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.

Así las cosas, en el sub iudice, el trámite surtido con ocasión de la solicitud de cesantías de la actora, es el siguiente:

Radicación de la solicitud	09-07-2014
Término para resolver la solicitud (15 días)	Hasta el 30-07-2014



Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	Hasta el 14-08-2014
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 20-10-2014

Acota la Sala, que de conformidad con la sentencia proferida por la sección Segunda del Consejo de Estado, del 18 de julio de 2018; en tratándose de cesantías parciales, **la sanción moratoria que se cause, se debe pagar con el salario vigente al momento de causarse la mora**; de tal manera que si la mora se extiende por varias anualidades, la sanción se pagará con el salario de cada año; cosa distinta ocurre con las cesantías definitivas, respecto de las cuales, la sanción se paga con el salario vigente al momento de la cesación del vínculo laboral

Como consecuencia de lo anterior, evidencia la Sala, que la entidad demandada omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías parciales solicitadas por la accionante, que en su orden debían ser 15 días para expedir el acto de reconocimiento, diez (10) días más que corresponden al término de su ejecutoria –porque se debía aplicar el CPACA–, y 45 días dentro de los cuales se debía realizar el pago; por lo que se concluye que, el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías durante el tiempo en que se le retardó el pago, es decir, desde el 21 de octubre de 2014 hasta el 28 de enero de 2015, día anterior a la fecha en que se colocó el dinero a disposición de la actora, **para un total de 100 días de mora**, y no de 120 días como lo señaló el A quo.

Por otra parte, precisa esta Corporación, que como en el sub judice, las cesantías reclamadas son parciales, la sanción por mora debe pagarse con el salario vigente al momento de causarse la mora (el 21 de octubre de 2014); el cual corresponde a la suma de \$2.151.184.00 conforme al Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios Consecutivo No. 20191218 proferido por el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por lo expuesto, la Sala modificará el literal Tercero de la parte resolutive de la sentencia recurrida, en cuanto al número de días que se debe tener en cuenta para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de la parte actora.

5.3. Condena en costas en segunda instancia



La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del CGP, se abstendrá de condenar en costas en el presente asunto, al haber prosperado parcialmente las pretensiones de la demanda.

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

VI. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el literal tercero de la parte resolutive de la sentencia de fecha once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena; el cual quedará así:

*“Tercero.- Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca y pague al señor Oscar Pimienta Redondo identificado con la C.C 85.439.574, la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, tomando en cuenta que se causaron **100 días de mora**, y para su liquidación deberá tomarse en cuenta la asignación básica percibida por el docente, como contraprestación directa de su trabajo, vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo, esto en aplicación del criterio de unificación jurisprudencial contenido en la sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, por tratarse de la hipótesis del no pago oportuno de cesantías parciales, según lo establecido en la parte motiva de esta providencia”*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: NO CONDENAR en costas en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA