

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2021-00119-01
Demandante	LEONIDAS ALMANZA CORRALES y OTROS
Demandado	NACION-MINEDUCACION – FONDO 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 trece (13) de Diciembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1 PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“1. PETICIONES

1.1. DECLARACIONES

PRIMERO: Declaración la existencia de un acto ficto presunto, derivado del silencio administrativo negativo en que incurrió la **NACIÓN MINISTERIO DE**

¹ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folios Digitales 1-51



EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE BOLIVAR SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al no dar pronunciamiento de fondo a la petición con radicación **2019032324887** de fecha 16 de septiembre de 2019, frente a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías de mis representados en virtud del reconocimiento realizado por la Resolución 3678 del 18 de septiembre de 2017.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto, derivado del silencio administrativo negativo en que incurrió la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE BOLIVAR SECRETARIA DE EDUCACIÓN**, frente a la petición presentada con radicado **2019032324887** del día 16 de 09 2019 en cuanto negó el derecho a pagar la **SANCIÓN POR MORA**, mi mandante establecida en la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada de retardo contados desde los sesenta y cinco (65) día hábiles después de haber radicado la solicitud de las cesantías ante la demandada y hasta cuando se hace efectivo el pago de la misma.

TERCERO: Que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se proceda a ordenar a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REPRESENTADA POR EL MINISTRO DE TURNO O QUIEN HAGA SUS VECES - DEPARTAMENTO DE BOLIVAR SECRETARIA DE EDUCACIÓN, REPRESENTADO POR EL GOBERNADOR O APODERADO QUE EN SU OPORTUNIDAD SE DESIGNE**, por tener interés en las resultas del proceso, le reconozca y pague a los demandantes **LA SANCIÓN MORATORIA**, establecida en la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contado desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de las cesantías ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

1.2. CONDENAS

PRIMERO: Condenar a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REPRESENTADA POR EL MINISTRO DE TURNO O QUIEN HAGA SUS VECES - DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**



SECRETARIA DE EDUCACIÓN, REPRESENTADO POR EL GOBERNADOR, por tener interés en las resultas del proceso, le reconozca y pague **LA SANCION MORATORIA**, establecida en la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contado desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de las cesantías ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

SEGUNDO: se ordene a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REPRESENTADA POR EL MINISTRO DE TURNO O QUIEN HAGA SUS VECES - DEPARTAMENTO DE BOLIVAR SECRETARIA DE EDUCACIÓN, REPRESENTADO POR EL GOBERNADOR**, por tener interés en las resultas del proceso, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso en el término de treinta días (30) contado desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguiente del Código de procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo (C.P.A.C.A.)

TERCERO: Condenar a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REPRESENTADA POR EL MINISTRO DE TURNO O QUIEN HAGA SUS VECES - DEPARTAMENTO DE BOLIVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, REPRESENTADO POR EL GOBERNADOR**, por tener interés en las resultas del proceso y pago de los ajustes a que haya lugar con motivo de la disminución de valor adquisitivo de la **SANCIÓN MORATORIA**, referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precio del consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de las cesantías hasta el momento que ponga fin al proceso.

CUARTO: Condenar a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REPRESENTADA POR EL MINISTRO DE TURNO O QUIEN HAGA SUS VECES - DEPARTAMENTO DE BOLIVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, REPRESENTADO POR EL GOBERNADOR**, por tener interés en las resultas del proceso, reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha a la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectuó de la sanción moratoria reconocida en sentencia de conformidad a lo dispuesto en sentencia C-188/1999.



QUINTO: condenar en costas y agencias en derecho a **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REPRESENTADA POR EL MINISTRO DE TURNO O QUIEN HAGA SUS VECES – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR SECRETARIA DE EDUCACIÓN, REPRESENTADO POR EL GOBERNADOR**, por tener interés en las resultas del proceso conforme lo estipula el artículo 188 del (C.P.A.C.A.) el cual se rige con artículo 392 modificado. “

1.2. HECHOS

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

- Se aduce en los hechos de la demanda que la señora ROSA LUISA OROZCO DE ALMANZA, falleció en fecha 8 de febrero del 2013; en vida, laboró como docente de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES - (vinculado SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL).
- Arguyen los accionantes que en su calidad de herederos de la occisa presentaron solicitud con radicación 2014-CES011527 de fecha 10 de abril de 2014 ante la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES - (vinculado SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL), el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas a las que tenía derecho la difunta.
- Indican los actores que mediante Resolución 3678 del 18 septiembre 2017 les fue reconocida las cesantías deprecadas; el 12 de diciembre 2017 fueron pagadas.
- Señalan los demandantes que el 16 de septiembre de 2019 solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la demandada, la cual hasta la fecha no se ha dado respuesta.
- Que la notificación personal de la Resolución 3678 del 18 septiembre 2017 a los demandantes se efectuó el 17 de octubre de 2017, fecha en la cual quedo en firme por haber renunciado a los términos de ejecutoria, incurriendo la demandada en 1243 días de retraso para dar respuesta de



fondo a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías y que el pago de las mismas se hizo efectivo el 12 de diciembre de 2017 por lo que a su criterio se configuraron hasta esta última fecha 1328 días de mora en el pago, por lo que las pretensiones de la demanda ascienden a \$117.431.101,00.

1.3. Concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas la Ley 91 de 1989, artículos 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 con 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 las cesantías, ya que superó los 65 días hábiles que tenía para hacerlo.

Indican los actores, que el término debe contarse desde el momento de radicación de la solicitud, si esta reúne los requisitos necesarios para su reconocimiento, pues así lo ha establecido la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

2. Contestación de la demanda.

2.1. LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ²

Mediante escrito allegado el 29 de julio de 2018 la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a través de apoderada, rindió informe frente a los hechos y pretensiones de la demanda del proceso de la referencia.

² 08 CONTESTACION Folios digitales 1-15



Primeramente, se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que la parte actora no sustentó en debida forma, la existencia del acto ficto o presunto que pretende se declare frente a la petición dirigida al MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, presentada el 16 de septiembre de 2019, referente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria del pago de las cesantías; a su vez, manifestó que la solicitud de liquidación y reconocimiento de cesantías parciales efectuada por la accionante fue decidida dentro del término legal establecido para ello. Aceptó como ciertos únicamente los hechos relacionados con la solicitud de cesantías y con la expedición del acto de reconocimiento de las mismas.

Acota además que el incumplimiento del término para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas recae sobre de la entidad territorial encargada; además, que si bien Decreto 2831 de 2005 modificó el procedimiento para el reconocimiento de cesantías por parte de las entidades territoriales certificadas, ajustando los términos para resolver las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, la atención a de las mismas está sujeta al turno de radicación de y a la disponibilidad presupuestal para que el pago exista.

Así mismo, aclara la entidad demandada que, no obstante el reconocimiento de la sanción moratoria este 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, explicando que la mora empezó a causarse a partir del 26 de julio de 2014 y la reclamación administrativa fue presentada el 16 de septiembre de 2019, es decir más de 3 años, por lo cual no hay lugar a restablecimiento del derecho; de igual forma aclara que, los dineros por concepto de cesantías estuvieron a disposición de la parte demandante el día 20 de noviembre de 2017 y no el 12 de diciembre del 2017 como lo señala erradamente la parte demandante.

Por último, la entidad accionada propuso las excepciones de mérito de:

- ✓ Prescripción.
- ✓ Buena fe en la expedición de la Resolución No. 3678 del 18 de septiembre de 2017.



- ✓ El pago de las respectivas cesantías está a cargo de la disponibilidad presupuestal que tenga el estado.
- ✓ Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria.
- ✓ Improcedencia de la condena en costas.
- ✓ Excepción Genérica.

3. Sentencia apelada.³

Mediante sentencia de fecha trece (13) de Diciembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió como primer pronunciamiento declarar no probada la excepción de prescripción planteada por la parte accionado, 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 12 de diciembre de 2017, la prescripción fue interrumpida con la reclamación administrativa, esto es el 16 de septiembre de 2019, extendiéndose el plazo de la prescripción hasta el 16 de diciembre de 2022, siendo radicada la demanda el 07 de mayo de 2021, por lo que se da cuenta que frente a las pretensiones de la demanda, no operó el fenómeno de la prescripción.

Así las cosas, y continuando con el análisis del caso concreto, el A quo resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que en el sub judice está probado que la entidad demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías solicitadas por el accionante, por lo tanto declaró la configuración del acto ficto presunto negativo derivado de la no contestación a la petición radicada el día 16 de septiembre de 2019, por pago tardío de las cesantías y la nulidad del mismo; a su vez se ordenó reconocer y pagar la sanción moratoria consagrada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006; el cual, a criterio del A quo, equivale a 1230 días de mora, tomándose en cuenta la asignación básica percibida por la 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, por tratarse de la

³ 26_2021-00119 SentenciaPrimeraInstancia-SancionMoraDocente



hipótesis del no pago oportuno de cesantías parciales, según criterio de unificación jurisprudencial contenido en la sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018.

En síntesis, el A quo resolvió:

“Primero. – **DECLARAR** no probada la excepción de “prescripción del derecho” propuesta por la entidad demandada, por las razones expuestas en precedencia.

Segundo. – **DECLARAR** la configuración del acto ficto presunto negativo derivado de la no contestación a la petición radicada el día 16 de septiembre de 2019, por pago tardío de las cesantías.

Tercero. – **DECLARAR** la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la no contestación a la petición radicada el día 16 de septiembre de 2019, mediante el cual se le negó a los señores LEONIDAS ALMANZA CORRALES en su condición de Conyugue y a RONALD ALMANZA OROZCO, MARGARITA ROSA ALMANZA OROZCO, LEONID ALMANZA OROZCO, YONATHAN ALMANZA OROZCO en calidad de hijos de la finada, el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de sus cesantías, conforme a las razones expuestas en esta sentencia.

Cuarto. – 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 a los señores LEONIDAS ALMANZA CORRALES en su condición de Conyugue y a RONALD ALMANZA OROZCO, MARGARITA ROSA ALMANZA OROZCO, LEONID ALMANZA OROZCO, YONATHAN ALMANZA OROZCO en calidad de hijos de la finada, la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, tomando en cuenta que se causaron 1230 días de mora, y para su liquidación deberá tomarse en cuenta la asignación básica percibida por la 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.

Quinto. – **NEGAR** las demás pretensiones.

Sexto. – **ABSTENERSE** de condenar en costas a la parte vencida en este proceso.

Séptimo. – *La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 189 y 192 del CPACA.*

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

4. Recurso de apelación.

4.1. De la parte accionada.⁴

La parte accionada, a través de su apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, y no imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia, argumentando que, la solicitud del reconocimiento y pago de las cesantías a la parte actora se presentó el día el 04 de abril de 2014, venciendo los 70 días, el 21 de julio de 2014, por lo que la mora inició a causarse a partir del 22 de julio 2014 y la fecha en que los dinero fueron puesto a disposición de la partes actora fue el 20 de noviembre de 2017, tal y como consta en el recibo del banco BBVA que obra en el expediente y no el 12 de diciembre de 2017 como erradamente lo consignó el fallador de primera instancia en la sentencia recurrida.

⁴ 29_RECURSO DE APELACION_Leónidas Almanza Corrales Y Otros

Por lo anteriormente expuesto, el recurrente afirma que es claro que operó el fenómeno de la prescripción explicando que la mora se causó a partir del 22 de julio de 2014, por lo que a su juicio, la parte accionante tenía hasta el 21 de julio de 2017 para presentar la solicitud de pago de la sanción moratoria y con ella interrumpir la prescripción, pero en el presente caso, la misma fue presentada el 16 de septiembre de 2019, por lo que, según criterio del recurrente entre el 22 de julio de 2014 y el 16 de septiembre de 2019, transcurrieron más de tres (3) años

5. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha trece (13) de mayo dos mil veintidós (2022), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada⁵

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

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

⁵ 03AdmiteApelación



Teniendo en cuenta el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Establecer si en el sub judice se configuró la prescripción extintiva del derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.?

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, se revocará la sentencia recurrida y en su lugar se declarará probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, y se negarán las pretensiones de la demanda; en caso contrario se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Establecer si la sanción moratoria reconocida en el fallo de primera instancia se causó por 1.328 días de mora y no por 1.230 días como lo señaló el A quo?

3. Tesis.

La Sala de Decisión revocará la sentencia recurrida; al considerar que operó la prescripción extinta del derecho y negará por tanto las pretensiones de la demanda.

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, parágrafo 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 territoriales⁶.

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).

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 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto

⁶ Corte Constitucional C- 741-2012



en la Ley 43 de 1975⁽⁷⁾; y (iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10⁽⁸⁾ de la mencionada ley.

Teniendo en cuenta las tres categorías enunciadas, el numeral 5º del artículo 2º 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.⁹

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 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.*

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.



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 2017,¹⁰ 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), 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.

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escruceña Mayolo.



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 2006¹¹**, así:

*“Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales** a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.*

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

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

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

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

¹¹ 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.



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 atentaría 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 Estado¹² ha sostenido que una vez efectuada la liquidación y reconocimiento de las cesantías definitivas, la obligación en cabeza de la entidad empleadora es pagarlas en su totalidad, de tal suerte que su incumplimiento, ya sea total o parcial, da lugar a reclamar el pago de la sanción.

¹² 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.



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**¹³.

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, dado que la Ley 1071 de 2006**¹⁴ **fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde***

¹³ 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.

¹⁴ «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.»



*hacer las leyes*¹⁵, 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 2006**¹⁶, 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).

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:

¹⁵ Artículo 150 de la Constitución Política.

¹⁶ «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.».



“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 Estado¹⁷, ha manifestado:

¹⁷ 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.



“ 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”.

4.6. De la prescripción en materia de sanción moratoria

En la Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016, la Sección Segunda del Consejo de Estado, fijó la regla jurisprudencial por la cual estableció que la sanción moratoria está sujeta al término prescriptivo señalado en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y su exigibilidad es el momento mismo en que se produce la mora.

A su vez el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra:



“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

5. Caso concreto.

5.1 Hechos relevantes probados

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

- ✓ Obra en el expediente digital Resolución No. 3678 del 18 de septiembre de 2017 mediante la cual se reconoció el pago de la Cesantías definitivas.¹⁸
- ✓ Obra en el expediente digital Constancias de Notificación personal de la resolución N° 3678 de la Gobernación de Bolívar a los beneficiarios LEONIDAS ALMANZA CORRALES, RONALD ALMANZA OROZCO, MARGARITA ROSA ALMANZA OROZCO, LEONID ALMAZNA OROZCO, YONATHAN ALMAZNA OROZCO.¹⁹
- ✓ Obra en el expediente digital recibo de pago de las cesantías definitivas emitido por el pagador Banco BBVA donde consta que dichos dineros se colocaron a disposición de los actores desde el 20 de noviembre de 2017 y pagados el 12 de diciembre de 2017 a favor de los reclamantes, señores Margarita Almanza Orozco, Yonathan Almanza Orozco y Leonid Almanza Orozco.²⁰
- ✓ Obra en el expediente digital Solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria remitida por los demandantes con guía de entrega No.

¹⁸ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folio Digital 21

¹⁹ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folios Digitales 22-26

²⁰ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folios Digitales 27-29



9102264895 de Correo postal certificado Servientrega.²¹

- ✓ Obra en el expediente digital Registro Civil de Defunción con indicativo serial 08066572 de la Registraduría Nacional de la docente ROSA LUISA OROZCO DE ALMANZA.²²
- ✓ Obra en el expediente digital Registro Civil de Matrimonio con indicativo serial M000036448 de la Registraduría Nacional de LEONIDAS ALMANZA Y ROSA LUISA OROZCO DE ALMANZA.²³
- ✓ Obra en el expediente digital Registro Civil de Nacimiento de RONALD ALMANZA OROZCO con indicativo serial 5501669 DE LA NOTARIA PRIMERA DE BARRANQUILLA.²⁴
- ✓ Obra en el expediente digital Registro Civil de Nacimiento MARGARITA ROSA ALMANZA OROZCO con indicativo serial 11823831 DE LA NOTARIA SOPLAVIENTO BOLIVAR.²⁵
- ✓ Obra en el expediente digital Registro Civil de Nacimiento de LEONID ALMAZNA OROZCO, con indicativo serial 8318505 DE LA NOTARIA CUARTA DE BARRANQUILLA.²⁶
- ✓ Obra en el expediente Registro Civil de Nacimiento de YONATHAN ALMAZNA OROZCO, con indicativo serial 9972855 LA NOTARIA CUARTA DE BARRANQUILLA.²⁷
- ✓ Obra en el expediente Constancia de envió de correo electrónico de MARGARITA ROSA ALMANZA OROZCO, LEONID ALMAZNA OROZCO Y YONATHAN ALMAZNA OROZCO.²⁸

²¹ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folios Digitales 30-31

²² 01- DEMANDA Y ANEXOS Folio Digital 32

²³ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folio Digital 33

²⁴ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folio Digital 34

²⁵ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folio Digital 35

²⁶ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folio Digital 36

²⁷ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folio Digital 37

²⁸ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folios Digitales 38-40

- ✓ Obra en el expediente Formato de acta de audiencia de conciliación ante procuraduría 130 judicial II para asuntos administrativos.²⁹
- ✓ Obra en el expediente Formato constancias de tramite conciliatorio extrajudicial administrativo.³⁰

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

Pretende la parte accionante se configure y declare la nulidad del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo al no dar pronunciamiento de fondo a la petición con radicación 2019032324887 de fecha 16 de septiembre de 2019, ante la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE BOLIVAR SECRETARIA DE EDUCACIÓN; 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 como primer pronunciamiento declarar no probada la excepción de prescripción planteada por la parte accionado, en razón a que a su criterio, la misma no se encuentra configurada, explicando que la misma se hizo exigible el 12 de diciembre de 2017, la prescripción fue interrumpida con la reclamación administrativa, esto es el 16 de septiembre de 2019, extendiéndose el plazo de la prescripción hasta el 16 de diciembre de 2022, siendo radicada la demanda el 07 de mayo de 2021, por lo que se da cuenta que frente a las pretensiones de la demanda, no operó el fenómeno de la prescripción.

Así las cosas, resolvió conceder parcialmente las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que en el sub judge está probado que la entidad demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías solicitadas por el accionante, por lo tanto declaró la configuración del acto ficto presunto negativo derivado de la no contestación a la petición radicada el día 16 de

²⁹ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folios Digitales 45-47

³⁰ 01- DEMANDA Y ANEXOS Folios Digitales 48-49

septiembre de 2019, por pago tardío de las cesantías y la nulidad del mismo; a su vez, ordenó reconocer y pagar la sanción moratoria consagrada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006; el cual, a criterio del A quo, equivale a 1230 días de mora, tomándose en cuenta la asignación básica percibida por la 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, por tratarse de la hipótesis del no pago oportuno de cesantías parciales, según criterio de unificación jurisprudencial contenido en la sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018.

La parte accionada, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, y no imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia, argumentando que, la solicitud del reconocimiento y pago de las cesantías a la parte actora se presentó el día el 04 de abril de 2014, venciéndose los 70 días, el 21 de julio de 2014, por lo que la mora inició a causarse a partir del 22 de julio 2014 y la fecha en que los dinero fueron puesto a disposición de la partes actora fue el 20 de noviembre de 2017, tal y como consta en el recibo del banco BBVA que obra en el expediente y no el 12 de diciembre de 2017 como erradamente lo consignó el fallador de primera instancia en la sentencia recurrida.

Por lo anteriormente expuesto, el recurrente afirma que es claro que operó el fenómeno de la prescripción explicando que la mora se causó a partir del 22 de julio de 2014, por lo que a su juicio, la parte accionante tenía hasta el 21 de julio de 2017 para presentar la solicitud de pago de la sanción moratoria y con ella interrumpir la prescripción, pero en el presente caso, la misma fue presentada el 16 de septiembre de 2019, por lo que, entre el 22 de julio de 2014 y el 16 de septiembre de 2019, transcurrieron más de tres (3) años

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 los problemas jurídicos planteados; abordando inicialmente el estudio del primer problema; esto es, si operó la prescripción extintiva del derecho reclamado.

5.2.1. De la prescripción extintiva del derecho

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.

Ahora bien, acota la Sala que, según pronunciamiento del H. Consejo de Estado – Sección Segunda, en la Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 agosto de 2016, la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 se encuentra sujeta al término de prescripción trienal previsto en el artículo 151 del CPT y que la misma se hace exigible desde el momento en que el empleador incurre en mora en su reconocimiento y pago.

A su vez el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social consagra:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Así mismo, ha de tenerse en cuenta que debido a que en el *sub júdice* se trata de cesantías definitivas, la mora solo puede tener lugar con ocasión de la terminación de la relación laboral.

En el caso concreto, de acuerdo al material probatorio que obra en el expediente, el trámite surtido con ocasión de la solicitud de cesantías de la parte actora es el siguiente:

Radicación de la solicitud	10-04-2014
Término para resolver la solicitud (15 días)	Hasta el 06-05-2014
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	Hasta el 20-05-2014
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 25-07-2014
Exigibilidad de la sanción	A partir del 26 de julio de 2014
Fecha en que se colocó a disposición	20-11-2017
Pago de las cesantías	12 de diciembre de 2017
Radicación solicitud de pago de sanción	16-09-2019

En ese orden, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías se hizo exigible a partir del 26 de julio de 2014, por lo que los accionantes contaban hasta el 26 de julio de 2017 con la posibilidad de reclamarla. Sin embargo, en el plenario se puede observar que la solicitud de pago de la misma se elevó ante la entidad accionada, solo hasta el 16 de septiembre de 2019, habiendo transcurrido más de los tres (3) años previstos en la ley, operando de esta forma la extinción del derecho por prescripción.

Por todo lo anteriormente expuesto la Sala revocará la sentencia de fecha trece (13) de Diciembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, y en su lugar se declarará probada la excepción de PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL DERECHO y como consecuencia de ello, se negarán las pretensiones de la demanda

5.3. Condena en costas en segunda instancia

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



En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se condenará en costas de segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

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: DECLARAR probada la excepción de "prescripción del derecho" propuesta por la entidad demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia apelada, por las consideraciones expuesta en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante; líquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

QUINTO: 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