

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	13001-33-33-008-2019-00246-01
Demandante	ZAIDA PIÑERES PÉREZ
Demandado	NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – 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 dos (02) de junio de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Octavo 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:

“I. PETICIONES

DECLARACIONES

¹ 01DemandaYAnexos2020246 folios digitales 01-16



1. Declarar la existencia de un acto ficto configurado el día 16 DE JUNIO DE 2018, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 16 DE MARZO DE 2018, el pago tardío de las cesantías a mi representado.
2. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 16 DE JUNIO DE 2018, frente a la petición presentada el día 16 DE MARZO DE 2018, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
3. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR) por tener interés en las resultas del proceso), le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS

1. Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR) por tener interés en las resultas del proceso), a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
2. Que se ordene a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL

DE BOLÍVAR) por tener interés en las resultas del proceso), dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

3. *Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR) por tener interés en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.*
4. *Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR) por tener interés en las resultas del proceso) al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCIÓN MORATORIA reconocida en esta sentencia.*
5. *Condenar en costas a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR) por tener interés en las resultas del proceso) 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 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010. “*

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 el 28 de julio de 2015 ante la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR por tener interés en las resultas del proceso), el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho.
- Indica el actor que mediante Resolución No. 3584 del 29 de diciembre de 2015 le fue reconocida la cesantía deprecada; el 30 de agosto de 2016 fue pagada mediante entidad bancaria.
- Señala el demandante que el 16 de marzo de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la demandada y esta resolvió negativamente mediante acto ficto.

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.

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO²

Mediante escrito allegado el 03 de agosto de 2020 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.

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

Así mismo indicó que la demanda no cumple con los requisitos legales contemplados en el artículo 162 del CPACA, debido a que en la misma no se explicó el objeto de la violación, no se invocó causal alguna para sustentar la supuesta nulidad alegada, como tampoco se determinó con claridad el acto administrativo demandado, ni ante qué entidad radicó la parte actora la petición que fundamente el supuesto silencio administrativo invocado

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 28 de julio de 2015, 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.

Afirma también que tanto el acto de reconocimiento de las cesantías a favor de la parte actora como la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora reclamada por la parte demandante no fueron notificados en la

² 06ContestacionDemanda2020246 folios digitales 03-20

forma señalada por la ley a la entidad encargada de cumplir la orden, por lo que no resulta exigible u oponible al FOMAG.

Finalmente señala que, existe prescripción sobre las sumas reclamadas respecto a la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía.

Propuso las siguientes excepciones previas:

- ✓ Inepta demanda
- ✓ Ausencia de Integración del litisconsorcio por pasiva

Además, propuso las siguientes excepciones de mérito:

- ✓ Cobro indebido de la sanción moratoria en cabeza del Ministerio de Educación Nacional y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.
- ✓ Ausencia de ejecutoria de la Resolución No. 3584 del 29 de diciembre de 2015 respecto el FOMAG.
- ✓ Prescripción
- ✓ Pago de la obligación.
- ✓ Sostenibilidad financiera.
- ✓ El término señalado como sanción moratoria a cargo del FOMAG y la Fiduprevisora es menor al que señala el demandante y la Secretaría de Educación

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

4. Sentencia apelada.³

Mediante sentencia de fecha dos (02) de junio de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena 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 parciales solicitadas por el accionante, por lo tanto declaró la nulidad del acto ficto demandado y en su lugar ordenó reconocer y pagar la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, consistente en el pago de un día de salario por cada día de retraso en el pago de las cesantías. El accionante tendrá derecho al pago de la suma correspondiente a los días de moras causados entre el 10 de noviembre de 2015 y el 30 de agosto de 2016, fecha en que estuvo disponible el dinero para el pago de las cesantías, lo cual, a criterio del A quo, equivale a 294 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 2015, acreditado en el expediente de \$2.517.083.00.

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: Declárese la nulidad del acto ficto configurado el día 16 de junio de 2018, que negó el reconocimiento y cancelación de la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución No. 3584 de 29 de diciembre de 2015, a

³ 19FalloConcede2019246



favor de la demandante, señora ZAIDA ISABEL PIÑERES PÉREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 33.219.127.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, *ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: Reconocer y pagar a favor de la demandante, 294 días de salarios del año 2015, por concepto de sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.*

TERCERO: *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

CUARTO: *Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.*

QUINTO: *Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de las pretensiones."*

5. Recurso de apelación.

5.1. 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 su segundo y quinto punto de la parte resolutive del fallo, sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, así como de la condena en costas, argumentando que, la fecha de solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías fue el 28 de julio de 2015, la fecha en la que estuvo a disposición los dineros fue el 26 de agosto de 2016, y no el 30 de agosto de 2016. Posteriormente, la mora se causó desde el 10 de noviembre de 2015 hasta el 25 de agosto de 2016, un día antes de la fecha en que se colocó a disposición

⁴ 22RecursoApelacion2019246 Folios Digitales 3-6

los dineros, por lo que transcurrieron 290 días de mora y no 294 como lo señaló el fallador de primera instancia en la sentencia recurrida.

Por último, señala la accionada que, no se le debe condenar en costas dentro del proceso debido a que las pretensiones fueron concedidas parcialmente.

6. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha primero (01) de julio de dos mil veintidós (2022), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada.⁵

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

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

⁵ 03AdmisionRecursoApelacion



¿Establecer si es procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la parte demandante, teniendo en cuenta que, según el criterio del recurrente, la misma corresponde a doscientos noventa (290) días de mora y no doscientos noventa y cuatro (294) como lo señaló el A quo en su fallo?

¿Establecer si es procedente la condena en costas impuestas por el A quo en la sentencia recurrida?

3. Tesis.

La Sala de Decisión modificará el numeral segundo 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 y revocará el literal quinto del fallo en torno a la imposición de la condena en costas.

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 extienda 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

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

- ✓ Obra en el expediente digital Resolución 3584 de 2015, proferida por la Secretaría de Educación de Bolívar, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a la docente ZAIDA ISABEL PIÑERES PÉREZ, según petición radicada bajo el número 2015-CES-031734 de fecha 28 de

julio del 2015. Así se encuentra contenidos en el acto de reconocimiento de la prestación. (01DemandaYAnexos2020246 folios digitales 22-23)

- ✓ Obra en el expediente digital certificación pago de cesantía parcial, proferida por la Fiduprevisora, en el que consta que el pago de las cesantías fue programado para ser realizado el día 26 de agosto de 2016. (22RecursoApelacion2019246 folio digital 7)
- ✓ 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 16 de marzo de 2018. (01DemandaYAnexos2020246 folios digitales 20-21)
- ✓ Obra en el expediente Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios Consecutivo No. 31257 proferido por el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que consta como asignación básica del año 2015 el valor de \$2.517.083.00 (01DemandaYAnexos2020246 folios digitales 26-27)

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 16 de junio de 2018, que negó el derecho a pagar la sanción por mora a la accionante, producto de la solicitud radicada el 28 de julio de 2015 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 concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, argumentando que 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 nulidad del acto ficto demandado y en su lugar ordenó reconocer y pagar la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, consistente en el pago de un día de salario por cada día de retraso en el pago de las cesantías, desde el 10 de noviembre de



2015, día siguiente al vencimiento del plazo para su cancelación y hasta el 30 de agosto de 2016, fecha en que estuvo disponible el dinero para el pago de las cesantías, lo cual, a criterio del A quo, equivale a 294 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 2015, acreditado en el expediente de \$2.517.083.00

Frente a las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria denegó el reconocimiento y pago de 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; igualmente condenó en costas a la parte accionada.

La parte accionada, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando se revoque el segundo y quinto punto de la parte resolutive del fallo, sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, y no imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia, señalando que se debe reconocer al demandante la sanción por mora equivalente a 290 días y no 294 días, como lo consignó el A quo en su fallo, debido a que la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías a la parte demandante fue radicada ante la entidad accionada, el 28 de julio de 2015, venciéndose a los 70 días, esto es, el 09 de noviembre de 2015, por lo que la causación de la mora se inició el 10 de noviembre de 2015 y la fecha en que se colocó las misma a disposición de la actora fue el 26 de agosto de 2016.

Igualmente señaló la recurrente, que no es procedente la condena en costas, debido a la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

En este 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.

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 judge, el trámite surtido con ocasión de la solicitud de cesantías de la actora, es el siguiente:

Radicación de la solicitud	28-07-2015
Término para resolver la solicitud (15 días)	Hasta el 20-08-2015
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	Hasta el 03-09-2015
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 09-11-2015

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 **desde el 10 de noviembre de 2015 hasta el 25 de**

agosto de 2016, para un total de 290 días de mora.

En este orden, precisa la Sala que como en el sub judice, las cesantías reclamadas son definitivas, la sanción por mora debe pagarse con el salario vigente al momento de causarse la mora (**el 10 de noviembre de 2015**); el cual corresponde a la suma de \$2.517.083.00 conforme al Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios Consecutivo No. 31257 proferido por el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por lo expuesto, la Sala modificará el literal segundo 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.

Por otra parte, respecto al reparo del recurrente sobre la condena en costas impuesta por el fallador de primera instancia, sustentando su dicho que en razón a que hubo prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda, y en virtud de lo consagrado en el numeral 5 del artículo 365 de CGP, el A quo debía abstenerse de condenar en costa, la Sala trae a colación lo consagrado en dicha norma:

“Art. 365 En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez **podrá** abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”*

De lo anterior se infiere, que, en caso de prosperidad parcial de las pretensiones, el juez puede no condenar en costas o condenar, pero parcialmente y en ambos casos expresar los fundamentos en que soporta su decisión.

En este orden, se advierte que en el sub judice, el juez optó por condenar en

costas; pero no lo hizo parcial, y tampoco expresó los fundamentos en que soporta su decisión; pues en la parte motiva del fallo se limitó a manifestar “El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”. Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explicó el Consejo de Estado³³ a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidarán por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura que, a consideración de este fallador, en el caso sub iudice, corresponden al 3% de las pretensiones”.

Por las anteriores consideraciones, se revocará la condena en costas de primera instancia, contenida en el numeral quinto de la sentencia recurrida.

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 encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.



En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada¹⁸. En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

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 numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de fecha dos (02) de junio de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena; el cual quedará así:

*“**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: Reconocer y pagar a favor de la demandante, **290** días de salarios del año 2015, por concepto de sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.”*

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la parte resolutive de la sentencia recurrida, sobre condena en costas; por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

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.

¹⁸ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA