

Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-013-2019-00232-01
Demandante	NORIS DEL CARMEN CABARCAS AGAMEZ
Demandado	NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Asunto	SANCON 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 demandante, contra la sentencia de fecha tres (03) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron 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 01Expediente Escaneado Folios digitales 1-35

1. Declarar la existencia de un acto ficto configurado el día 25 DE SEPTIEMBRE DE 2018, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 25 DE JUNIO DE 2018, pago tardío de las cesantías a mi representado.
2. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 25 DE SEPTIEMBRE DE 2018, frente a la petición presentada el día 25 DE JUNIO 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- SECRETARÍA 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- SECRETARÍA 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- SECRETARÍA 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- SECRETARÍA 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- SECRETARÍA 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- SECRETARÍA 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 24 de octubre de 2016 ante la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR por tener interés en las resultas del proceso), el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho.
- Indica el actor que mediante Resolución 1549 del 17 de mayo de 2017 le fue reconocida la cesantía deprecada; el 23 de junio de 2017 fue pagada mediante entidad bancaria.
- Señala el demandante que el 25 de junio 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 2 numeral 5. 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.²

² 03ContestacionDemanda Folios digitales 3-20

Mediante escrito allegado el 05 de mayo de 2021 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 bajo el argumento de que carecen de sustento jurídico dado que la normatividad especial que regula la concesión de las cesantías a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no contempla la figura de la sanción moratoria cuyo reconocimiento se deprecia. 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 parciales recae sobre la entidad territorial, Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, y dichos términos se deben tomar de lo establecido en la Ley 1955 de 2019 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 en el artículo 57, incluido el parágrafo.

Así mismo, aclara la entidad demandada que, no obstante el reconocimiento de la sanción moratoria esté vinculado a las cesantías que se deben cancelar al empleado público, dichos derechos se causan de manera independiente, por lo que a su juicio la sanción moratoria en el presente asunto debe declararse prescrita, pero en el evento que se emita una sentencia condenatoria en su contra, la sanción por mora deberá ser de 139 días, como así lo acreditan los documentos allegados, donde consta que los dineros por concepto de cesantías estuvieron a disposición de la demandante el día 23 de junio de 2017, y no 140 días como lo señala erradamente la parte demandante

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

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

- ✓ No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios

Propuso además las excepciones de mérito de:

- ✓ Culpa exclusiva de un tercero
- ✓ Prescripción.
- ✓ De la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria.
- ✓ Excepción genérica

3. Sentencia apelada.³

Mediante sentencia de fecha tres (03) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió como primer pronunciamiento declarar no probada la excepción de prescripción planteada por la parte accionada, en razón a que a criterio del a quo, la misma no se encuentra configurada, explicando que si bien es cierto que el demandante contaba con tres años para reclamar la sanción por mora objeto de la presente controversia, no es menos cierto que la misma comenzó a causarse el 22 de febrero de 2017 y la petición para su reconocimiento y pago se elevó el 25 de julio de 2018, por lo que no se configuró el fenómeno de la prescripción de la sanción moratoria reclamada, ya que no transcurrieron tres (3) años desde que se hizo exigible.

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 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 22 de febrero del 2017, día siguiente al vencimiento del plazo para su cancelación y hasta el 22 de junio de 2017, día

³ 08ActaAudicialInicialConcentrada

anterior a la fecha en que fueron efectivamente canceladas, lo cual, a criterio del A quo, equivale a 122 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 mes de febrero de 2017, acreditado en el expediente de \$3.397.579.00.

En síntesis, el A quo resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto negativo producto de la falta de respuesta a la reclamación elevada el 25 de junio de 2018, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías de que tratan el artículo 2 de la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, generada por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución No 1549 de 17 de mayo de 2017, a favor de la parte demandante, señora Noris Del Carmen Cabarcas Agámez, identificada con la cédula de ciudadanía No 30.771.085.

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

2.1 Reconocer y pagar a favor de la parte demandante, señora Noris del Carmen Cabarcas Agámez, identificada con la cédula de ciudadanía N° 30.771.085, la suma de \$13.816.820,86, por concepto de sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

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

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

TERCERO: NO CONDENAR en costas a la parte demandada Nación-Ministerio de Educación, conforme a lo dicho en esta providencia.

CUARTO: ORDENAR, se disponga por Secretaría

4.1 REMITIR, una vez ejecutoriada esta providencia, los oficios que correspondan para que se lleve a cabo su cumplimiento (artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

4. Recurso de apelación.

4.1. De la parte accionante.⁴

La parte accionante, a través de su apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones en la forma propuesta en el escrito de demanda, concediéndose en favor de la demandante 140 días de salario en razón de la mora en el pago de las cesantías por parte de la entidad demandada, argumentando que, la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías a la parte demandante fue radicada ante la entidad accionada, el 24 de octubre de 2016, venciéndose a los 70 días, esto es, el 03 de febrero de 2017, por lo que la causación de la mora se inició el 04 de febrero de 2017 y hasta el 23 de junio de 2017, día anterior a la fecha en la que la misma se colocó a disposición de la demandante, el 24 de junio de 2017, por lo que a criterio de la parte demandante, se generaron 140 días de mora, y no 122 días, como así lo considera el A quo en su fallo, quien explica que la mora se configuró desde el 22 de febrero del 2017 y hasta el 22 de junio de 2017.

5. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha dieciocho (18) de abril de dos mil veintidós (2022), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante⁵

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

⁴ 10RecursoApelacionSentencia

⁵ 03AdmiteRecursoApelacion

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 el siguiente problema jurídico:

¿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 ciento cuarenta (140) días de mora y no ciento veintidós (122) como lo plasmo el A quo en su fallo?

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, se modificará el numeral 2.1. del literal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada; de lo contrario, se confirmará la decisión.

3. Tesis.

Esta Sala de Decisión modificará el numeral 2.1. del 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, ya que si bien el número de días no corresponden a 122 como lo señaló el A quo, tampoco corresponden a 140 días como así lo afirma el recurrente en su escrito de apelación, debido a que la fecha de pago límite de las cesantías era el 03 de febrero de 2017, haciéndose efectivo su pago el 23 de junio de 2017, tal como se encuentra acreditado en el expediente, entonces la mora se debe calcular desde el 04 de febrero de 2017 hasta el 22 de junio de la misma anualidad, para un total de 139 días en mora.

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

⁶ Corte Constitucional C- 741-2012

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 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.

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.

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

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

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.

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 mora en 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.

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*

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



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

Artículo 2º. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del

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.



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 petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al petitionario 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.

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.

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.

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)

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 2006¹⁴ fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes¹⁵, 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

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.»

¹⁵ Artículo 150 de la Constitución Política.



pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006¹⁶, 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." (Negritas 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:

“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.”

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.».

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:

*" 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*

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.



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 1549 de 2017, proferida por la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a la docente NORIS DEL CARMEN CABARCAS AGAMEZ, según petición radicada bajo el número 2016-CES-585823 del 24 de octubre de 2016. Así se encuentra contenidos en el acto de reconocimiento de la prestación. (01Demanda folios digitales 39-40)
- ✓ 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 23 de junio de 2017. (03ContestacionDemanda folio digital 21)
- ✓ Obra en el expediente Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios Consecutivo No. 9142 proferido por el Fondo Nacional De

Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que consta como asignación básica del año 2018 el valor de \$3.641. 927.00. (01Demanda folios digitales 45-47)

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 25 DE SEPTIEMBRE DE 2018, que negó el derecho a pagar la sanción por mora al accionante producto de la solicitud radicada el 25 de junio de 2018 ante la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; como restablecimiento del derecho solicita se reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

El Juez de primera instancia resolvió como primer pronunciamiento declarar no probada la excepción de prescripción planteada por la parte accionada, en razón a que a criterio del a quo, la misma no se encuentra configurada, explicando que si bien es cierto que el demandante contaba con tres años para reclamar la sanción por mora objeto de la presente controversia, no es menos cierto que la misma comenzó a causarse el 22 de febrero de 2017 y la petición para su reconocimiento y pago se elevó el 25 de julio de 2018, por lo que no se configuro el fenómeno de la prescripción de la sanción moratoria reclamada, ya que no transcurrieron tres (3) años desde que se hizo exigible.

Así las cosas, 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 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 22 de febrero del 2017, día siguiente al vencimiento del plazo para su cancelación y hasta el 22 de junio de 2017, día anterior a la fecha en que fueron efectivamente canceladas, lo cual, a criterio del A quo, equivale a 122 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 mes de febrero de 2017, acreditado en el expediente de \$3.397.579.00.

La parte accionante, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando se revoque y en su lugar se acceda a las pretensiones en la forma propuesta en el escrito de demanda, concediéndose en favor de la demandante 140 días de salario en razón de la mora en el pago de las cesantías por parte de la entidad demandada, argumentando que, la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías a la parte demandante fue radicada ante la entidad accionada, el 24 de octubre de 2016, venciéndose a los 70 días, esto es, el 03 de febrero de 2017, por lo que la causación de la mora se inició el 04 de febrero de 2017 y hasta el 23 de junio de 2017, día anterior a la fecha en la que la misma se colocó a disposición de la demandante, el 24 de junio de 2017, por lo que a criterio de la parte demandante, se generaron 140 días de mora, y no 122 días, como así lo considera el A quo en su fallo, quien explica que la mora se configuró desde el 22 de febrero del 2017 y hasta el 22 de junio de 2017.

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

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

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

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

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

Radicación de la solicitud	24-10-2016
Término para resolver la solicitud (15 días)	Hasta el 16-11-2016
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	Hasta el 30-11-2016
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 03-02-2017

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 04 de febrero de 2017 hasta el 22 de junio de 2017, para un total de 139 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 devengado al momento **de causarse la mora (el 04 de febrero de 2017)**; el cual corresponde a la suma de \$3.641. 927.00 conforme al Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios Consecutivo No. 0, proferido por el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por lo tanto, la suma a cancelar por concepto de sanción moratoria por pago

tardío de las cesantías a la parte demandante quedaría estipulada así:

Salario básico mensual devengado año 2018	\$3.397.579
Salario básico diario devengado en el año 2018	\$113.253
Número de días de mora	139
Total a cancelar por concepto de sanción moratoria	\$15.742.167

Por lo expuesto, la Sala modificará el inciso 2.1. del literal segundo de la parte resolutive de la sentencia recurrida, en cuanto al valor a reconocer y pagar por concepto de sanción moratoria a la demandante con base a 139 días de mora en que incurrió el accionado, por el no pago oportuno de las cesantías de la actora.

5.3. Condena en costas en segunda instancia

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

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

VI. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el el inciso 2.1. del literal segundo de la parte resolutive de la sentencia de fecha tres (03) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena; el cual quedará así:

“2.1. Reconocer a favor de la parte demandante, señora NORIS DEL CARMEN CABARCAS AGAMEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 30.0771.085 la suma de \$ 15.742.167, por concepto de sanción moratoria prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.”

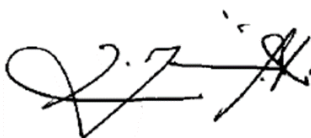
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: NO CONDENAR en costas.

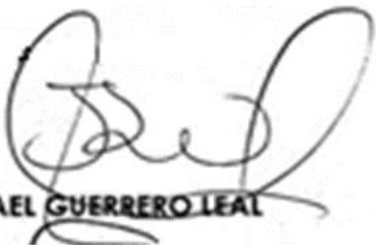
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

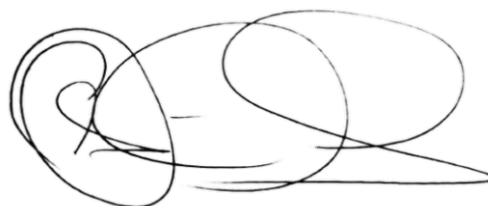
LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA