

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	13001-33-33-014-2019-00078-00
Demandante	ROCÍO ISABEL TORRES MIER
Demandado	NACION - MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
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 veinticinco (25) de noviembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto 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 01ExpedienteEscaneado Folios Digitales 2-17



1. Declarar la existencia de un acto ficto configurado el día 23 DE NOVIEMBRE DE 2017, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 23 DE AGOSTO DE 2017, el pago tardío de las cesantías a mi representado.
2. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 23 DE NOVIEMBRE DE 2017, frente a la petición presentada el día 23 DE AGOSTO DE 2017, 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 BOLIVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR 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 BOLIVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR 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 BOLIVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL

DE BOLIVAR 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 BOLIVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR 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 BOLIVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR 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 BOLIVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR 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 25 de febrero de 2014 ante la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (vinculado el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR por tener interés en las resultados del proceso), el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho.
- Indica el actor que mediante Resolución 1894 del 28 de agosto de 2014 le fue reconocida la cesantía deprecada; el 09 de febrero de 2015 fue pagada mediante entidad bancaria.
- Señala el demandante que el 23 de agosto de 2017 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.

2.1. FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO²

Mediante escrito allegado el 16 de junio 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 de la demanda bajo el argumento que, de acuerdo a su naturaleza jurídica, la obligación del “FOMAG” es atender las prestaciones sociales del personal afiliado, pero teniendo en cuenta que el fondo simplemente “provee” los recursos y la fiduciaria administra pero quien determina las condiciones puntuales de cada afiliado y las circunstancias bajo las cuales se les debe pagar determinada prestación, el tiempo y demás son ordenadas por el respectivo ente territorial que ejerce la contratación del afiliado; y que además, resulta cuestionable exigirle al ente territorial el cumplimiento de un plazo que no guarda relación respecto de la cantidad de solicitudes de reclamación de cesantías, tanto parciales como definitivas, los cuales han aumentado de manera exponencial en los últimos años.

Acota además que, es necesaria la vinculación de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, entidad que profirió el acto administrativo del reconocimiento de la cesantía. Así como no es procedente la indexación respecto de la sanción por mora.

Finalmente señala que, existe prescripción sobre las sumas reclamadas y solicita que en caso de accederse a las pretensiones no se condene a la entidad al pago de costas.

Propuso las siguientes excepciones:

- ✓ Ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad fiduciaria.

² 02ContestacionFomag Folios Digitales 3-21

- ✓ Imposibilidad de cumplimiento en termino por complejidad del trámite.
- ✓ Falta de litisconsorcio necesario por pasiva.
- ✓ improcedencia de la indexación.
- ✓ Caducidad
- ✓ Prescripción.
- ✓ La genérica.

2.2. DEPARTAMENTO DE BOLIVAR³

Mediante escrito allegado el 16 de julio de 2020 el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR 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 la existencia de una falta de legitimación en la causa por pasiva, debido a que las reclamaciones del pago de cesantías de los docentes son manejadas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, según disposición legal y que las secretarías de educación territorial solo tienen la función de atender y proyectar las decisiones sobre reconocimientos prestacionales.

Arguye además que no hay lugar a restablecimiento del derecho ya que el acto administrativo atacada no es contrario al ordenamiento jurídico, como tampoco esta falsamente motivado ni ha sido proferido con desvío del poder, por lo que en el presente asunto no procede la declaración de nulidad de este.

Finalmente concluye que, no es competencia ni obligación legal del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, asumir el pago del concepto que se demanda, teniendo en cuenta que se trata de una prestación social a cargo del FONDO

³ 03ContestacionDepartamentoBolivar Folios Digitales 1-6

NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por ser una cuenta especial de la Nación y que no corresponde al erario del Departamento.

Propuso además las siguientes excepciones:

- ✓ Falta de Legitimación en la causa por pasiva.
- ✓ Expresa prohibición legal
- ✓ Inexistencia de la obligación legal
- ✓ La genérica

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁴

El agente del Ministerio Público emitió concepto en desarrollo de la audiencia inicial, el cual consta en medio magnetofónico de audio y video.

En el mismo, el agente del Ministerio público señala que, teniendo en cuenta el problema jurídico planteado por el juez sobre el pago de la sanción moratoria, se tiene que, debe accederse a las pretensiones de la demanda, toda vez que dentro de lo establecido en las pruebas que obran en el expediente, se encuentran acreditadas las solicitudes realizadas sobre las reclamaciones. De esta manera y dando aplicación a lo establecido en el artículo 2 de la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 del 2006, de la mano con la jurisprudencia por parte del Consejo de Estado de fecha 18 de julio de 2018 donde se establecieron reglas para el asunto en concreto.

Solicita entonces, se declare configurada la mora en el pago de las cesantías reconocidas al demandante, toda vez que el pago fue realizado por fuera de los 70 días y en consecuencia a lo anterior se declare la nulidad de los actos fictos demandados y a título de restablecimiento del derecho se deberá reconocer, liquidar y pagar la sanción moratoria contemplada en el artículo 5 de la ley 1071 del 2006.

⁴ 15GrabacionAudiencialInicial

4. Sentencia apelada.⁵

Mediante sentencia de fecha veinticinco (25) de noviembre de dos mil veinte (2020), el Juzgado Décimo Cuarto 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 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. Sin embargo, quedó probada la prescripción parcial respecto de las sumas correspondientes a los días de mora generado por la tardanza en el pago de las cesantías del demandante, por lo cual, sólo tendrá derecho al pago de la suma correspondiente a los días de moras causados entre el 23 de agosto de 2014 y el 28 de enero de 2015, día anterior a la fecha en que estuvo disponible el dinero para el pago de las cesantías, lo cual, a criterio del A quo, equivales a 159 días de mora, teniendo como base de liquidación, el salario vigente devengado por la parte demandante al momento de la causación de la mora, esto es el salario del año 2014, acreditado en el expediente de \$1.305.676.00.

Así mismo, encontró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Bolívar, puesto que las Secretarías de Educación Territoriales solo se limitan al reconocimiento y expedición de los actos administrativos que reconocen derechos prestaciones en favor de los docentes.

Por otro lado, negó la pretensión de indexación de las sumas a que fue condenada la entidad.

En síntesis, el A quo resolvió:

***"PRIMERO:** Declárese la existencia del acto ficto surgido de la falta de respuesta a la petición radicada el 23 de agosto de 2017 por parte de la*

⁵ 14Sentencia



señora Rocío Isabel Torres Mier a través de apoderada, mediante el cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, y declárese su nulidad.

SEGUNDO: Declarar prescripción parcial de las acreencias causadas en favor del actor, por tanto, solo tendrá derecho al pago de la suma correspondiente a los días de moras causados entre el 23 de agosto de 2014 y el 28 de enero de 2015, es decir, lo correspondiente a ciento cincuenta y nueve (159) días de salario.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer por concepto de sanción moratoria a la señora Rocío Isabel Torres Mier, la suma dineraria correspondiente a ciento cincuenta y nueve (159) días de salario básico al tiempo de causación de la mora, conforme fue explicado en el caso concreto.

CUARTO: Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento de Bolívar.

QUINTO: Negar la pretensión de indexación de las sumas a que fue condenada la entidad.

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá en los términos previstos en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

SEPTIMO: No hay lugar a condena en costas.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia expídanse por secretaría las copias respectivas que permitan su ejecución. Cumplido lo anterior, archívese el expediente previa cancelación de su radicado."

5. Recurso de apelación.

5.1. De la parte accionada.⁶

La parte accionada, a través de su apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque su segundo y tercer punto de la parte resolutive del fallo, sobre la prescripción parcial de las acreencias causadas, y en su lugar declarar la prescripción total y no imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia, argumentando que, la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías fue el 25 de febrero de 2014, la fecha en la que estuvo a disposición los dineros fue el 29 de enero de 2015, posteriormente, la mora se causó el 11 de junio de 2014, por los que transcurrieron 232 días de mora.

Señala la accionada que, el juzgado declaró la prescripción parcial correspondientes a 159 días de mora; sin embargo a criterio de la accionada, opero el fenómeno de prescripción para el pago de la sanción moratoria argumentando que entre la fecha en la que se causó la mora 11 de junio 2014 y la fecha de la solicitud de la sanción moratoria 23 de agosto de 2017, transcurrieron Tres (03) años, Dos (02) Meses y Catorce (14) días, por lo que se le debe aplicar lo previsto en el artículo 151 del C.P.L.

5.2. De la parte accionante⁷

La parte accionante, a través de su apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque parcialmente la parte resolutive del fallo, sobre la prescripción parcial del derecho solicitado, argumentando que, la SANCION POR MORA solicitada en esta ocasión, se trata de un proceso declarativo que busca determinar la existencia de la tardanza en la cancelación de las cesantías que fueron reconocidas y canceladas por fuera de los términos legales.

Aclara la parte accionante que, la señora ROCÍO ISABEL TORRES MIER solicitó las cesantías a fecha 25 de febrero de 2014, siendo el plazo de pago oportuno el día 10 de junio de 2014, no obstante, ello, dicho pago se realizó solo hasta el 29 de enero de 2015, razón por la que la demandante formuló petición de

⁶ 16RecursoApelacionFomag Folios Digitales 3-5

⁷ 17RecursoApelacionDemandante, folios digitales 2-6



reconocimiento y pago de la sanción moratoria el día 23 de agosto de 2017, obteniendo como respuesta el silencio de la administración. Así que, a raíz de lo anterior, se tiene entonces que la señora ROCÍO ISABEL TORRES MIER, al solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria interrumpió el termino de prescripción, es decir, tiene derecho al pago de la sanción moratoria desde el 10 de junio de 2014 hasta el 29 de enero de 2015, fecha ultima en la que se canceló de forma extemporánea las cesantías.

Concluye la accionante, enfatizando que para efectos de definir si operó o no el fenómeno de la prescripción, los tres años deben contarse a partir de la fecha del pago de las cesantías y no la fecha en que las mismas debieron ser canceladas, por lo que, a criterio del accionante, no existe prescripción del derecho solicitado.

6. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha catorce (14) de marzo de dos mil veintidós (2022), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada y demandante⁸

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

⁸ 03AdmiteApelacion



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

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

¿Establecer si la sanción moratoria reconocida en el fallo de primera instancia se causó por 232 días de mora y no por 159 días como lo señaló el A quo?

3. Tesis.

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

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

4. Marco normativo y jurisprudencial.

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



Lo primero que debe precisar la Sala es que los docentes, no son servidores públicos pero se les asimiló a empleados públicos en el sentido de que aunque no hacen parte de tal categoría, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2º) los define como '*empleados oficiales de régimen especial*'; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2º 105, parágrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales⁹.

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

⁹ Corte Constitucional C- 741-2012

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⁽¹⁰⁾; 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⁽¹¹⁾ 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.¹²

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.

¹⁰ 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.

¹¹ 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.

¹² 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.



A. Para los **docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se **vinculen a partir del 1o. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y **pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional**".

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 2017,¹³ 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.

¹³ Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escruceña Mayolo.



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 parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar. Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

ARTÍCULO 2º La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios



recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

Cabe señalar que la citada norma fue **adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006**¹⁴, 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

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.



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

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

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

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

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

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

Igualmente, vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los



funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución." (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 Estado¹⁵ 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**¹⁶.

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:

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.



“...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 2006¹⁷ fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes¹⁸, 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 2006¹⁹, 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

¹⁷ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

¹⁸ Artículo 150 de la Constitución Política.

¹⁹ «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.»



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:

“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 Estado²⁰, ha manifestado:

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

4.6. De la prescripción en materia de sanción moratoria

²⁰ 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.

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

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

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

5. Caso concreto.

5.1 Hechos relevantes probados

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

- ✓ Obra en el expediente digital Resolución 1894 de 2014, proferida por la Secretaría de Educación de Bolívar, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial a la docente ROCÍO ISABEL TORRES MIER, según petición radicada bajo el número 2014-CES-004993 de fecha 25 de febrero del 2014. Así se encuentra contenidos en el acto de reconocimiento de la prestación. (01ExpedienteEscaneado folios digitales 23-25)
- ✓ Obra en el expediente digital recibo de pago de las cesantías parciales emitido por el pagador Banco BBVA donde consta que dichos dineros se colocaron a disposición de la actora desde el 29 de enero de 2015 y pagados el 09 de febrero de 2015 a favor de esta. (01ExpedienteEscaneado folio digital 27)



- ✓ Obra en el expediente digital certificación pago de cesantía parcial, proferida por la Fiduprevisora, en el que consta que dichos dineros se colocaron a disposición de la actora desde el día 29 de enero de 2015. (02ContestacionFomag folio digital 22)

- ✓ 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 23 de agosto de 2017. (01ExpedienteEscaneado folios digitales 21-22)

- ✓ Obra en el expediente Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios Consecutivo No. 21793 proferido por el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que consta como asignación básica del año 2014 el valor de \$1.305.676.00 (01ExpedienteEscaneado folios digitales 30-31)

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 23 de noviembre de 2017, que negó el derecho a pagar la sanción por mora a la accionante producto de la solicitud radicada el día 23 DE AGOSTO DE 2017 ante la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; como restablecimiento del derecho solicita se reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

El Juez de primera instancia concedió 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. Así mismo declaró probada de manera parcial la prescripción respecto de las sumas correspondientes a los días de mora generado por la tardanza en el pago de



las cesantías del demandante, por lo cual, resolvió que la actora sólo tendrá derecho al pago de la suma correspondiente a los días de moras causados entre el 23 de agosto de 2014 y el 28 de enero de 2015, día anterior a la fecha en que estuvo disponible el dinero para el pago de las cesantías, lo cual, a criterio del A quo, equivale a 159 días de mora, teniendo como base de liquidación, el salario vigente devengado por la parte demandante al momento de la causación de la mora, esto es el salario del año 2014, acreditado en el expediente de \$1.305.676.00.

Por otro lado, encontró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Bolívar, puesto que las Secretarías de Educación Territoriales solo se limitan al reconocimiento y expedición de los actos administrativos que reconocen derechos prestaciones en favor de los docentes y por último, negó la pretensión de indexación de las sumas a que fue condenada la entidad.

La parte accionante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque parcialmente la parte resolutive del fallo, sobre la prescripción parcial del derecho solicitado, argumentando que, la señora ROCÍO ISABEL TORRES MIER solicitó las cesantías a fecha 25 de febrero de 2014, siendo el plazo de pago oportuno el día 10 de junio de 2014, no obstante, ello, dicho pago se realizó solo hasta el 29 de enero de 2015, razón por la que la demandante formuló petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria el día 23 de agosto de 2017, obteniendo como respuesta el silencio de la administración. Así que, a raíz de lo anterior, se tiene entonces que la señora ROCÍO ISABEL TORRES MIER, al solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria interrumpió el término de prescripción, es decir, tiene derecho al pago de la sanción moratoria desde el 10 de junio de 2014 hasta el 29 de enero de 2015, fecha última en la que se canceló de forma extemporánea las cesantías y concluye la accionante, aclarando que para efectos de definir si operó o no el fenómeno de la prescripción, los tres años deben contarse a partir de la fecha del pago de las cesantías y no la fecha en que las mismas debieron ser canceladas, por lo que a criterio del accionante, no existe prescripción del derecho solicitado.

La parte accionada, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando se revoque su segundo y tercer punto de la parte resolutive del fallo, sobre la prescripción parcial de las acreencias causadas, y

en su lugar declarar la prescripción total y no imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia, argumentando que, entre la fecha en la que se causó la mora 11 de junio 2014 y la fecha de la solicitud de la sanción moratoria 23 de agosto de 2017, transcurrieron Tres (03) años, Dos (02) Meses y Catorce (14) días, por lo que se le debe aplicar lo previsto en el artículo 151 del C.P.L.

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.

5.2.1. De la prescripción extintiva del derecho

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

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

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

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



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

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

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

Radicación de la solicitud	25-02-2014
Término para resolver la solicitud (15 días)	Hasta el 18-03-2014
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	Hasta el 02-04-2014
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 10-06-2014
Exigibilidad de la sanción	A partir del 11-06-2014
Fecha en que se colocó a disposición	29-01-2015
Pago de las cesantías	09-02-2015
Radicación solicitud de pago de sanción	23-08-2017

En ese orden, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías se hizo exigible a partir del 11 de junio de 2014, por lo que la accionante contaba hasta el 11 de junio de 2017 con la posibilidad de reclamarla. Sin embargo, en el plenario se puede observar que la solicitud de pago de la misma se elevó ante la entidad accionada, solo hasta el 23 de agosto de 2017, habiendo transcurrido más de los tres (3) años previstos en la ley, operando de esta forma la extinción del derecho por prescripción.

Por todo lo anteriormente expuesto la Sala revocará la sentencia de fecha veinticinco (25) de noviembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, y en su

lugar se declarará probada la excepción de PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL DERECHO y como consecuencia de ello, se negarán las pretensiones de la demanda

5.3. Condena en costas en segunda instancia

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

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

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

VI. FALLA

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

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

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

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



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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA