

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

### **I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.**

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13001-33-33-014-2019-00261-01
<b>Demandante</b>	NADIME DEL CARMEN ALCÁZAR ROA
<b>Demandado</b>	NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
<b>Tema</b>	SANCION MORATORIA - DOCENTE
<b>Magistrado Ponente</b>	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 catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

### **III. ANTECEDENTES**

#### **1. LA DEMANDA<sup>1</sup>**

##### **1.1 PRETENSIONES**

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

*"I. PETICIONES*

*DECLARACIONES*

- 1. Declarar la existencia de un acto ficto configurado el día 28 DE DICIEMBRE DE 2018, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 28 DE SEPTIEMBRE DE 2018, pago tardío de las cesantías a mi representado.*
- 2. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 28 DE DICIEMBRE DE 2018, frente a la petición presentada el día 28 DE SEPTIEMBRE DE 2018, en cuanto negó el derecho a pagar*

<sup>1</sup> 01Demanda Folios Digitales 1-20



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 03 de noviembre de 2017 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 resultas del proceso), el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho.
- Indica el actor que mediante Resolución 0934 del 13 de marzo de 2018 le fue reconocida la cesantía deprecada; el 31 de mayo de 2018 fue pagada mediante entidad bancaria.
- Señala el demandante que el 28 de septiembre 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.<sup>2</sup>**

### **2.1. DEPARTAMENTO DE BOLIVAR**

Mediante escrito allegado el 06 de octubre de 2020 el DEPARTAMENTO DE BOLIVAR 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 encontrarlas infundadas y temerarias y a su vez solicitó que se condene en costas a la parte actora.

Aceptó como ciertos únicamente los hechos relacionados con la solicitud de cesantías y con la expedición del acto de reconocimiento de las mismas, aceptó como cierto parcialmente el hecho 8 el cual se refiere a la solicitud de las cesantías. No aceptó como ciertos los hechos 6 y 7 al expresar que no son hechos sino citas de normas y jurisprudencia respectivamente.

Señala además que las actuaciones que se realizaron para dar trámite al reconocimiento de las cesantías no fueron efectuadas únicamente por la Secretaria de Educación Departamental sino también por la FIDUPREVISORA SA, por lo que argumenta que en ningún momento existió mala fe para que se generara la sanción moratoria que alude el actor.

Acota además que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria no es algo que se dé de carácter automático debido a la presunción de buena fe hacia el empleador.

Afirma, además, que no es del recibo sancionar al Departamento de Bolívar ya que en el trámite de reconocimiento y pago de la cesantía docente el Departamento de Bolívar a través de la Secretaría Departamental es un mero operador administrativo pero la obligación legal está a cargo de Fomag.

Por último, propuso además las excepciones de mérito de:

---

<sup>2</sup> 01EpedienteDigitalizado Folios digitales 42-50

- ✓ Falta de legitimación en la causa por pasiva
- ✓ Innominada

## **2.2. LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO <sup>3</sup>**

La NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Mediante escrito allegado el día 13 de noviembre de 2020, a través de apoderado, contestó la demanda de manera **EXTEMPORANEA**, donde 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 definitivas recae sobre de la entidad territorial y dichos términos se deben tomar de lo establecido en la Ley 1071 de 2006 y no del Decreto 2831 de 2005, ya que al ser contradictorio lo estipulado en ambas normatividades debe prevalecer lo contemplado en la Ley 1071 de 2006.

Así mismo, aclara la entidad demandada que en el evento que se emita una sentencia condenatoria en su contra, la sanción por mora no deberá ser superior a 91 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 22 de mayo de 2018 y no el 31 de mayo de 2018 como lo señala erradamente la parte demandante.

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

---

<sup>3</sup> 01EpedienteDigitalizado Folios digitales 60-73

- ✓ Prescripción

Propuso además las excepciones de mérito de:

- ✓ Buena fe
- ✓ Culpa exclusiva de un tercero
- ✓ El término señalado como sanción moratoria a cargo del fomag es menor al que señala la parte demandante
- ✓ Excepción genérica

### **3. Sentencia apelada.<sup>4</sup>**

Mediante sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020), el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió conceder las pretensiones de la demanda excepto a la relativa a la indexación de las sumas a que fue condenada la entidad, teniendo en cuenta que en el sub iudice 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 20 de febrero del 2018, día siguiente al vencimiento del plazo para su cancelación y hasta el 30 de mayo de 2018, día anterior a la fecha en que fueron efectivamente canceladas, lo cual, a criterio del A quo, equivale a 100 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 2018, acreditado en el expediente de \$3.641.927.00.

En síntesis, el A quo resolvió:

**“PRIMERO:** PRIMERO: Declárese la existencia del acto ficto surgido de la falta de respuesta a la petición radicada el 28 de septiembre de 2018 por la señora Nadime del Carmen Alcazar Roa través de apoderada, mediante el cual se

---

<sup>4</sup> 02EpedienteDigitalizado Folios digitales 64-73



*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:** *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 Nadime del Carmen Alcázar Roa, la suma dineraria correspondiente a cien(100) días de salario básico al tiempo en que se comenzó a causar la mora, conforme fue explicado en el caso concreto.*

**TERCERO:** *Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Bolívar.*

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

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

**SEXTO:** *No hay lugar a condena en costas.*

**SÉPTIMO:** *Ejecutoriada esta providencia expídanse por secretaría las copias respectivas que permitan su ejecución. Cumplido lo anterior archívese el expediente.”*

#### **4. Recurso de apelación.**

##### **4.1. De la parte accionada.<sup>5</sup>**

La parte accionada, a través de su apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque su segundo punto de la parte resolutive del fallo, 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

<sup>5</sup> 02ExpedienteDigitalizado Folios digitales 76-77

de las cesantías, desde el 20 de febrero del 2018, día siguiente al vencimiento del plazo para su cancelación y hasta el 21 de mayo de 2018, día anterior a la fecha en que fueron efectivamente canceladas, 22 de mayo de 2018, lo cual, a criterio de la parte demandada equivale a 91 días de mora y no 100 días del A quo, equivale a 100 días de mora, como así lo considera el A quo en su fallo, quien explica que la mora se configuró desde el 20 de febrero de 2018 y hasta el 30 de mayo de 2018.

## **5. Trámite procesal de segunda instancia.**

Mediante auto de fecha veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada<sup>6</sup>

Mediante auto de fecha diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022) se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.<sup>7</sup>

## **6. Alegatos de Conclusión**

### **6.1 Parte Demandante<sup>8</sup>**

La parte accionante en su escrito de alegatos de conclusión, cita diferentes jurisprudencias que sustentan su teoría, y que con respecto al caso en concreto se puede establecer que la docente NADIME DEL CARMEN ALCÁZAR ROA solicitó el reconocimiento y pago de su cesantía parcial para reparación de vivienda el día 03 de noviembre de 2017, y que Mediante Resolución 0934 de 13 de marzo de 2018 se reconoció y ordenó pagar una cesantía parcial.

Finalmente señala que de conformidad con lo expuesto en la sentencia de unificación del 18 de Julio de 2018, se puede establecer que los 15 días para la expedición de la Resolución 0934 de 13 de marzo de 2018 finiquitaron el 28

---

<sup>6</sup> 04AdmisionRecursoApelacion

<sup>7</sup> 07TrasladoAlegatosConclusion

<sup>8</sup> 11AlegatosDemandante



de noviembre de 2017. Los 10 días de ejecutoria vencieron el 13 de diciembre de 2017 y, los 45 días para el pago oportuno fenecieron el 19 de febrero de 2018; causándose una sanción moratoria desde el 20 de febrero de 2018 al 31 de mayo de 2018 para un total de 101 días, liquidables con la asignación básica del año 2018 equivalente a \$3.641.92700.

Por lo que atendiendo a esto, solicita que sea aplicada la mencionada sentencia para la decisión que tome, y por consiguiente acceda al reconocimiento y pago de la sanción moratoria desde el 20 de febrero de 2018 hasta el 31 de mayo de 2018, contabilizándose así un total de 101 días, sin ocasión a que se haya configurado prescripción del derecho invocado dado que el término de este fue interrumpido con la presentación de la demanda el 20 de noviembre de 2019.

## **6.2 Parte Demandada - Gobernación de Bolívar<sup>9</sup>**

La parte accionada en su escrito de alegatos de conclusión solicita que se resuelva desfavorable al demandante y se archive el expediente, teniendo en cuenta que el Departamento de Bolívar a través de la Secretaria de Educación Departamental es un mero operador administrativo que proyecta los actos administrativos relativos a las prestaciones económicas a cargo del fondo para que luego pasar al visto bueno de la entidad financiera encargada de su manejo y administración, por lo que finalmente considera que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

## **6.3. Parte demandada – La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio <sup>10</sup>**

La accionada en su escrito señala ratificarse en lo expuesto en el escrito de recurso de apelación, en el cual señala que los días de mora no son 100 como lo señala el A quo, sino son 91 días debido a que los dineros estuvieron a disposición desde el 22 de mayo de 2018 y no desde el 31 de mayo de 2018.

---

<sup>9</sup> 09AlegatosGobernacion

<sup>10</sup> 12AlegatosFiduprevisora



Así mismo, señala que no realizó actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, por lo que solicita se derogue y/o modifique el segundo punto de la sentencia de primera instancia sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y no imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia.

#### **6.4. Concepto Procuraduría 22 Judicial II Administrativa**

El agente en su escrito, señala que se debe confirmar la sentencia objeto de recurso de apelación, toda vez que al personal docente si le asiste derecho a la sanción moratoria reclamada. Además que respecto a la redacción de la norma las entidades estaban pretendiendo dilatar su pago por lo que el Honorable Consejo de Estado por vía de jurisprudencia, ha señalado de manera reiterada, que se incurre en mora cuando transcurridos sesenta y cinco (65) días desde la fecha de la solicitud de pago sin que este se produzca, comenzará a correr la sanción, independientemente de que se haya o no, reconocido el derecho.

### **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

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

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **1. Competencia**

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

## 2. Problema jurídico

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

*Establecer si es procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías teniendo en cuenta que según el criterio del recurrente, la misma corresponde a noventa y un (91) días de mora y no cien (100) como lo plasmo el A que en su fallo?*

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

## 3. Tesis.

Esta Sala de Decisión confirmará la sentencia apelada, en cuanto a que el número de días a tener en cuenta para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de la actora son 100 días como lo señaló el a quo en la sentencia recurrida y se modificará el numeral segundo de la parte resolutive de dicho fallo, en el sentido de precisar que el valor a pagar por concepto de sanción moratoria, a la suma de \$12.139.757,00.

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

## 4. Marco normativo y jurisprudencial.

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

Lo primero que debe precisar la Sala es que los docentes, no son servidores públicos pero se les asimiló a empleados públicos en el sentido de que aunque no hacen parte de tal categoría, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2º) los define como 'empleados oficiales de régimen especial'; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2º 105, párrafo

2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales<sup>11</sup>.

Respecto de las cesantías, las mismas corresponden a una prestación social que se origina en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda.

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

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

De acuerdo con lo anterior, los docentes oficiales se agrupan en: (i) **personal nacional**, el cual reúne a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; (ii) **nacionalizado**, entendiéndose integrado por el personal vinculado mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional C- 741-2012



de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975<sup>(12)</sup>; 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<sup>(13)</sup> 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.<sup>14</sup>

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.*

---

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Corresponde a una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tiene más del 90% de capital.



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

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

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

Al respecto recalcó:

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



*Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.*

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

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

La Corte Constitucional en Sentencia SU 336 de 2017,<sup>15</sup> 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).

---

<sup>15</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escruceía Mayolo.



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<sup>16</sup>**, 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 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.*

---

<sup>16</sup> Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.



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

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

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

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." (Negrillas 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 Estado<sup>17</sup> ha sostenido que una vez efectuada la liquidación y reconocimiento de las

---

<sup>17</sup> 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.



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**<sup>18</sup>.

#### **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*

<sup>18</sup> 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.



**especiales; no obstante, dado que la Ley 1071 de 2006<sup>19</sup> fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes<sup>20</sup>, y de otro lado, el decreto señalado ser expedido por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria.**

46. Aunado a lo anterior, la Sala considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006<sup>21</sup>, 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:

---

<sup>19</sup> «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.»

<sup>20</sup> Artículo 150 de la Constitución Política.

<sup>21</sup> «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.».



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

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

La Corte Constitucional, declaró inexecutable esta disposición refiriendo:

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

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

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

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

*En otros términos, cuando el artículo 19 de la ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe*



aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.

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

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

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

#### **4.4. 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 Estado<sup>22</sup>, 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*

<sup>22</sup> 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.



*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 0934 de 2018, 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 NADIME DEL CARMEN ALCAZAR ROA, según petición radicada bajo el número 2017-CES-500013 del 03 de noviembre de 2017. Así se encuentra contenidos en el acto de reconocimiento de la prestación. (01ExpedienteDigitalizado folios digitales 23-24)
- ✓ Obra en el expediente digital volante de pago de nómina de cesantías parciales de fecha 07 de junio de 2022, cancelado por Fiduprevisora a través del Banco BBVA de cesantía parcial, proferida por la Fiduprevisora, en el que consta que el pago de las cesantías a favor de la parte actora por valor de \$15.285.641,00. (01ExpedienteDigitalizado folios digitales 26)
- ✓ 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 03 de noviembre de 2017. (01ExpedienteDigitalizado folios digitales 19-20)
- ✓ Obra en el expediente Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios Consecutivo No. 43504 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.oo. (01ExpedienteDigitalizado folios digitales 28)



- ✓ Obra en el expediente Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral Consecutivo No. 43508 proferido por el Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio. (01ExpedienteDigitalizado folios digitales 30)

## **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 28 de diciembre de 2018, que negó el derecho a pagar la sanción por mora a la accionante producto de la solicitud radicada el 03 de noviembre 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 declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Departamento de Bolívar, negó la pretensión de indexación de las sumas a que fue condenada la entidad y concedió las demás pretensiones de la demanda, argumentando que el sub iudice 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 20 de febrero del 2018, día siguiente al vencimiento del plazo para su cancelación y hasta el 30 de mayo de 2018, día anterior a la fecha en que fueron efectivamente canceladas, lo cual, a criterio del A quo, equivales a 100 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 2018, acreditado en el expediente de \$3.641.927.00



La parte accionada, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando se revoque su segundo punto de la parte resolutive del fallo, sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, y no imponer condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia, señalando que se debe reconocerle al demandante la sanción por mora equivalente a 91 días y no 100 días, como lo consignó el A quo en su fallo, debido a que la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías a la parte demandante fue radicada ante la entidad accionada, el 03 de noviembre de 2017, venciendo a los 70 días, esto es, el 19 de febrero de 2018, por lo que la causación de la mora se inició el 20 de febrero de 2018 y hasta el 21 de mayo de 2018, día anterior a la fecha en la que la misma se colocó a disposición de la demandante, el 22 de mayo de 2018.

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	<b>03-11-2017</b>
Término para resolver la solicitud (15 días)	<b>Hasta el 28-11-2017</b>
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	<b>Hasta el 13-12-2017</b>
Pago de la obligación (45 días)	<b>Hasta el 19-02-2018</b>

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.

Ahora bien, para establecer el número de días en que la parte accionada, FOMAG, incurrió en mora, observa la Sala que el a quo no valoró las pruebas presentadas por la parte accionada, FOMAG, como quiera que su escrito de contestación y los anexos al mismo fueron presentado de manera EXTEMPORANEA; siendo así las cosas, esta Sala, teniendo en cuenta que en la prueba aportada por el demandante, visible en (01ExpedienteDigitalizado folio digital 26), se encuentra acreditado el pago de las cesantías parciales a favor del actor el día 07 de junio de 2018, en el Banco BBVA, estando a disposición para su pago a partir del 31 de mayo de 2018, tenemos que el número de días en que se retardó el pago de las cesantías son 100 días, es decir, desde el **desde el 20 de febrero de 2018 hasta el 30 de mayo de 2018**

En este orden, precisa la Sala que como en el sub judice, las cesantías reclamadas son parciales, por lo que la sanción por mora debe pagarse con



el salario vigente al momento de causarse la mora (**el 20 de febrero de 2018**); 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	\$3.641.927,00
Salario básico diario devengado en el año 2018	\$121.397,57
Número de días de mora	100
Total a cancelar por concepto de sanción moratoria	\$12.139.757

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia recurrida, y modificará el numeral segundo de la parte resolutive, en el sentido de liquidar el valor a pagar a la actora, por concepto de sanción moratoria.

### **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 demandada 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 ese orden, al reunirse los presupuestos contemplados en las normas en cita, no es posible acceder a la solicitud de la accionada de no condenar en costas de segunda instancia.

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: MODIFICAR** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena; el cual quedará así:

**“SEGUNDO:**

(...)

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

*Reconocer y pagar a favor de la parte demandante, señora NADIME DEL CARMEN ALCAZAR ROA, identificada con la cedula de ciudadanía No. 23.137.081, la suma de **\$12.139.757,00**, por concepto de sanción moratoria prevista en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.”*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

**TERCERO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandada. Liquidense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.; incluyendo las agencias en derecho; de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**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**