



Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

Cartagena de Indias, D. T. y C., siete (07) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.	13001-33-33-005-2017-00083-01
Demandantes	RODOLFO HENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE Y ANA MARIA MARTELO MORANTE
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión No. 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, contra la sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1. 1. HECHOS

1.1.1 El día 08 de agosto de 2014 con radicado 2014-CES-028976, el señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a que tenía derecho por laborar como docente.

1.1.2 Por medio de Resolución 2158 del 21 de julio de 2015, y notificada el día 19 de agosto de 2015 le fueron reconocidas las cesantías solicitadas.

1.1.3 El día 08 de octubre de 2015 fueron canceladas las cesantías con una mora de 336 días.

1.1.4 La señora ANA MARIA MARTELO MORANTE solicitó el 08 de abril de 2014 con radicado No. 2014-CES-011117, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas que tenía derecho por laborar como docente.

1.1.5 Por medio de Resolución No. 2157 del 29 de septiembre de 2014, notificada el 12 de diciembre de 2014, se le fueron reconocidas las cesantías solicitadas.

1.1.6 El día 10 de febrero de 2015 le fueron canceladas las cesantías reconocidas con una mora de 215 días.

1.1.7 El día 14 de marzo de 2016, mediante correo certificado, los demandantes solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

artículo 2 de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sin que a la fecha se haya notificado decisión alguna.

1.2. PRETENSIONES

Se declare la nulidad del acto ficto resultante de la petición elevada el 14 de marzo de 2016, por medio del cual se negó a los demandantes el pago de la sanción por mora, equivalente a un día de salario por cada día de retardo. Que en consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho: **i)** se condene a la demandada a reconocer y pagar la sanción por mora a los señores RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE y ANA MARÍA MARTELO MORANTE, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías definitivas; y **ii)** se condene a la demandada en costas y al pago de intereses moratorios respectivos.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE VIOLACIÓN.

Como normas violadas citó el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, modificado por Ley 1071 de 2006.

En síntesis, señala que la entidad demandada omitió el incumplió con los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los demandantes, esto es, los 65 días hábiles de que trata la Ley 244 de 1995, por lo que debe reconocerse la sanción prevista por el legislador, la cual es procedente con solo acreditar la no cancelación de las cesantías dentro de los 65 días hábiles a la solicitud de las mismas.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

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

Dicha entidad presentó escrito de contestación de manera extemporánea.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹.

Mediante sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Indicó que conforme a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, y bajo el principio de favorabilidad e igualdad material, a los docentes por tener la calidad de servidores públicos, también resulta aplicable la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, la cual se genera luego de transcurrido los 70 días hábiles siguientes a la solicitud de cesantías, sin que la administración reconozca y pague dicha prestación.

¹ Fl. 106-111.



Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

Precisó que si bien las leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005 establecieron un procedimiento especial para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tal especialidad no implica que puedan retardar el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes.

En sentido, indicó que para el caso de la señora ANA MARÍA MARTELO MORANTE, al haberse solicitado el pago de las cesantías, el día 08 de abril de 2014, el plazo que tenía el FOMAG para reconocer y pagar las cesantías parciales del actor se extendía hasta el 23 de julio de 2014, y sin embargo sólo fueron pagadas hasta el 29 de enero de 2015, razón por la cual se verificó que la administración incurrió en mora desde el 24 de julio de 2014 al 28 de enero de 2015, esto es, 185 días de mora.

Respecto del señor RODOLFO HENRIQUE SARMIENTO BAHUQUE, indicó que al haber solicitado sus cesantías el día 08 de agosto de 2014, el plazo que tenía el FOMAG para reconocer y pagar las cesantías parciales del actor se extendía hasta el 20 de noviembre de 2014, y sin embargo sólo fueron pagadas hasta el 23 de septiembre de 2015, razón por la cual se verificó que la administración incurrió en mora desde el 21 de noviembre de 2014 al 22 de septiembre de 2015, esto es, 332 días de mora.

Como consecuencia de lo anterior, declaró la nulidad del acto ficto acusado, ordenó la cancelación de la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías parciales solicitadas y reconocidas a los actores, negó la indexación de la condena por ser improcedente, e indicó que el presente caso no se configuró prescripción alguna del derecho.

4. RECURSO DE APELACIÓN.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO².

De la lectura detallada de los argumentos de impugnación, evidencia la Sala que la entidad accionada no fue precisa al atacar el fallo de primera instancia; sin embargo, se refirió de manera general a las competencias del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio con respecto a las prestaciones sociales de los docentes y se deduce que discrepa del fallo en los siguientes aspectos:

- a) El procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que está consagrado en el Decreto 2831 de 2005 que reglamentó el inciso 2 del inciso 3 y el numeral 6 del artículo 7º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, de tal manera que no es dable aplicar la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

² Fl. 115-124





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

b) En el fallo se procedió “equivocadamente a sancionar a la Nación –Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo al artículo 81 de la Ley 1669 de 2015 quien carece de competencia y facultades para variar algún derecho que ha sido reconocido directamente por el respectivo ente territorial; es precisamente este último a través de su Secretaría de Educación, el encargado de comparecer al proceso, por ostentar y ejercer actualmente la potestad nominadora, la administración de la educación educativa y del personal docente y administrativo de los planes educativos y es quien expidió el acto administrativo objeto de la demanda, por medio del cual se procedió a decidir la vacancia definitiva que venía desempeñando”.

No se analizó por el Despacho el hecho de que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad demandada, como quiera que tanto el reconocimiento de la pretensión como la negación del pago de la sanción moratoria se realizó por parte de la Secretaría de Educación y no contiene la manifestación de la voluntad del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio...”

Con fundamento en lo anterior, se tendrán en cuenta estos dos argumentos para resolver la alzada con respecto a la entidad accionada, porque el Superior se encuentra limitado con respecto a los mismos para decidir en segunda instancia.

5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto del quince (15) de junio de 2018³, se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días, para que alegaran de conclusión y rindiera concepto de fondo, respectivamente.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandada. FOMAG⁴.

Reiteró los argumentos expuestos en su escrito de apelación.

6.2. Parte demandante.⁵

Solicitó se mantenga incólume la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2017 emitida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, por estar conforme a derecho. Señala que no le asiste razón a la parte demandada, pues si bien los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra regulada por una norma, esto es, la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, que no contempla sanción moratoria, considera en virtud del principio de favorabilidad laboral, que debe reconocerse a los actores la sanción moratoria establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por

³ Fl 148

⁴ Fl 157-162.

⁵ Fl 151-156





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

tener la calidad de servidores públicos bajo el principio de igualdad y favorabilidad laboral.

7. Concepto del Ministerio Público.

No emitió concepto.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas. Así mismo, se tiene que revisado el expediente no se observa irregularidad alguna que impida decidir de fondo la alzada, toda vez que en el trámite de la segunda instancia también se respetaron las reglas del debido proceso.

III. 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 los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problemas jurídicos.

Atendiendo a que el Juez de Segunda instancia está limitado a los argumentos expuestos en el recurso de apelación y a que en el caso concreto el apelante único es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual alegó que no es la autoridad competente para reconocer y pagar la sanción moratoria en los términos previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, la Sala habrá de resolver los siguientes interrogantes que tienden a la defensa de dicha entidad y del ordenamiento jurídico⁶:

¿La sentencia de primera instancia se debe revocar, porque el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no es competente para reconocer y pagar

⁶ Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección A. C. P MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Fecha: doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00877-01 (49989).

"Como de manera reiterada lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Corporación⁶, la competencia del juez de segunda instancia se rige por el principio de congruencia⁶, en virtud del cual la alzada se decide a partir de los cargos planteados contra la decisión recurrida, en tanto que con estos se indica cuáles fueron los yerros o desaciertos en los que se incurrió al resolver la *litis* presentada, salvo que se trate de circunstancias sin las cuales no sea posible decidir o de las susceptibles de ser declaradas de oficio, toda vez que estas son consustanciales a la labor de defensa del ordenamiento jurídico⁶".





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 a favor de los docentes oficiales, derivada del no pago oportuno de sus cesantías parciales?

En caso de que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sea competente para reconocer y pagar la sanción moratoria referida, debe la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos asociados:

¿Cuál es el procedimiento que se debe cumplir para computar los días que tiene la entidad para el pago de cesantías y el correspondiente reconocimiento de la sanción moratoria?

¿En el caso concreto, operó la prescripción prevista en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, que por analogía se aplica a la sanción moratoria por el retardo en el reconocimiento y pago de cesantías a docentes, conforme las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia, pues le asiste razón a la A quo al concluir que el competente para reconocer y pagar a favor de los docentes oficiales de las entidades territoriales la sanción moratoria en el pago de las cesantías prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Precisando que, en la sentencia de primera instancia la Juez reconoció unos días de mora superiores a los que realmente se causaron en el caso del demandante RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHUQUE, por lo que se modificará la decisión en ese sentido.

Así mismo se sustentará que en el caso de la demandante ANA MARÍA MARTELO MORANTE, la Juez reconoció unos días de mora inferiores a los que realmente se causaron, pero como el accionante no apeló la sentencia, la Sala, bajo el principio de la *no reformatio in peius* del apelante único FOMAG, no modificará la decisión dado que empeoraría la situación de esta entidad.

De igual manera y frente a la prescripción, la Sala concluye que no operó este fenómeno, como acertadamente lo advirtió la A quo.

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



Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

(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 territoriales⁷.

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, los docentes oficiales se agrupan en: (i) **personal nacional**, el cual reúne a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; (ii) **nacionalizado**, entendiéndose integrado por el personal vinculado mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975⁽⁸⁾; 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⁽⁹⁾ 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

⁷ Corte Constitucional C- 741-2012

⁸ 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.

⁹ 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.





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

docente **nacional y nacionalizado** estaría a cargo de la Nación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG.¹⁰

Los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en el cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías y cuyo tenor dispone lo siguiente:

“Artículo 15: Numeral 3. Cesantías.

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

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

¹⁰ 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.



Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

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 2017,¹¹ 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- en sentencia de Unificación SUJ-012-S2 de fecha 18 de Julio de 2018 volvió a acoger esta posición que ya venía adoptando desde la 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), en las que se precisa 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, la Sala debe recalcar 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:

¹¹ Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escudero Mayolo.





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

“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 2006¹², así:

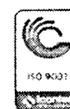
“Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.

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.

Artículo 3º. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2º 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.

¹² 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.





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

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." (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 existe 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.





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

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.

De la Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 de fecha 18 de Julio de 2018 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en pleno:

En esta sentencia, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado unificó Jurisprudencia en el tema de la sanción moratoria de cesantía en favor de los docentes en los siguientes aspectos:

“Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el

¹³ Artículos 68 y 69 CPACA.





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

4.3 Sobre la no 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.

Sobre este aspecto, el H. Consejo de Estado-Sección Segunda, en reciente pronunciamiento del **diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)**, abordó el tema de la normatividad en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes oficiales, así:

*“...De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que para el reconocimiento y pago de los afiliados al FOMAG, **el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, previó unos términos especiales; no obstante, dado que la Ley 1071 de 2006¹⁴ fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes¹⁵, y de otro lado, el decreto señalado ser expedido por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria.**”*

46. Aunado a lo anterior, **la Sala considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006¹⁶, para la sanción moratoria**

¹⁴ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

¹⁵ Artículo 150 de la Constitución Política.

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





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

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." (Négrillas 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:



Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

"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, recordó:

*"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 De los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Sobre este tema, la Sala tendrá en cuenta la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda del Consejo de Estado en la que ha venido sosteniendo que "no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no solo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]¹⁷

4.5 Sobre la prescripción.

La prescripción es el fenómeno a partir del cual, el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, conforme a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten. En el evento de la prescripción extintiva, se hace referencia al deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial fijado en la ley; es decir, si los derechos que se han adquirido no se solicitan en un determinado lapso fijado por una norma, se pierde la oportunidad para ejercerlos ante la ausencia del interés que presume el legislador, por parte de quien ostenta el derecho.

En el caso concreto, las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 no consagraron expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, lo cual no significa que la misma sea imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles, por analogía se aplicará el artículo 151 del C.P.T.¹⁸

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados respecto del señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE.

5.1.1 El señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUES estuvo vinculado a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar como docente de vinculación nacional, **desde el 22 de agosto de 1990 al 25 de abril de 2014** (Fl. 20).

5.1.2 El día **08 de agosto de 2014**, solicitó reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a que tenía derecho por laborar como docente del Departamento de Bolívar. (Folio 20).

5.1.3 Mediante **2158 del 28 de julio de 2015**, la Secretaría de Educación de Bolívar, en nombre y representación de la Nación (entiéndase Ministerio de Educación Nacional)- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó reconocer y pagar la suma de **\$8.345.489** por concepto de liquidación de cesantías definitivas. (Fl. 20-21).

5.1.4 Dicha Resolución fue notificada personalmente el **19 de agosto de 2015**, según sello de diligencia de notificación (Fl. 21 reverso), no habiendo constancia de que contra la misma se interpusiera recurso de reposición dentro de los 10 días

¹⁷Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, 12 de diciembre de 2017, radicado: 73001-23-33-000-2014-00657-01(3797-15)

¹⁸ « [...] 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 patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual. [...]».





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

hábiles siguientes a su notificación, conforme se concedió en el artículo 3 de la misma.

5.1.5 Según desprendible de pago expedido por el Banco BBVA (Fl. 19), el **23 de septiembre de 2015**, la Fiduciaria La Previsora consignó las cesantías definitivas que le fueron reconocidas mediante Resolución 2158 del 28 de julio de 2015 por la suma de **\$8.345.489** a favor del señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHUQUES.

5.1.6 El **15 de marzo de 2016**, a través de correo certificado, el señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHUQUES y la señora ANA MARÍA MARTELO MORANTE, presentaron, petición solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley 1071 de 2006. (Fl. 10-17). Dicha petición fue resuelta negativamente mediante acto ficto.

5.2 Hechos relevantes probados respecto de la señora ANA MARÍA MARTELO MORANTE.

5.2.1 La señora ANA MARÍA MARTELO MORANTE estuvo vinculada a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar como docente de vinculación nacional, **desde el 10 de marzo de 1977 al 3 de marzo de 2014** (Fl. 29).

5.1.2 El día **08 de abril de 2014**, solicitó reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a que tenía derecho por laborar como docente del Departamento de Bolívar. (Folio 29).

5.1.3 Mediante **2157 del 29 de septiembre de 2014**, la Secretaría de Educación de Bolívar, en nombre y representación de la Nación (entiéndase Ministerio de Educación Nacional)- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó reconocer y pagar la suma de **\$45.852.806** por concepto de liquidación de cesantías definitivas. (Fl. 29-30).

5.1.4 Dicha Resolución fue notificada personalmente el **12 de diciembre de 2014**, según sello de diligencia de notificación (Fl. 30), no habiendo constancia de que contra la misma se interpusiera recurso de reposición dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación, conforme se concedió en el artículo 3 de la misma.

5.1.5 Según desprendible de pago expedido por el Banco BBVA (Fl. 37), el **29 de enero de 2015**, la Fiduciaria La Previsora consignó las cesantías definitivas que le fueron reconocidas mediante Resolución 2157 del 29 de septiembre de 2014 por la suma de **\$45.852.806** a favor de la señora ANA MARÍA MARTELO MORANTE.

5.1.6 El **15 de marzo de 2016**, a través de correo certificado, la señora ANA MARÍA MARTELO MORANTE y el señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHUQUES, presentaron, petición solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley 1071 de 2006. (Fl. 10-17). Dicha petición fue resuelta negativamente mediante acto ficto.

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





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

Teniendo en cuenta los problemas jurídicos formulados conforme a la alzada, la Sala, precisa que, frente al principal y conforme se expuso en el marco normativo de esta providencia, la sentencia de primera instancia se debe confirmar en cuanto declaró que resulta procedente reconocer a favor de la demandante sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales conforme las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y que la competencia para el reconocimiento y pago está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se llega a la anterior conclusión porque, la Ley 91 de 1989, es clara al indicar que las prestaciones sociales que pague el Fondo *serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional, función que se delegará* de tal manera que se realice en las entidades territoriales. Es decir, las Secretarías de Educación departamentales o distritales, se convierten en el instrumento idóneo para racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no siendo viable por lo tanto atribuirle responsabilidad a quien actúa en delegación por expresa disposición normativa y en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confiere la ley en cita.

Por lo anterior, se precisa que no puede atribuírsele a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, obligaciones que la ley no le ha conferido, pues como se analizó, sus funciones se limitan a la proyección y suscripción de los actos administrativos que reconozcan o nieguen prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio, más no le corresponde efectuar o materializar el pago que de ellos emane, toda vez, que es la Fiduciaria con quien ha contratado previamente la Nación – Ministerio de Educación Nacional la que está obligada a tal cometido.

Así las cosas, esta Sala considera que fue acertada la decisión de primera instancia al dirigir la condena a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con lo cual se resuelve el primero problema jurídico. Aclara la Sala que, como quiera que en el trámite administrativo interviene la Secretaría de Educación del respectivo ente territorial, ello, podría conllevar a las correspondientes responsabilidades de orden disciplinario y fiscal en que podrían verse incurso los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a ello hubiere lugar, sin que varíe la competencia en el responsable del pago y reconocimiento de la sanción moratoria que está en cabeza del Fondo.

Una vez resuelto el problema jurídico principal, procede la Sala a resolver el siguiente cuestionamiento asociado:

5.3.1 ¿Cuál es el procedimiento que se debe cumplir para computar los días que tiene la entidad para el pago de cesantías y el correspondiente reconocimiento de la sanción moratoria, y si en dicho trámite se debe aplicar o no el Decreto 2831 de 2005?





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

Frente a este interrogante, se debe señalar que esta Sala de Decisión es del criterio que respecto de dicho trámite sólo debe aplicarse lo previsto en las Leyes 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, excluyéndose en ese sentido una aplicación conjunta con el Decreto 2831 de 2005, como equivocadamente lo pretende la parte demandada apelante.

En efecto, y siendo consecuente con el criterio jurisprudencial expuesto por el Honorable Consejo de Estado en fecha **diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)**¹⁹, a que se hizo referencia en el marco normativo de esta providencia, en concordancia con las Sentencia C- 486 de 2016 y SU -336 de 2017 proferidas por la H. Corte Constitucional, en criterio de esta Sala, no resulta ajustado al principio de igualdad que rige las relaciones labores de los servidores públicos y los docentes que se asimilan a empleados públicos, que con respecto a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de tales servidores se apliquen términos distintos, en cuanto a la determinación del cómputo para el reconocimiento de aquellas como para la sanción moratoria que se origina por el incumplimiento de los mismos.

Como lo recordó la Corte Constitucional en la Sentencia C-486 de 2012, 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. 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 la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos. Concluyendo que, **"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 (...)"**. (Subrayas y negrilla fuera de texto)

Por lo precedente, los docentes no sólo 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, sino también a que se les aplique el trámite que tales normas disponen para su reconocimiento, dado que las mismas contemplan de manera íntegra tanto el derecho a la sanción como el proceso y trámite para su reconocimiento. En virtud de ello, no hay razón para acudir a otro cuerpo normativo que, les resulta menos favorable al contemplar plazos más extensos y que no regulan de manera específica el tema de la sanción moratoria.

Por ello, la Sala acoge en su integridad la postura del H. Consejo de Estado, sobre la prohibición de inescindibilidad normatividad, y prevalencia de la Ley sobre el Decreto 2831 de 2005, así en nuestro ordenamiento jurídico no encontremos una

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B-Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ-Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00569-01(4326-15)-Actor: HARRY ANTONIO DÍAZ MENA-Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

disposición expresa que determine dicho orden, pero del articulado de la Carta, se deduce que prima la Ley sobre los Decretos proferidos por el Presidente de la República; pues las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico.

Entender que se debe aplicar de manera conjunta, el Decreto 2831 de 2005²⁰ para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006²¹ para la sanción moratoria, en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, sería desconocer ciertamente 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.

Así las cosas, y teniendo claro la Sala que en el caso de los docentes, debe prevalecer los mandatos contenidos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales, la Sala procederá a realizar el siguiente análisis de cara a determinar si la demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas solicitadas por los demandantes, así:

RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHUQUE:

Solicitud de cesantías	08/08/2014 en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 20)
Acto de reconocimiento de cesantías - fecha de expedición	Resolución 2158 de fecha 28/07/2015 (Fl. 20) En el artículo CUARTO , se deja constancia que contra el acto administrativo procede el Recurso de Reposición , que podrá interponerse por el termino de 10 días hábiles siguientes a la fecha de notificación del acto.
Notificación de acto administrativo	19/08/2015 (Folio 21 reverso)
Termino de ejecutoria (CCA: 5 días; CPACA: 10 días)	Teniendo en cuenta que la petición, fue radicada en vigencia del CPACA, se aplica esta normatividad, que contempla un término de diez (10) días hábiles.
Fecha límite con que cuenta la entidad para reconocer y pagar cesantías: (45 días hábiles adicionales a los anteriores) Total: 65 días hábiles en vigencia del CCA o 70 días hábiles en vigencia CPACA	En aplicación del CPACA 20 de noviembre de 2014
Fecha de pago de las cesantías	23/09/2015 (Fl. 26)
Total termino en que se incurrió en mora	Del 21/11/2014 al 22/09/2015 La sanción moratoria equivale a 306 días de retardo.

ANA MARÍA MARTELO MORANTES:

Solicitud de cesantías	08/04/2014 en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 27)
Acto de reconocimiento de cesantías - fecha de expedición	Resolución 2157 de fecha 29/09/2014 (Fl. 29) En el artículo CUARTO , se deja constancia que contra el acto administrativo procede el Recurso de Reposición , que podrá interponerse por el termino de 10 días hábiles siguientes a la fecha de notificación del acto.
Notificación de acto administrativo	12/12/2014 (Folio 30)
Termino de ejecutoria (CCA: 5 días; CPACA: 10 días)	Teniendo en cuenta que la petición, fue radicada en vigencia del CPACA, se aplica esta normatividad, que contempla un término de diez (10) días hábiles.

²⁰ «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

²¹ «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.»





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

Fecha límite con que cuenta la entidad para reconocer y pagar cesantías: (45 días hábiles adicionales a los anteriores) Total: 65 días hábiles en vigencia del CCA o 70 días hábiles en vigencia CPACA	En aplicación del CPACA 23 de julio de 2014
Fecha de pago de las cesantías	29/01/2015 (Fl. 36)
Total termino en que se incurrió en mora	Del 24/07/2014 al 28/01/2015 La sanción moratoria equivale a 189 días de retardo.

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 definitivas solicitadas por los accionantes, 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, y 45 días dentro de los cuales se debía realizar el pago.

Atendiendo lo anterior, y contados 70 días hábiles con posterioridad al día en que se presentaron las solicitudes de las cesantías por parte de los demandantes, tenemos lo siguiente.

En efecto, en el caso del señor **RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHUQUE**, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el día **08 de agosto de 2014**, por lo que el pago de las cesantías debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día **20 de noviembre de 2014**, como acertadamente lo advirtió la A quo.

Bajo este hilo conductor, se probó que la mora cesó el **23 de septiembre de 2015**, al demostrarse que el dinero de las cesantías de dicho actor se puso a su disposición ese mismo día en el Banco BBVA (Fl. 19), por lo que se concluye que en el caso del señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHUQUE, el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías durante el tiempo en que se le retardó el pago, es decir, desde el **día 21 de noviembre de 2014 al 22 de septiembre de 2015**, como acertadamente lo indicó la A quo.

Ahora bien, dicho periodo arroja **189** días de mora y no **332** como lo indicó la A quo, de allí que deba modificarse el numeral SEGUNDO la sentencia en ese sentido.

Por otro lado, y frente la señora **ANA MARÍA MARTELO MORANTES**, la misma solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías el día **08 de abril de 2014**, por lo que el pago de las cesantías debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día **23 de julio de 2014**, como acertadamente lo indicó la A quo.

Habiéndose demostrado también que la mora cesó el **29 de enero de 2015**, al demostrarse que el dinero de las cesantías de dicha actora se puso a su disposición ese mismo día en el Banco BBVA (Fl. 37), por lo que se concluye que en el caso de la señora ANA MARÍA MARTELO MORANTES, el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías durante el tiempo en que se le retardó el pago, es decir, desde el **día 24 de julio de 2014 al 28 de enero de 2015**, como bien lo determinó la A quo.

Ahora bien, dicho periodo arroja **188** días de mora y no **185** como erradamente





Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

lo concluyó la A quo; en ese sentido, y como en la sentencia de primera instancia, la Juez reconoció a la ANA MARÍA MARTELO MORANTES unos días de mora inferiores a los que en realidad se causaron, pero como el accionante no apeló la sentencia, la Sala respetará el principio de la *no reformatio in peius* del apelante único FOMAG, por lo que no modificará la decisión en ese sentido dado que empeoraría la situación de esta entidad.

5.3.2 Prescripción.

Frente al segundo problema jurídico asociado, la Sala debe resolver lo siguiente:

¿En el caso concreto, operó la prescripción prevista en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, que por analogía se aplica a la sanción moratoria por el retardo en el reconocimiento y pago de cesantías a docentes, conforme las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

Frente a este aspecto, debe indicarse que en el presente caso no operó el fenómeno de la prescripción en los términos del artículo 151 del C. P.T., en consideración a que los demandantes solicitaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, **el 15 de marzo de 2016** (folios 10-13), por el no pago oportuno de las cesantías definitivas reconocidas mediante **Resoluciones 2158 del 28 de julio de 2015 y 2157 del 29 de septiembre de 2014**; de tal manera que lo hizo dentro de los tres (3) años que prevé el artículo 151 del CPT suspendiendo la prescripción extintiva de su derecho.

6. Condena en Costas.

En torno a la condena en costas, la Sala debe precisar que conforme al numeral 5 del artículo 365 del CGP *"En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"*, en ese sentido, **al tenerse que el presente caso el recurso interpuesto fue resuelto parcialmente favorable a la parte demandada, como quiera que se modificó la sentencia de primera instancia en cuanto a los días de mora generados respecto de uno de los, no se impondrá condena en costas.**

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, para establecer que en el caso del señor RODOLFO ENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE los días correctos de mora corresponden a **306 días**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2
SENTENCIA No.62/2018

SIGCMA

Radicado 13001-33-33-005-2017-00083-01

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS la sentencia de primera instancia, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas en segunda instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: El proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

[Handwritten signature of Claudia Patricia Peñuela Arce]

[Handwritten signature of Moisés de Jesús Rodríguez Pérez] *[Handwritten signature of Edgar Alexi Vásquez Contreras]*

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ **EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.	13001-33-33-005-2017-00083-01
Demandantes	ANA MARIA MARTELO MORANTE Y RODOLFO HENRIQUE SARMIENTO BAHOQUE
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

