



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

Cartagena de Indias, D. T. y C, veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.	13001-33-33-006-2015-00375-01¹ 13001-33-33-007-2017-00137-01
Demandante	EDY MOLINA FALLA
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión N° 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 diez (10) de julio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1. 1. HECHOS

- 1.1.1 El día 9 de julio de 2012, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho por laborar como docente del Departamento de Bolívar.
- 1.1.2 Por medio de Resolución 7181 del 15 de noviembre de 2012, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas y canceladas el 31 de mayo de 2013, esto es, con una mora de 221 días contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para hacer el pago.
- 1.1.3 El 16 de julio de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a la entidad convocada y ésta la resolvió negativamente de manera ficta.

1.2. PRETENSIONES

Declarar: **i)** La existencia de un acto ficto configurado el día 16 de octubre de 2014 producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 16 de julio de 2014, por el pago tardío de las cesantías del demandante. **ii)** La nulidad del acto ficto configurado el 16 de octubre de 2014, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley

¹ Se bien en proceso fue inicialmente repartido al Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena, por impedimento de la titular de ese despacho, pasó al Juzgado Séptimo Administrativo de Cartagena, quien asumió su conocimiento (Fl. 80-84).



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo el pago. **iii)** Que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006. **iv)** Reconocerle y pagarle 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 IPC desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia. **v)** Dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y S.S del C.P.A.C.A. **vi)** Reconocerle y pagarle intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el correspondiente pago y **vii)** Las costas del proceso de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE VIOLACIÓN.

Ley 91 de 1989, Artículos 5 y 15.
Ley 244 de 1995, Artículos 1 y 2.
Ley 1071 de 2006, Artículos 4 y 5.

En síntesis, señala que la intención del legislador fue buscar que una vez el empleado quedara cesante en su trabajo, pudiera obtener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perderlo, pero el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los setenta días después de haberla solicitado, obviando la protección de los derechos del trabajador.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

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

Contestó la demanda aceptando como ciertos los hechos referentes a la solicitud de cesantías, su reconocimiento, fecha de pago, y a la solicitud de la sanción moratoria, aduciendo frente a esta última que no tiene vocación de prosperar, y, en consecuencia, se opuso a las pretensiones de la demanda.

Señaló que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien tiene la función encomendada del pago de las prestaciones de los docentes, pero que se diseñó un trámite en el que las Secretarías son encomendadas en la expedición del acto, y gestión de solicitudes en general, y por otro lado, se encarga a una Sociedad Fiduciaria (FIDUPREVISORA S.A) de la administración de los recursos del Fondo y el pago de las prestaciones sociales.

² Fl. 55-64



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

En ese orden, indica que FIDUPREVISORA, procede con el pago de las cesantías, luego de contar con el acto administrativo de reconocimiento emitido por la Secretaría de Educación y según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; es decir, que el pago se realiza cuando existe la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de resoluciones, tal y como se sostuvo en la circular 01 de 23 de abril de 2002, expedida por el Consejo Directivo del Fondo, atendiendo a la Sentencia SU 014 del 23 de enero de 2001.

Así las cosas, considera que no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pagó efectivamente al demandante, es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

De igual forma manifestó que en el caso de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye el procedimiento especial aplicable, que a su vez difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y que no contempla sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. No puede entonces hacerse aplicación extensiva de la referida sanción, habida cuenta del principio de interpretación restrictiva que rige en materia sancionatoria.

Propone las excepciones de "inexistencia de derecho por errónea interpretación de la norma", "pago", "cobro de lo no debido", "compensación", "excepción genérica o innominada", y "buena fe".

2.1 DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR³

Se opuso a las pretensiones de la demanda, precisando que los hechos planteados por el accionante son ciertos según los documentos aportados con la demanda, pero difiere en cuanto a las normas que se aplican a la sanción moratoria de cesantías para docentes, porque es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el encargado de hacer efectivo el pago de cesantías a los docentes y no el Departamento de Bolívar.

La Ley 115 de 1994 o Ley general de educación, en su artículo 15 dispone un régimen especial de educadores estatales, determinando que el ejercicio de la profesión docente estatal, se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto docente. Así mismo señala que el régimen prestacional de los educadores estatales, es el establecido en la Ley 91 de 1989 y Ley 60 de 1993.

La introducción de normas con categoría de principios constitucionales, por la que viene abogando la corriente del pensamiento económico – fiscal aludido, se direccionan a que las mismas propicien la moderación y la prudencia en los

³ Fl. 49-54.



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

gastos, que no es cosa diferente a introducir una limitante a la garantía, al reconocimiento, al goce efectivo de los derechos fundamentales y al desarrollo progresivo de los derechos sociales, económicos y culturales.

En ese orden de ideas, considera la demandada que ningún restablecimiento del derecho, a través de esta acción puede derivarse de un acto legal, como es el censurado en el proceso en referencia, y el restablecimiento del daño en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solo es posible como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto, que opera cuando es contrario al ordenamiento legal, o está falsamente motivado o ha sido proferido con desvío de poder, circunstancias que no se dan en el presente asunto.

Propuso las excepciones que denominó: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, EXPRESA PROHIBICIÓN LEGAL, E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN LEGAL.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴.

En sentencia de fecha diez (10) de julio de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos⁵:

Indicó que quedó demostrado que la administración omitió el cumplimiento de los términos consagrados en la Ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías reclamadas por la demandante, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías, 10 días más que corresponden al término de la ejecutoria y 45 días dentro de los cuales debía realizar el pago. Concluyó que, el pago debió producirse el 19 de octubre de 2012, pero solo se hizo el 31 de mayo de 2013, es decir después de vencido el término, calculando el periodo de mora entre el 20 de octubre de 2012 al 30 de mayo de 2013. Declaró la nulidad del acto ficto acusado y ordenó pagar sanción moratoria por un término de 70 días en el año 2012 y 150 en el año 2013 (220 días), negando el reajuste de la sanción conforme al IPC por ser incompatible.

Concluyó que los docentes oficiales tienen derecho a ser acreedores a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y definitivas previstas en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, aplicando los principios de igualdad, favorabilidad e integración normativa, y que en todo caso no resulta aplicable el Decreto 2831 de 2005, pues coloca a los docentes en una situación de desfavorabilidad, contrario a la jurisprudencia constitucional.

⁴ Fl. 92-98.

⁵ En audiencia inicial anterior del 7 de julio de 2017, se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa del Departamento de Bolívar, decisión contra la cual no se interpuso recurso algo, quedando en firme.



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

4. RECURSO DE APELACIÓN⁶.

Recalcó que, para el caso específico de los docentes las reclamaciones de cesantías deben tramitarse bajo el procedimiento fijado en la ley 91 de 1989 y en el Decreto 2831 de 2005, lo cual difiere sustancialmente de lo estipulado en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, por tanto no se puede hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que contempla una regulación especial. Así mismo, que el juez de instancia no tuvo en cuenta la falta de competencia del Ministerio de Educación como quiera que éste no interviene en el trámite y pago de las prestaciones a favor de los docentes, máxime cuando el acto administrativo acusado no fue expedido por esa cartera ministerial ni en virtud de delegación de funciones ni de desconcentración.

5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto del 3 de mayo de 2018, se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 10 de julio de 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, respectivamente⁷.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandada. FOMAG.

Guardo silencio.

6.2. Parte demandante⁸.

Reiteró los argumentos expuestos en su escrito inicial de demanda, y agregó que el H. Consejo de Estado en sentencia del 17 de noviembre de 2016, reiteró que las Leyes 244 de 1995 y 1076 de 2006 son aplicables a los docentes oficiales, cuando se les pague tardíamente sus cesantías parciales o definitivas.

6.3. 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. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

⁶ Fl. 101-107

⁷ Fl. 117

⁸ Fl. 121-127.

Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

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 jurídico⁹:

¿La sentencia de primera instancia se debe revocar, porque el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no es competente para reconocer y pagar 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, y si en dicho trámite se debe aplicar o no el Decreto 2831 de 2005?

¿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 modificada por la Ley 1071 de 2006?

⁹ 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 Corporación⁹, la competencia del juez de segunda instancia se rige por el principio de congruencia⁹, 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 jurídico⁹".



3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, pues le asiste razón al 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, y en termino señalado en que la entidad incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías.

Así mismo, se sustentará que no operó la prescripción dentro del presente asunto, como se explicará seguidamente.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

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

Lo primero que debe precisar la Sala es que los docentes, no son servidores públicos pero se les asimiló a empleados públicos en el sentido de que aunque no hacen parte de tal categoría, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2º) los define como '*empleados oficiales de régimen especial*'; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2º 105, parágrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales¹⁰.

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

¹⁰ Corte Constitucional C- 741-2012



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

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⁽¹¹⁾; 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⁽¹²⁾ 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.¹³

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

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ 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 13001-33-33-006-2015-00375-01

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 2017,¹⁴ unificó el criterio jurisprudencial frente al derecho de los docentes oficiales de percibir la sanción

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escrucería Mayolo.



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

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, 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:

“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**¹⁵, así:

¹⁵ 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 13001-33-33-006-2015-00375-01

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

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

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

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

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

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.



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

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.

7. Sobre el término a partir del cual se debe contabilizar la sanción moratoria, se debe hacer la siguiente distinción:

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.



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

- 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 Estado¹⁶ ha sostenido que una vez efectuada la liquidación y reconocimiento de las cesantías definitivas, la obligación en cabeza de la entidad empleadora es pagarlas en su totalidad, de tal suerte que su incumplimiento, ya sea total o parcial, da lugar a reclamar el pago de la sanción.

Por su parte, la Subsección B del Consejo de Estado señaló que el término para el cumplimiento de la obligación prevista en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, salvo en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía o lo haga de forma tardía, en los que el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse una vez transcurridos 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, los correspondientes al término de la ejecutoria y finalmente, los 45 días para la cancelación de la prestación social¹⁷.

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.

¹⁶ 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 Gomez Aranguren.

¹⁷ 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.



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

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 2006¹⁸ fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes¹⁹, 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 2006²⁰, para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería el principio de inescindibilidad que rige la aplicación de la ley, y en virtud del cual, se prohíbe acudir de manera parcial a varias normas para tomar lo favorable de cada una.**

47. Consecuente con la disertación hecha, **para esta Sala de Sección es muy importante recalcar la jerarquía normativa en cuya virtud debe prevalecer el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales; por lo que tanto entes territoriales como el Fomag deberán procurar su cumplimiento para tales propósitos.** Así mismo, el Gobierno Nacional la tendrá en cuenta para si es del caso disponga de una reglamentación acorde con la ley." (Negritas nuestras).

Así mismo, la Sala debe precisar que, la Corte Constitucional en Sentencia de Constitucionalidad C- 486 de 2016 declaró inexecutable el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015, sobre el pago de cesantías e intereses de mora a favor de los docentes oficiales.

El artículo 89 preceptuaba:

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

¹⁸ «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.»

¹⁹ Artículo 150 de la Constitución Política.

²⁰ «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 13001-33-33-006-2015-00375-01

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, 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**



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

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 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 [...]"²¹

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.²²

²¹Consejo 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)

²² «[...] 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 13001-33-33-006-2015-00375-01

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados.

5.1.1 La señora EDY MOLINA FALLA está vinculada a la Secretaría del Departamento de Bolívar como docente de vinculación Nacional, **desde el 2 de mayo de 1991** (Fl. 18).

5.1.2 El **9 de julio de 2012**, radicó solicitud de reconocimiento de cesantías parciales, con destino a la remodelación de vivienda (F. 20).

5.1.3 Mediante **Resolución 7181 del 15 de noviembre de 2012**, la Secretaría de Educación del Departamento 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 **\$22.821.646** por concepto de liquidación de cesantías parciales. (F. 18-20).

5.1.4. Dicha Resolución fue notificada personalmente el **18 de febrero de 2013**, según sello de diligencia de notificación (Fl. 20 reverso), no habiendo constancia de que contra la misma se interpusiera recurso de reposición dentro de los 5 días hábiles siguientes a su notificación, conforme se concedió en el artículo 4 de la misma.

5.1.5 De acuerdo con el comprobante de pago emitido por el banco BBVA (Fl. 16) el FOMAG realizó consignación a favor del señor EDY MOLINA FALLA por la suma de \$22.821.646, **el día 31 de mayo de 2013**, estando a disposición del mismo dicha suma de dinero desde esa misma fecha.

5.1.6 En fecha **16 de julio de 2014**, el señor EDY MOLINA FALLA, presentó petición solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley 1071 de 2006. (Fl. 27-28). De dicha petición no obra respuesta dentro del expediente.

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

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



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

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, como se concluyó.

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

5.2.1 ¿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?

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 acertadamente lo indicó el A quo.

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)**²³, a que se hizo referencia en el marco normativo de esta providencia,

²³ 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



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

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 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 2005²⁴ para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la

EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS

²⁴ «Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

Ley 1071 de 2006²⁵ 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, tal y como lo concluyó la A quo, 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 parciales solicitadas:

Solicitud de cesantías	Acto de reconocimiento de cesantías- fecha de expedición	Notificación de acto administrativo	Término de ejecutoria (CCA: 5 días hábiles) o CPACA: 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	Fecha de pago cesantías	Total término en que se incurrió en mora
09/07/2012 en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 18)	Resolución 7181 de fecha 15/11/2012 (Fl. 18-20 En el artículo CUARTO, se concede el recurso de REPOSICIÓN que podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes)	18/02/2013 (Fl. 20 reverso).	Como la petición, fue radicada en vigencia de la Ley 1437 de 2011-CPACA, se aplica esta normatividad, porque no obstante la administración concedió 5 días hábiles para interponer recurso de reposición, esta normatividad contempla un término de diez (10) días para hacerlo, en el artículo 76 ibidem.	En vigencia del CPACA 19/10/2012	Consignación Banco BBVA 31/05/2013	Del 20 - 10-2012 al 30-05-2013

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 no el CCA y el actor tenía el

²⁵ «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 13001-33-33-006-2015-00375-01

primer término para interponer el recurso de reposición, 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 presentó la solicitud (**09 de julio de 2012**), el pago de las cesantías debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día **19 de octubre 2012**, como acertadamente lo indicó el A Quo (Fl. 97).

Al respecto la Sala debe aclarar que, en el caso concreto, no se aplica el término de 65 días del CCA, porque si bien, la administración sólo concedió cinco (5) días para interponer el recurso de reposición contra el acto administrativo que reconoció las cesantías parciales a la parte actora, ésta radicó la solicitud en vigencia del CPACA, luego tenía derecho a presentar su impugnación dentro de los diez (10) días siguientes, y no le es dable a la Sala vulnerar el principio de legalidad que rige el término entratándose de recursos.

Así las cosas y bajo este hilo conductor, se probó que la mora cesó el **31 de mayo de 2013**, al demostrarse que el dinero de las cesantías del actor se puso a su disposición ese mismo día en el Banco BBVA, la Sala concluye que el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías durante el tiempo en que se le retardó el pago, es decir, desde el **día 20 de octubre de 2012 al 30 de mayo de 2013**, como acertadamente concluyó el A quo.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia se confirmará en éste aspecto.

5.2.2 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 el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, **el 16 de julio de 2014** (folios 17), por el no pago oportuno de las cesantías parciales reconocidas mediante **Resolución 7181 del 15 de noviembre de 2012**; 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.

El artículo 188 CPACA en concordancia con el artículo 365 del Código de General del Proceso –C.G.P.- señala 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 manera desfavorable



Radicado 13001-33-33-006-2015-00375-01

el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se encuentra procedente la condena en costas en su modalidad de gastos del proceso a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada de manera concentrada por la juez de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

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: CONFIRMAR la sentencia de fecha diez (10) de julio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandada al pago de costas procesales según lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C.G.P., la cuales serán liquidadas de manera concentrada por la Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones e incluirán el valor de las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva 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

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS