



Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

Cartagena de Indias, D. T. y C, dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.	13001-33-33-006-2016-00305-01
Demandante	MYRIAM GARCIA DE GONZALEZ
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 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 dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1. 1. HECHOS

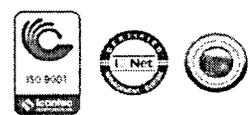
1.1.1 El día 30 de marzo de 2015, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho por laborar como docente del Departamento de Bolívar.

1.1.2 Por medio de Resolución 3896 del 21 de mayo de 2015, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas y canceladas el 13 de agosto de 2015, esto es, con una mora de 34 días contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para hacer el pago.

1.1.3 El 9 de septiembre de 2016, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a la entidad convocada y ésta la resolvió negativamente.

1.2. PRETENSIONES

Declarar: **i)** La nulidad del oficio 2016RE2795 del 22 de septiembre de 2016, frente a la petición presentada el 9 de septiembre de 2016, en cuanto negó el derecho a pagar a la demandante la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo el pago. **ii)** Que la demandante tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le





Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006. **iii)** Dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 y S.S del C.P.A.C.A. **iv)** Reconocer y pagar 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)** Reconocimiento y pago de 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 **vi)** 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 como concepto de la violación 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 sesenta y cinco 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 MAGISTERIO¹.

Contestó la demanda manifestando frente a los hechos referentes a la solicitud de cesantías, su reconocimiento, fecha de pago, y a la solicitud de la sanción moratoria que parecen ciertos, según los documentos aportados al expediente. Acerca de la sanción moratoria reclamada, adujo 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.

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

¹ Fl. 46-56



Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

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".

DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS²

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por considerarlas carentes de derecho, soporte fáctico y jurídico; solicita negar las suplicas de la demanda con respecto al Distrito de Cartagena, toda vez que la demandada no ha quebrantado las normas o preceptos Constitucionales y legales que se alegan haber vulnerado, y por ende el acto administrativo demandado nace a la vida jurídica en cumplimiento de un deber legal del ente territorial, quien interviene en la proyección del acto administrativo solo en función de la desconcentración administrativa que le ha sido asignada por el legislador.

Aduce en su escrito de contestación, que en el caso de los docentes, estos se encuentran inmersos en un sistema especial y procedimental para el reconocimiento y pago de sus cesantías, es decir, que de acuerdo al artículo 3 de la Ley 91 de 1989, la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena solo recibe y atiende las solicitudes relacionadas con liquidación de cesantías de docentes, pero la entidad encargada de proceder con el pago es la FIDUPREVISORA S.A., la cual materializa los pagos una vez exista la disponibilidad de recursos, teniendo en cuenta que es la encargada de administrar los recursos no solo de los docentes de Cartagena, sino a nivel nacional dispuestos por el

² Fl. 62-68



Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

Fondo del Magisterio para atender los pagos de cesantías de los docentes en Colombia.

En ese orden, advierte que en el caso objeto de estudio no hay lugar a reconocimiento de la indemnización moratoria deprecada, toda vez que el reconocimiento y pago por concepto de cesantías a la demandante se ajustó al procedimiento especial creado por la Ley 91 de 1989, el cual fue instituido para el reconocimiento y pago de cesantías del sector docente, esto es, que una vez presentada la solicitud de reconocimiento de cesantías, la Secretaria de Educación Distrital solicitó a FIDUPREVISORA S.A., certificación de existencia de disponibilidad de recursos a fin de proceder con la expedición del acto administrativo Resolución 3896 del 21 de mayo de 2015, el cual se convierte en un requisito indispensable para su expedición. Es por ello que considera la demandada que el acto acusado se ajusta a derecho y goza de presunción de legalidad, ya que fue emitido con fundamento en las normas antes citadas, en especial por la Ley 91 de 1989.

Propone como excepciones falta de legitimación en la causa por pasiva, y excepción innominada.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

Mediante sentencia oral de fecha 31 de octubre de 2017, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Acogiendo el criterio de la Corte Constitucional consignado en la Sentencia C-486 de 2016 y unificado recientemente en la SU-336 de 2017, que consideró que a los docentes oficiales en su calidad como empleados públicos, sí les es aplicable el régimen general en lo no estipulado en el régimen especial, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

En ese sentido, y partiendo de la fecha de la solicitud de cesantías, 30 de marzo de 2015, indicó que el reconocimiento de cesantías debía hacerse dentro de los 15 días hábiles siguientes, es decir, a más tardar el 22 de abril de 2015, sin embargo, solo fue hecho mediante Resolución No. 3896 de 21 de mayo de 2015 expedida por la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar, estando demostrado además que el pago efectivo de la prestación se efectuó a través de entidad bancaria el 29 de julio de 2015.

Así las cosas, sostuvo la A quo que al haberse radicado la solicitud de cesantías parciales el 30 de marzo de 2015 contaba la administración, con sesenta y cinco (65) días hábiles para hacer efectivo el pago de la prestación, los cuales se extendían hasta el 8 de julio de 2015, de forma tal que al haberla cancelado el 29 de julio de 2015, se causó la sanción moratoria entre el 9 de julio de 2015 y el 28 de julio de 2015.

³ Fl. 109-123



Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

En virtud de lo anterior, declaró la nulidad del acto ficto acusado, por haber sido incumplido el término establecido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 para surtir el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías a la demandante conforme a la Ley 1071 de 2006. En ese orden dispuso que la mora corrió desde el día 9 de julio de 2015 y el 28 de julio de 2015, así mismo declaró probada la excepción de la falta de legitimación en la causa por pasiva con respecto al Distrito de Cartagena, toda vez que acorde con el marco jurídico expuesto en la sentencia recurrida es innegable que la responsabilidad de pago de las prestaciones recae sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, independientemente de la delegación que para trámites administrativos recaiga en la Secretaria de Educación Territorial respectiva, por lo tanto la legitimación por pasiva no recae en el Distrito de Cartagena.

4. RECURSO DE APELACIÓN⁴.

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 7° 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.
- 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 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..."

⁴ Fl. 127-136





Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

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 29 de agosto de 2018, se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia del Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena, 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, respectivamente⁵.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

6.1. Parte demandada. FOMAG⁶

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, solicitando sea revocada la sentencia.

6.2. Parte demandante⁷.

Reiteró los argumentos expuestos en su escrito inicial de demanda.

7. Concepto del Ministerio Público.

Considera el Ministerio Público que es evidente que el pago de las cesantías de la parte actora se efectuó con posterioridad a los 70 días que estipula la Ley 244 de 1995, en concordancia con el artículo 76 del CPACA, toda vez que la solicitud de cesantías fue presentada el 30 de marzo de 2015, mientras que el pago solo se dio el 13 de agosto de 2015, por lo tanto el concepto en sentido estricto consiste en que la sentencia recurrida sea confirmada, en consideración a lo dispuesto en la norma y a la interpretación del Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ 012-S2 de 18 de julio de 2018.

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.

⁵ Fl. 150

⁶ Fl. 153-158

⁷ Fl. 160-163



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 jurídico⁸:

¿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?

3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará 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-FOMAG.

⁸ 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 Corporación⁸, la competencia del juez de segunda instancia se rige por el principio de congruencia⁸, 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 jurídico⁸".





Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

Precisando que, en la sentencia de primera instancia la Juez reconoció unos días de mora superiores a los que realmente se causaron, pues se equivocó en el cálculo de la fecha de pago de las cesantías de la actora y la consecuente mora, por ello la sentencia de primera instancia será modificada en esos términos.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

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

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

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

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

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

⁹ Corte Constitucional C- 741-2012



Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

Gobierno Nacional; (ii) **nacionalizado**, entendiéndose integrado por el personal vinculado mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975⁽¹⁰⁾; y (iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1° de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10⁽¹¹⁾ de la mencionada ley.

Teniendo en cuenta las tres categorías enunciadas, el numeral 5° del artículo 2° de la Ley 91 de 1989 estableció que el pago de las prestaciones del personal docente **nacional y nacionalizado** estaría a cargo de la Nación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG.¹²

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

“Artículo 15: Numeral 3. Cesantías.

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**”.

¹⁰ Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.

¹¹ Ley 45 de 1975, Artículo 10.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisarías, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

¹² Corresponde a una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tiene más del 90% de capital.



Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

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

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

Al respecto recalcó:

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

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

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

La Corte Constitucional en Sentencia SU 336 de 2017,¹³ unificó el criterio jurisprudencial frente al derecho de los docentes oficiales de percibir la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías definitivas y parciales como el resto de servidores públicos, para concluir que también tienen derecho a ser acreedores a la misma dando aplicación al principio de igualdad.

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

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



Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

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:

"ARTÍCULO 1º Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de **la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas**, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

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

"Artículo 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.

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.





Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

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 13001-33-33-006-2016-00305-01

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 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.
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





Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

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 ley¹⁵ 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 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 2006¹⁶ fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato

¹⁵ Artículos 68 y 69 CPACA.

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 13001-33-33-006-2016-00305-01

constitucional le corresponde hacer las leyes¹⁷, 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 2006¹⁸, 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." (Negrillas nuestras).

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

El artículo 89 preceptuaba:

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

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

La Corte Constitucional, declaró inexecutable esta disposición refiriendo:

“Así las cosas, resulta que con la introducción del artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 no sólo se desconoció el principio de unidad de materia, sino que,

¹⁷ Artículo 150 de la Constitución Política.

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.».





Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

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 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.”



Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

5. EL CASO CONCRETO.

5.1 Hechos relevantes probados

5.1.1. El **30 de marzo de 2015**, radicó solicitud de reconocimiento de cesantías definitivas (Fl. 22).

5.1.2. Mediante **Resolución 3896 del 21 de mayo de 2015**, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, 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 **\$15.566.835** por concepto de liquidación de cesantías definitivas (Fl. 23).

5.1.3. Dicha Resolución fue notificada personalmente el **27 de mayo de 2015**, según sello de diligencia de notificación (Fl. 24), sin que obre constancia de que contra ella se interpusiera recurso de reposición dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación, conforme se concedió en el artículo 4 de la misma.

5.1.4. Según desprendible de pago expedido por el Banco BBVA (F.26), el **29 de julio de 2015**, se hizo efectivo el pago de las cesantías definitivas que le fueron reconocidas mediante Resolución 3896 del 21 de mayo de 2015 por la suma de **\$15.566.835** a favor de la señora MYRIAM GARCIA DE GONZALEZ.

5.1.5. El **9 de septiembre de 2016**, la señora MYRIAM GARCIA DE GONZALEZ, presentó petición solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley 1071 de 2006 (Fl. 18-19). Dicha petición fue resuelta negativamente mediante acto administrativo oficio 2016RE2795 del 22 de septiembre de 2016.

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 del demandante sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas 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, sin que sea viable 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.



Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

Por lo anterior, se precisa que no puede atribuírsele a la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, 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. No obstante, se aclara 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 por la A quo.

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.

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.

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 13001-33-33-006-2016-00305-01

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 normativa, 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 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

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 13001-33-33-006-2016-00305-01

demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas:

Solicitud de cesantías	30/03/2015 en vigencia de la Ley 1437 de 2011
Acto de reconocimiento de cesantías – fecha de expedición	Resolución 3896 de fecha 21/05/2015 En el artículo CUARTO, se concede el recurso de REPOSICIÓN que podrá interponerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes
Notificación de acto administrativo	27/05/2015
Termino de ejecutoria (CCA: 5 días; CPACA: 10 días)	Se aplica el CPACA porque la petición de cesantías se elevó en vigencia de esta normatividad
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 vigencia del CPACA 15/07/2015
Fecha de pago de las cesantías	Consignación Banco BBVA 29/07/2015
Total termino en que se incurrió en mora	Del 16-07-2015 al 28-07-2015 La sanción moratoria es de 13 días

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 a partir de la petición, diez (10) días más que corresponden al término de su ejecutoria en vigencia del CPACA, y 45 días hábiles 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 (**30 de marzo de 2015**), el pago de las cesantías debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día **15 de julio de 2015**.

Al respecto la Sala debe aclarar que, en el caso concreto, se aplica el término de 70 días, toda vez que, la petición de cesantías que elevó la accionante se hizo en vigencia del CPACA y en éste, el término de ejecutoria de los actos administrativos es de diez (10) días porque, se cuenta con el mismo para impugnar a través del recurso ante la administración como lo dispone el artículo 76 ibídem.

En este orden de ideas y probándose que dicha mora cesó el **29 de julio de 2015**, al demostrarse que el pago se hizo efectivo ese mismo día en el Banco BBVA (Fl. 25). En ese sentido, 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 16 de julio de 2015 al 28 de julio de 2015**, y no desde el 9 de julio de 2015 hasta el 28 de julio de 2015, como lo determinó la Juez de primera instancia.

Conforme lo precedente, deberá modificarse el **NUMERAL CUARTO**, en el límite temporal de la sanción; con lo cual se garantiza el derecho del FOMAG como apelante único y se salvaguarda el patrimonio público así como el ordenamiento jurídico; consustanciales a los argumentos de alzada.



Radicado 13001-33-33-006-2016-00305-01

6. Condena en Costas

Ahora bien, 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 al límite temporal en que se generó la sanción moratoria, 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 CUARTO de la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, para establecer que el periodo de mora corresponde al comprendido del **16 de julio de 2015 al 28 de julio de 2015**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia"

SEGUNDO: CONFIRMAR en sus demás partes la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

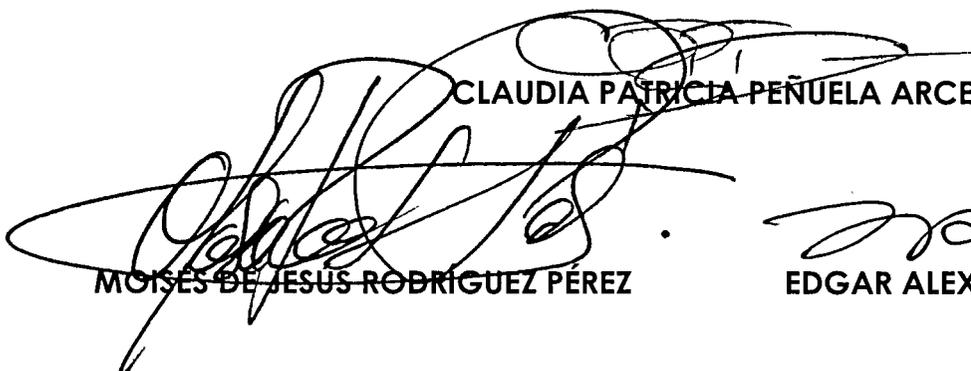
TERCERO: Sin condena en costas en segunda instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

