

Cartagena de Indias D. T. y C, veintitrés (23) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-013-2016-00004-01
Demandante	Deyvis María Valdés Mendoza
Demandado	Nación - Ministerio de Educación –FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Sanción moratoria docente

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 16 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que le corresponde.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda

a). Pretensiones: La parte demandante formuló las siguientes:

"1. Declarar la existencia de un acto ficto configurado el día 27 de septiembre del 2014, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 27 de junio del 2014, por el pago tardío de las cesantías de mi representado.

2. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 27 de septiembre del 2014, frente a la petición presentada el día 27 de junio del 2014, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCION POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

3. Declarar que mi representado tiene derecho a 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, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS.





1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (...) a que se le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- (...) dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(...) al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCION MORATORIA referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-(...) al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCION MORATORIA reconocida en esta sentencia. (....)

b. Hechos. Para sustentar sus pretensiones la demandante, afirmó, en resumen, lo siguiente:

El 17 de septiembre de 2012 solicitó a la entidad accionada, en su condición de docente oficial, el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución No. 0894 del 9 de mayo de 2013, y canceladas el 1º de agosto de 2013.

Como solicitó las cesantías el 17 de septiembre de 2012, el plazo para cancelarlas vencía el día 28 de diciembre de 2012, pero fueron consignadas el 1º de agosto de 2013, por lo que transcurrieron 212 días de mora, contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarlas. - El 27 de junio de 2014 formuló petición de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, la cual fue resuelta negativamente en forma ficta.

c. Normas violadas y concepto de la violación. La demandante señaló como normas violadas los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.



Como concepto de la violación manifestó que el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en algunos eventos, ha demorado hasta 5 años; contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que son canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud.

En virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se estableció un término de 15 días después de radicada la solicitud para resolver la solicitud y 45 días después de expedido el acto administrativo de reconocimiento, para cancelarlas. - Sin embargo, a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, la entidad demandada cancela las cesantías por fuera de este término, lo que genera una sanción equivalente a un día de salario por cada día demora, con posterioridad al día 65 y hasta cuando se efectúe el pago.

La Ley 91 de 1989, en su artículo 2, establece que las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de su promulgación son de cargo de la Nación, y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sostuvo que tiene la calidad de nacional o nacionalizado y la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, por lo que el pago de la sanción moratoria está a cargo de la entidad demandada. Y a pesar de que dicha Ley fue sustituida por la ley 1071 de 2006, fue clara la intención del legislador de buscar que, una vez el empleado quedara cesante en su empleo, pudiera obtener rápidamente unos recursos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos por la pérdida de su trabajo.

Inicialmente la sanción solo hacía referencia a las cesantías definitivas, pero con la entrada en vigencia de la Ley 1071 de 2006, la protección consistente en que el trabajador pudiera obtener su pago de la cesantía antes de los 65 días después de radicada la solicitud fue ampliada a la cesantía parcial.

3.2. Contestación (fls. 60-71).

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se opuso a las pretensiones por las razones que enseguida se resumen.

La Ley 91/89 establece que el pago de las prestaciones sociales de los docentes está a cargo del Fondo, y el artículo 2 del Decreto 2831 del 2005 establece el procedimiento a seguir frente a las solicitudes de reconocimiento, y señala que





deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada, a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del FOMAG.

El Fondo es quien tiene la función del pago de las prestaciones sociales; sin embargo, se diseñó un trámite en el que se encomienda a las secretarías el trámite de solicitudes en general y la expedición del acto de reconocimiento y, por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria - FIDUPREVISORA S.A., la administración de los recursos del Fondo y el pago de las prestaciones reconocidas, luego de contar con el acto administrativo emitido por la secretaría de educación y previo trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente, conforme a derecho y a la mayor brevedad posible, según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los actos administrativos mencionados llevan inherente una condición suspensiva, que en el presente caso es la disponibilidad presupuestal con la que cuenta según los recursos provenientes de Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y esta sujeción a las decisiones del Ministerio es la que precisamente influye en el pago tardío que aduce el actor.

La Corte Constitucional exige respetar el orden de las solicitudes de pago y tener en cuenta la disponibilidad presupuestal. Por lo tanto, se desconocen los principios y la jurisprudencia constitucional, cuando se reconoce intereses moratorios y/o indexación en casos en que se pagan efectivamente las cesantías atendiendo el turno de atención correspondiente y la asignación presupuestal destinada para tal efecto, de acuerdo al principio de Igualdad.

Las etapas, términos y demás formalidades para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG, está consagrado en el Decreto 2831 de 2005, que reglamentó 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.

Dicho procedimiento especial *"...en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías."* Lo anterior, porque "en



materia sancionatoria, al igual que en el derecho penal, opera el principio de interpretación restrictiva de la norma, es decir, que las normas que establecen sanciones o que fijan límites a los derechos se deben interpretar a la determinación literal de la conducta que se sanciona, quedando proscrita todo tipo de interpretación extensiva, analógica o deductiva.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe y las genéricas e innominadas.

3.3 Sentencia de primera instancia (117-127 – C1).

El Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 16 de noviembre de 2016, accedió a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

PRIMERO. DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto negativo respecto de la falta de respuesta a la petición de fecha 27 de junio de 2014, que negó el pago de la sanción moratoria deprecada, generada por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución No. 894 de 9 de mayo de 2013, a favor de la parte demandante, señora Deyvis María Valdés Mendoza, identificada con la cedula de ciudadanía No. 33.341.764.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

2.1 Reconocer y pagar a favor de la demandante, señora Deyvis María Valdés Mendoza, identificada con la cédula de ciudadanía No. 33.341.764, la suma de dieciséis millones ciento setenta y un mil cuatrocientos nueve pesos con veinticuatro centavos (\$16.171.409,24), por concepto de sanción moratoria 61 días de salarios del año 2016, por concepto de sanción moratoria prevista las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. El valor mencionado ya se encuentra indexado.

2.2 A partir de la ejecutoria de la sentencia se causarán intereses en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 e 2011, para las sumas adeudadas.

2.3 Dar cumplimiento a la sentencia en los términos que señala el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO. NO CONDENAR a la parte demandada a pagar costas (...) conforme a lo dicho en esta providencia. (...).

Para sustentar su decisión la A-quo señaló que el 17 de septiembre de 2012 la accionante solicitó ante la Secretaria de Educación del Departamento de Bolívar, con destino al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, solicitud de reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, la cual fue resuelta mediante Resolución No. 894 del 9 de mayo de 2013, reconociéndole la suma



de \$11.014.955. El valor anterior fue consignado en el Banco BBVA el 1° de agosto de 2013.

Adujo que desde la fecha en la que accionante radicó la solicitud de pago de las cesantías, la entidad accionada tenía 70 días para proferir el acto administrativo de reconocimiento, término que se venció el 28 de septiembre de 2012.

Sostuvo que entre el 1° de febrero de 2013 y el 1° de agosto de 2013 (fecha del pago de las cesantías) transcurrieron 180 días de mora.

3.4. Del recurso de apelación. (fls. 143-149 - C2)

La apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló que la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006, por la cual se adicionó la Ley 244 de 1995, solo procede respecto de los plazos para el trámite de las prestaciones económicas.

La FIDUPREVISORA S.A., cancela los pagos de las prestaciones luego de contar con el acto administrativo emitido por la Secretaría de Educación, previo al trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente, y según la disponibilidad de recursos provenientes el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La sanción por mora por el pago tardío de las cesantías de los trabajadores y servidores del Estado regulada por la Ley 1071 de 2006, no se hace extensiva a los docentes del sector público, pues la Ley 91 de 1989 regula de manera especial las cesantías para los docentes y no contempla la sanción por mora en su pago.

Sostuvo, además, que carece de competencia para variar algún derecho que ha sido reconocido directamente por el respectivo ente territorial; y 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 las Instituciones Educativas y del personal docente y administrativo de los planteles educativos, y expidió el acto administrativo objeto de la demanda, por medio del cual se procedió a decidir la vacancia definitiva del cargo que venía desempeñando.

Reiteró que no procede sanción alguna por el retardo en el reconocimiento y pago de las cesantías, condicionados a la expedición de disponibilidades presupuestales por parte del Ministerio de Hacienda y al respeto a turnos establecidos conforme al orden de reclamación.



El acto administrativo demandado fue expedido por la Secretaría de Educación Departamental y no por la entidad condenada, quien carece de legitimación en la causa por pasiva.

3.5. Trámite procesal en segunda instancia

Surtido el trámite ordinario previsto para la segunda instancia, mediante auto del 24 de julio de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 3 – C2), y por providencia de 10 de octubre de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (fl. 7 – C2).

La parte demandada – FOMAG -, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en su recurso de apelación (fls. 10 – 15 – C2). - El Ministerio Público considera evidente que el pago de las cesantías a la actora se efectuó con posterioridad a los 70 días que estipula la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por lo que corresponde ordenar el pago de sanción moratoria. Por otra parte, se debe aplicar íntegramente la Ley 244 y ley 1071 de 2006; por ello, el término en que se iniciará la mora para el pago de las cesantías es a partir del 28 de diciembre de 2012, y no la fecha que indica la jueza de primera instancia (fs. 16-21). - La parte demandante no presentó alegatos.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar la decisión que en derecho corresponda.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

5.2. Problema jurídico.

Consiste en determinar si la demandante tiene derecho a que se reconozca y pague la sanción prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, por el pago





tardío de sus cesantías parciales y, en caso afirmativo, quién es la entidad encargada del pago.

5.3. Tesis de la Sala

De acuerdo con las normas reseñadas, al accionante sí tiene derecho al pago de sanción por mora en el pago de sus cesantías, y aunque el término de mora señalado por el A quo es inferior al que corresponde, la sentencia no será modificada, pues ello implicaría hacer más gravosa la condena al apelante único, y debe prevalecer el principio de la no reformatio in pejus, previsto en el artículo 31 constitucional y 328 del C. G. P., conforme al cual, el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

No obstante, se modificará la sentencia de primera instancia, por advertirse que el Juez no debió indexar la condena.

Además, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, conforme al Decreto 2831 del 2005 y, por tanto, de la sanción que se cause por su pago tardío.

5.4. Marco normativo y jurisprudencial.

5.4.1. De la sanción por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes.

La cesantía es una prestación social, originada 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, cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda, entre otros motivos previstos legalmente.

Las cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran amparadas por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la que se 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".

La norma trascrita no establece la sanción por la mora en la cancelación de las cesantías a los docentes, generando múltiples decisiones disímiles, en las cuales jueces, magistrados y consejeros de estado han negado y concedido el pago de la sanción, lo que se traduce en una inseguridad jurídica para los administrados al no tener claro si tienen derecho o no al reconocimiento de esta prestación.

Ante la incertidumbre generada por la situación anterior, la Corte Constitucional, mediante sentencia de unificación SU-336 de mayo 18 de 2017, precisó que *aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.*

Lo anterior, porque lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido. Así mismo, aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989...".

La sanción moratoria en estudio se instituyó en la Ley 244/95, 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 o parciales. Al respecto señalan los artículos 1 y 2 de la mencionada ley:

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 2006¹, así:

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

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

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

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

¹Por 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.



2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

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

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

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

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

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

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

Igualmente, vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución." (Negritas y subrayas nuestras).

Sobre la interpretación de las normas en cita por parte del Consejo de Estado, en sentencia de la Sala Plena de fecha 27 de marzo de 2007, expediente No. 2777-2004, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se llegó a las siguientes conclusiones:

"(...) 5.3. Formulación de las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas.

(...) Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así:

5.3.1 La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías.

5.3.2 La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga.

5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.





En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:

5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.

5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.

5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.

5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.

5.3.4. Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.

En las situaciones aludidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral.

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V.gr. hipótesis 5.3.3.1 y 5.3.3.2. (...)

En suma la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. (...)

(i) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

(ii) Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía.

(iii) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva.

(iv) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros, expresos y exigibles, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.

Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho. (...)
(Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo expuesto, concluye el Tribunal:

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. Presentada la solicitud, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, cuenta con 15 días hábiles para expedir la resolución de reconocimiento.

5. De conformidad con el artículo 87 del CPACA, la **Resolución de reconocimiento quedará en firme** desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos, o desde el día siguiente al vencimiento del término para interponer recursos cuando estos no fueron interpuestos o respecto de ellos se hubiera renunciado.

6. A partir de la firmeza del acto de reconocimiento, **la entidad pública pagadora de que trata el artículo 2° de la Ley 244 de 1995 - diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones - cuenta con un término máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, 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.**

Precisa la Sala, que aunque la Ley 91 de 1989 que regula de manera especial el pago de cesantías para los docentes, no contempla la sanción moratoria por el retardo en el pago, el Consejo de Estado², en proveído cuyos fundamentos se comparten, ha reconocido sin mayor dificultad la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector público, siendo esta posición, a criterio de esta Sala de Decisión, la que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral y al de igualdad material de los docentes frente a los otros servidores públicos que sí se ven cobijados por dicha prerrogativa; aplicabilidad que igualmente se da, acudiendo a una interpretación finalista de la norma general, que procura que al establecer el auxilio de cesantías en favor de servidores públicos, la administración debe reconocerlo y pagarlo en unos plazos, es decir, no puede hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa

²Consejo de Estado- Sección Segunda del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B", M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación No. 23001-23-31-000-2004-00069-02(0859-08), actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo, sentencia del 21 de mayo de 2009.





prestación social, la cual es, servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante. De allí que, en vista de la finalidad que llevó a establecer la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías, no es posible que excluir a los docentes que se podrían encontrar en la misma situación.

Los mismos criterios fueron expuestos en sentencia de 22 de enero de 2015, Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) la Segunda-Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, y en sentencia proferida por la Subsección B de 17 de noviembre de 2016, C.P. William Hernández Gómez, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01.

Así las cosas, ha de concluir la Sala que para el caso de los docentes del sector público también resulta aplicable la sanción moratoria establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

5.4.2. Norma aplicable al trámite de solicitudes de reconocimiento de sanción moratoria presentadas por docentes.

Aunque este Tribunal ha sostenido en oportunidades anteriores que la aplicación del procedimiento previsto en el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, que previó unos términos especiales en el trámite de reconocimiento de derechos reclamados por afiliados al FOMAG, era compatible, cuando se trataba de reclamaciones de sanción moratoria, con la Ley 1071 de 2006 que establece unos términos para dicho reconocimiento aplicables a los empleados públicos en general; modificará su posición para acoger sobre este aspecto, la asumida por el H. Consejo de Estado-Sección Segunda, en reciente pronunciamiento del **diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)**, donde 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 2006³ fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes⁴, 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**

³ «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.»

⁴ Artículo 150 de la Constitución Política.



de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006⁵, 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." (Negritillas nuestras).

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

El artículo 89 preceptuaba:

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

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

La Corte Constitucional, declaró inexecutable esta disposición refiriendo:

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

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

⁵ «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.».



"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.**"

En efecto, y siendo consecuente con el criterio jurisprudencial expuesto 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 anterior, 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 2005⁶ para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006⁷ 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.

5.4.3. Legitimación en la causa por pasiva.

Los argumentos expuestos previamente permiten concluir, adicionalmente que la legitimación en la causa por pasiva en casos de reclamo judicial de la sanción por mora en el reconocimiento y pago de cesantías a favor de docentes oficiales es la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

⁶ «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

⁷ «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.».



En efecto, 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 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, no puede atribuirse a la Secretaría de Educación de la entidad territorial demandada obligaciones que no le corresponden legalmente, pues sus funciones se limitan a la proyección y suscripción de los actos administrativos que reconozcan o nieguen prestaciones sociales, en nombre del Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las condenas que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación territorial, ello, no obstante la responsabilidad disciplinaria y fiscal en que podrían verse incurso los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a eso hubiere lugar.

5.4.4. Consecuencias de la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal para el pago de cesantías y de la necesidad de asignación de turnos.

La falta de disponibilidad o apropiación presupuestal para el pago de cesantías, o la necesidad de atender los turnos en el orden de reclamación, no constituyen un motivo legalmente válido para desconocer los derechos laborales mínimos de los empleados públicos, pues la administración tiene la obligación, instituida en el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, de tramitar en forma eficiente, tanto la expedición de disponibilidades y registros presupuestales, como la oportuna asignación de los recursos económicos para atender sus obligaciones. Y también tiene la obligación de tramitar y decidir las reclamaciones de prestaciones sociales de conformidad con los términos y condiciones previstos en la Ley 91/89 y el Decreto Reglamentario 2381/05.

El retardo en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías y la ineficiencia de la administración en aportar los documentos necesarios para el efecto, no

impide el surgimiento de ese derecho, pues la consecuencia a dichas omisiones están previstas en la ley y no es otra que el deber de pagar una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

5.5. Caso concreto.

5.5.1 Hechos relevantes probados.

El 17 de septiembre de 2012, la demandante radicó ante la entidad demandada la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales; la cual fue resuelta mediante Resolución No. 0894 del 9 de mayo de 2013, en la que se reconoció la suma de \$11.014.955 por concepto de liquidación parcial de cesantías, (fs. 18-20 - C1).

El 1º de agosto de 2014 quedó a disposiciones del accionante la suma anterior, consignada en el Banco BBVA (fl. 21 - C1).

El 27 de junio de 2014 la accionante radicó ante la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar la solicitud dirigida al Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio -, para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria (fs. 27 - 28 - C1).

Al no ser contestada dicha solicitud, se configuró el acto ficto negativo frente a la petición radicada el día 27 de junio de 2014.

5.5.2 Análisis críticos de las pruebas frente al marco jurídico.

La demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el 17 de septiembre de 2012, por lo que el trámite para reconocer y pagar las cesantías vencía el 28 de diciembre de 2012.

El siguiente es el cronograma que debió cumplir la demandada, de acuerdo con las Leyes 244/95 y 1071/06.

Radicación de la solicitud	17 de septiembre de 2012
Expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías (15 días)	Hasta el 08-10-2012
Ejecutoria del acto administrativo (10 días - CPACA)	Hasta el 23-10-2012
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 28-12-2012

Se concluye de todo lo anterior que las cesantías debieron pagarse el 28 de diciembre de 2012, pero se pagaron efectivamente el 1º de agosto de 2013, por



lo cual el pagador incurrió en 215 días de mora, contados desde el 29 de diciembre de 2012 hasta el 31 de julio de 2013.

De acuerdo a lo anterior tenemos:

Salario básico mensual de la señora Deyvis María Valdés Mendoza para el año 2013: \$2.313.189,00 (ver fl. 25).

Asignación diaria de 2013: \$77.106,30

Días en mora: 215

Por lo tanto tenemos como resultado una sanción de \$16.570.161.70 producto de multiplicar la asignación diaria de 2013 (\$77.106.30) por los días en mora en que incurrió la parte demandada (215).

El A-quo indicó que la entidad demandada incurrió en 180 días de mora, contados desde el 1º de febrero de 2013 hasta la fecha en que efectivamente se hizo el pago, 1º de agosto de 2013.

Pese a que el Juzgado de primera instancia, a juicio de la Sala incurrió en error al señalar un término de mora inferior al que corresponde, la sentencia no será modificada, pues ello implicaría hacer más gravosa la condena al apelante único, y debe prevalecer el principio de la no reformatio in pejus, previsto en el artículo 31 constitucional y 328 del C. G. P., conforme al cual, el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

Sin embargo, dicho principio no se vulnera si se excluye como día de mora aquél en el que se efectuó el pago (1º de agosto de 2013), como se hará en la sentencia.

5.5.3. Sobre la indexación ordenada por el Juez de primera instancia.

Por otra parte, la Sala modificará la sentencia apelada, por condenar a la parte demandada al pago de la indexación de la sanción moratoria, la cual fue incluida en el numeral segundo, 2.1 de la sentencia apelada, pues ello resulta improcedente por las razones que de manera reiterada ha expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo en distintas oportunidades, entre ellas al proferir la sentencia de 17 de noviembre de 2016, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" C.P. Dr. William Hernández Gómez, Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01, donde expresó lo siguiente:

"¿Hay lugar a los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías?"



La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No hay lugar a ordenar los ajustes de valor de acuerdo al IPC en los casos de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contemplado en la Ley 1071 de 2006, como a continuación se argumentará.

Sobre el particular es pertinente citar la jurisprudencia que indica la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda en este punto, a saber: "[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 199616, la jurisprudencia del Consejo de Estado (17) ha delineado posición según la cual 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 sólo 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 [...]" 18 (Subraya de la Subsección).

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.

En aplicación del criterio anterior, se revocará la condena referida a la indexación de la sanción moratoria, en defensa del patrimonio público.

5.5.4. Condena en Costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Pero, como el recurso de decidió en forma parcialmente favorable al apelante, no habrá condena en costas en segunda instancia.

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

FALLA

PRIMERO: Modificar el numeral segundo de la sentencia apelada, el cual quedará así:

"SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio:

2.1 Reconocer y pagar a favor de la demandante, señora Deyvis María Valdés Mendoza, identificada con la cédula de ciudadanía No. 33.341.764, la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, a razón de un día de salario por día de retardo, causados entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de julio de 2013, inclusive.

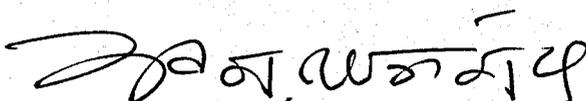


SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia apelada

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Ausente con permiso
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-013-2016-00004-01
Demandante	Deyvis María Valdés Mendoza
Demandado	Nación - Ministerio de Educación -FOMAG
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Sanción moratoria docente