



Cartagena de Indias D.T y C., veintidós (22) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2015-00220-01
Demandante	EMEL MUÑOZ CAÑA
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>SANCIÓN MORATORIA – aplicación de la Ley 1071 de 2006 – SANCIÓN MORATORIA DOCENTE</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en audiencia del 23 de septiembre de 2016, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió negar las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por EMEL MUÑOZ CAÑA, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor EMEL MUÑOZ CAÑA, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE

¹ Folios 2-14 c/no 1



PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la existencia y nulidad del acto administrativo ficto configurado el **10 de septiembre de 2014**, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el 10 de junio de 2014, por el pago tardío de las cesantías del actor.

SEGUNDO: Que se declare que el señor EMEL MUÑOZ CAÑA, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006; en consecuencia, condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLIVAR, al pago de 1 día de salario por cada día de retardo contados desde los 70 días hábiles desde cuando se presentó la petición respectiva.

TERCERO: Que se dé cumplimiento al fallo, de acuerdo con lo establecido en el art. 192 y ss., del CPACA.

CUARTO: Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLIVAR al reconocimiento y pago de la actualización o indexación de la condena.

QUINTO: Reconocer y pagar los intereses causados en favor del actor.

SEXTO: Condenar en costas y agencias en derecho.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

El demandante expone que, el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, fue creado por medio de la Ley 91 de 1989, y tiene bajo su competencia el pago de las cesantías a los docentes de los establecimientos educativos de orden oficial.



Que, laboró como docente en una institución educativa de carácter estatal, y el 30 de octubre de 2012 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho.

Expone, que por medio de Resolución No 0069 del 24 de enero de 2013 le fue reconocido su derecho, siendo canceladas las mismas el 1 de agosto de 2013.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 70 días para el pago de las cesantías en comento, la cual vencía el 12 de febrero de 2013, sin embargo, solo lo realizó el 1 de agosto de 2013, transcurriendo un total de 168 días de mora.

Afirma el actor que, con escrito del 10 de junio de 2014, solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta no dio respuesta a su petición, configurándose el silencio administrativo negativo.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

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

2.4.1 Concepto de la violación

Ley 91 de 1989. Artículo 2 numeral 5

La demandante 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, situación por la que la sanción moratoria está a cargo de la demandada y está obligada a responder por la situación.

Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006

Indica que la demandada dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en





el artículo 2º de la misma ley, tiene un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que quede el acto administrativo para cancelar la prestación.

Explica el demandante que se transgredieron las disposición constitucionales citadas y de manera especial las legales por cuanto se desconocieron los términos o plazos establecidos para el reconocimiento y pago de las cesantías y al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, con lleva el hecho de haber expedido el acto de reconocimiento en términos que excedieron los establecidos en la norma, o por el hecho de haberse expedido oportunamente el acto de reconocimiento pero por no haber realizado el pago de los dineros reconocidos en el acto dentro del tiempo máximo que el precepto legal establece, se transgrede la norma y se desconoce el espíritu bajo el cual la misma fue desarrollada.

Explica que la Ley 244 de 1995 fue sustituida por la Ley 1071 de 2006, es claro que la intención del legislador, fue buscar que una vez el empleado quedara cesante en su empleo, pueda obtener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perder su trabajo.

Que el espíritu garantista de la ley 1071 de 2006 al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía, está siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, obviando la protección de los derechos del trabajador, haciéndose el Fondo de Prestacional del Magisterio acreedor de la sanción que corresponde por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

2.5 Contestación

2.5.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio²

Esta entidad dio contestación a la demanda el 9 de agosto de 2016, manifestando que las pretensiones del actor no están ajustadas a derecho, puesto que debió demandar a la entidad administradora de los recursos del magisterio, que es la Fiduprevisora. Añade, que a los docentes no les es permitido el reconocimiento de sanción moratoria por el no pago de las

² Folio 54-66 c. 1



cesantías, debido a que las normas que regulan sus derechos no lo contempla; como son la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005.

Además de lo anterior, expone que no es posible realizar el pago oportuno de las cesantías a los empleados del magisterio, toda vez que el Fondo de Prestaciones Sociales no cuenta con recursos para ello. Agrega, que no puede generarse el cobro de unos intereses moratorios cuando al actor se le reconocieron y pagaron sus cesantías en tiempo, de acuerdo al orden de turnos manejados a la hora de radicar la petición de pago de cesantías.

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso las siguientes:

- Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma: Se estructura por cuanto su pretensión se basa en una norma, desconociendo el ordenamiento jurídico de manera integral, en el que se encuentra también las normas y sentencias en las cuales fundamenta su posición.
- Pago: Que ha cancelado a la demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal y el principio de igualdad.
- Cobro de no debido: Indicando que no existe sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de lo solicitado, puesto que la demandada no podía ordenar el pago, so pena de incurrir en pago de no debido en los términos del artículo 2313 del Código Civil.
- Prescripción: Que en caso de ser procedente, se declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que no fueron oportunamente reclamadas dentro de los 3 años siguientes a la exigibilidad del derecho prestacional.
- Compensación: Expresa que sin que implique reconocimiento del derecho alguno, solicita en caso de ser procedente, se declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por la demandada.
- Excepción genérica o Innominada: Solicita que se declare probada de oficio cualquiera que el fallador encuentre en los términos del Artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Buena Fe: La demandada cita como antecedente la Sentencia T-475 de 1992 y agrega que ha actuado de buena fe exenta de culpa, inclusive, durante todos los trámites efectuados por la parte demandante y en cumplimiento de las normas que regulan la materia.





III. - SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 23 de septiembre de 2016, el Juez Segundo Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, negando las pretensiones del demandante, bajo el argumento de que las normas que aplican para los docentes, son la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que no contemplan la sanción moratoria por el no pago de cesantías.

Añade, que no es posible aplicar parcialmente la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, conjuntamente con la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, pues ello rompería con el principio de inescindibilidad de la norma. Sostiene además, que el art. 5 de la Ley 1071 de 2006, no procede frente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, puesto que la misma ley no menciona expresamente que los docentes sean beneficiarios de dicha legislación; por lo que extenderles su aplicación, violentaría el principio de legalidad que informa el derecho sancionatorio.

Teniendo en cuenta lo anterior concluyó, que al demandante no le asiste el derecho que reclama, por cuanto no hay regulación expresa que contemple la sanción moratoria para los docentes, y que determine el procedimiento su configuración, pues ni el Decreto 2831 de 2005, ni ninguna otra disposición contempla ésta posibilidad.

IV. - RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 5 de octubre de 2016, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 23 de septiembre de 2016, manifestando que al caso en concreto, debe aplicarse la Ley 1071 de 2006, que establece la sanción moratoria para los empleados y trabajadores del Estado, y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejercen funciones públicas, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al fondo nacional del ahorro.

³ Folio 82-85

⁴ Folio 86-93 c. 1



En ese orden de ideas, manifiesta que al legislador incorporar en la citada norma, la expresión "los empleados y trabajadores del Estado" no queda duda que dicha normatividad le es aplicable también a los empleados del magisterio, por tener éstos la calidad de empleados del estado.

Sostiene que, si bien es cierto que no existe sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre el tema, lo que permite que cada juez aplique su criterio frente a este tipo de casos, lo cierto es que debe prevalecer el derecho a la igualdad de los docentes, con respecto a los demás empleados públicos.

Agrega, que la excusa del fondo para evadir el pago de la sanción moratoria, sea la ausencia de recursos, tampoco puede ser tenida en cuenta por la judicatura, por lo que solicita que en segunda instancia se revoque la sentencia y se condene a la entidad demandada.

V. - TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 17 de marzo de 2017⁵, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 27 de abril de 2017⁶, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI. - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante⁷: La parte accionante, presentó su escrito de alegatos el 5 de mayo de 2017, ratificándose en los argumentos del recurso.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: Esta entidad, presentó su escrito de alegatos el 15 de mayo de 2017, ratificándose en los argumentos de la contestación de la demanda.

6.3. Concepto del Ministerio Público: no rindió concepto.

⁵ Folio 4.

⁶ Fol. 8 apelaciones

⁷ Folio 11-17 apelaciones

⁸ Folios 18-23 apelaciones



VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

7.2.1 Cuestión previa

Por medio de esta providencia, la Sala 002 del Tribunal Administrativa de Bolívar se permite rectificar su postura frente a la manera como se debe contabilizar el término dado a la administración pública para realizar el pago de las cesantías a los docentes; pues, en decisiones anteriores se tenían en cuenta los plazos establecidos en el Decreto 2831 de 2005; sin embargo, en esta oportunidad, se acogerá la postura establecida en la sentencia del 10 de mayo de 2018, por medio de la cual el Consejo de Estado determina que en virtud del principio de inescindibilidad de la norma y del principio *de in dubio pro operario* dicho término debe contarse según las reglas fijadas en la Ley 244 de 1995 y el Ley 1071 de 2006.

7.3 Actos administrativos demandados.

- Acto administrativo ficto configurado el **10 de septiembre de 2014**, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el 10 de junio de 2014, por el pago tardío de las cesantías del actor.

7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por la parte actora y la sentencia de primera instancia, así:



¿Es procedente la aplicación de la Ley 1071 de 2006, para efectos de acceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria para los docentes?

En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea positiva, debe responderse lo siguiente:

¿Se causó en favor del señor EMEL MUÑOZ CAÑAS, el derecho a reclamar una sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas?

¿Es la inexistencia de disponibilidad presupuestal, un hecho que exonera a la entidad pagadora de la sanción estudiada?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala considera que la sentencia apelada debe ser **revocada**, toda vez 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, 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 Estado y la Corte Constitucional, ha reconocido 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; 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 excluir a los docentes que se podrían encontrar en la misma situación.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuesto, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i) la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes; (ii) el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de docentes, y la responsabilidad frente a las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos de reconocimiento; y (iii) el caso concreto.



7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1 Régimen legal de las cesantías para los docentes públicos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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 .

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 2006, así:

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

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

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

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

Artículo 4°. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los petitionarios, 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 petitionario 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 (...) 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."

Ahora bien, las cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran amparada 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.

Sin embargo, 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...”.





7.6.2 Sobre el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de docentes, y la responsabilidad frente a las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos de reconocimiento.

La Corte Constitucional, en Sentencia de unificación SU-336 de 18 de mayo de 2017 antes señalada, sostuvo que los docentes están cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula las cesantías. Sostuvo, además, que 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.

Debe destacarse que, por medio de la Ley 91 de 1989, se creó el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien es el organismo competente para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella.

Así las cosas, a fin de establecer el término que tiene la entidad para pagar las cesantías a los docentes, esta Corporación venían dando aplicación al Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, que en sus artículos 2, 3, 4 y 5, señala que:

- i. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deben 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.
- ii. Por su parte, la secretaría de educación de la entidad territorial debe recibir y radicar, en estricto orden cronológico. Igualmente, debe expedir, con destino al FOMAG la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
- iii. La secretaría de educación de la entidad territorial debe **elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de**



los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del FOMAG para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

- iv. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.
- v. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.
- vi. La secretaría de educación de la entidad territorial debe remite, a la sociedad fiduciaria, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Por otra parte, el Consejo de Estado por medio de sentencia de fecha del 10 de mayo de 2018⁹, con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, que estableció que:

“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 2006¹⁰ fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes¹¹, y de otro lado, el decreto señalado se 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 Administrativa¹², dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo

⁹ 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).

¹⁰ «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.»

¹¹ Artículo 150 de la Constitución Política.

¹² Artículo 189 *ibidem*.



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.

Aunado a lo anterior, la Sala considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005¹³ para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006¹⁴, 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.

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.

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:

¹³ «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.»

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.»





"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. 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.**"*

7.8 Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto en los considerandos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 0069 del 24 de enero de 2013¹⁵, se tiene que el señor EMEL MUÑOZ CAÑA, presta sus servicios como docente en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA DE RIO VIEJO, municipio de RIO VIEJO.

Que el actor, radicó la solicitud de reconocimiento y pago parcial de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día **30 de octubre de 2012**, según consta en la citada resolución¹⁶.

¹⁵ Folio 20-22 c. 1

¹⁶ Folio 18-19 c. 1



De acuerdo con lo anterior, tenemos que las leyes citadas en el marco normativo de esta sentencia, indican que el trámite, reconocimiento y pago de lo solicitado por el actor, debió ser el siguiente:

Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	30 de octubre de 2012
Expedición del acto administrativo (15 días)	22-11-2012
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	06-12--2012
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	12-02-2013

Como vemos el plazo feneció el **12 de febrero de 2013**; mientras que la resolución que reconoció el derecho a cesantías fue expedida el 24 de enero de 2013 (fl. 20-22) y el pago de los haberes adeudados solo se puso a disposición del actor el día **1 de agosto de 2013** (Fl. 23) por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía parcial reclamada, incurrió en una **mora de 169 días**, comprendida desde el 13 de febrero de 2013 hasta el 31 de julio de 2013.

Así las cosas, para efectos de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca y pague al señor EMEL MUÑOZ CAÑA, la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías parciales, a razón de un día de salario por cada día de mora, equivalente a CIENTO SESENTA Y NUEVE (169) DÍAS DE SALARIO, teniendo en cuenta lo devengado por el demandante en el término en el que transcurrió la mora, comprendida desde el 16 de marzo de 2013 hasta el 1 de agosto de 2013.

Por último, de la claridad fijada por la Ley 1071 de 2006 y su objetivo, que no es otro que compeler el pago oportuno de las cesantías de los trabajadores, en igualdad de condiciones, no puede ser un argumento de recibo el hecho de que la entidad no cuente con la disponibilidad presupuestal para atender dentro de los perentorios y claros plazos consagrados en la ley, para justificar la mora que incurrió en el pago efectivo de la prestación reclamada; así las cosas, la Sala desecha este argumento de la parte demandada en este asunto y procederá a revocar la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2016.



7.9. Indexación de la sanción moratoria

Atendiendo que una de las pretensiones de la demanda consiste en el pago de los intereses de mora y siendo unos de los argumentos del recurso de alzada que las sumas reconocidas deben ser indexadas, este Tribunal se apoya en la siguiente sentencia del Consejo de Estado¹⁷, que ha expresado:

"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 1996, la jurisprudencia del Consejo de Estado 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 [...]"

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."

Así las cosas, con fundamento en la sentencia transcrita, esta Corporación, considera que no es procedente acceder a la pretensión de indexación.

7.10. Conclusión

En este contexto, considera esta Corporación que se acreditó que el legislador en la Ley 1071 de 2006, no excluyó a los docentes oficiales de la aplicación de

¹⁷CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, 17 de noviembre de dieciséis 2016 Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01



la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantías, a contrario sensu su inclusión fue asentada en la exposición de motivos de la norma en cita, dado que el propósito de la misma era unificar el régimen prestacional a todos los servidores públicos, incluyendo los del sector de educación, los cuales no tienen un régimen especial y por lo tanto, se rigen por las normas generales sobre el tema.

Relativo al segundo interrogante jurídico hilvanado, la respuesta será negativa, dado que la inexistencia de la disponibilidad presupuestal, como causal de exculpación para el incumplimiento del pago oportuno del auxilio de cesantías, no es un argumento viable, en tanto son las mismas normas reguladoras de la materia las que establecen 70 días hábiles como término en los cuales debe cumplir la entidad pública nominadora con el pago de la respectiva obligación prestacional.

En consecuencia, esta Sala **REVOCARÁ** el fallo de alzada, teniendo en cuenta que está acreditada la ocurrencia de una mora en el pago de las cesantías parciales del actor, en el término de CIENTO SESENTA Y NUEVE (169) DÍAS DE SALARIO, lo que da lugar a la cancelación de una indemnización.

VII.- COSTAS -

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la prosperidad parcial de las pretensiones.

VIII.- DECISIÓN

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: REVOCAR la sentencia del 23 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.



SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto, generado por la no contestación del derecho de petición presentado el 10 de junio de 2014, presentado por el señor EMEL MUÑOZ CAÑA, para el reclamo de la sanción moratoria.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que reconozca y pague al señor EMEL MUÑOZ CAÑA, la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales, a razón de un día de salario por cada día de mora, equivalente a CIENTO SESENTA Y NUEVE (169) DÍAS DE SALARIO, teniendo en cuenta lo devengado por el demandante en el término en el que transcurrió la mora, 2013.

CUARTO: La suma de dinero reconocida en el numeral anterior, **NO** debe ser indexada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia

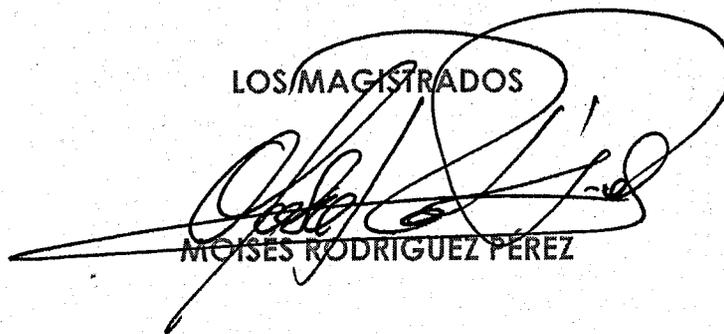
QUINTO: No **CONDENAR EN COSTAS** en esta instancia por lo plasmado en la parte considerativa del expediente

SEXTO: una vez en firme, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación

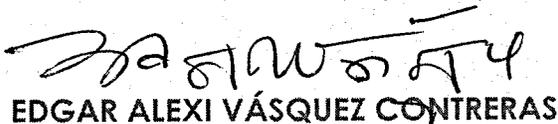
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No 058 de la fecha.

LOS/MAGISTRADOS



MOISES RODRIGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
En uso de permiso