



2C/143

Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

Cartagena de Indias, D. T. y C., ocho (08) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado No.	13001-33-33-002-2015-00147-01
Demandante	ÁLVARO JOSÉ GARCÍA ARRIETA
Demandado	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de Decisión N° 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la **parte demandante** contra la sentencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda¹

1. 1. Hechos

- 1.1.1 El día 20 de septiembre de 2012, solicitó el reconocimiento y pago de cesantías parciales para reparación de vivienda a que tenía derecho por laborar como docente del Distrito de Cartagena.
- 1.1.2 Por medio de Resolución 0318 del 30 de enero de 2013, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas y canceladas el 31 de mayo de 2013 por intermedio de entidad bancaria, esto es, con una mora de 154 días contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para hacer el pago hasta el momento en que se efectuó.
- 1.1.3 El 18 de julio de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a la entidad demandada y esta la resolvió negativamente mediante oficio 2014RE4265 del 08 de septiembre de 2014.

1.2. Pretensiones

Declarar: i) la nulidad del oficio del 08 de septiembre de 2014, que negó el derecho a pagar la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contado desde los 65 días hábiles después de radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo el pago; ii) se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconozca y pague al demandante la sanción por mora establecida en la ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006; iii) se ordene a la demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 y

¹ Folios 1-16



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; iv) se ordene el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia; v) ordenar el reconocimiento y pago de los intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el correspondiente pago y vi) las costas del proceso de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

1.3. Normas violadas y cargos de violación

Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15.

Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2.

Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

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

2. Contestación de la demanda

2.1. Distrito de Cartagena²

Se opone a cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que carecen de cualquier fundamento de orden legal y fáctico; de igual forma, considera que los hechos 1, 2, 6 y 7 no tienen el carácter de tales sino que son apartes normativos o jurisprudenciales; toma como ciertos los hechos 3, 4 y 9, como parcialmente cierto el 8 y respecto al 5, se atiene a lo probado en el proceso.

Señala que no existe legitimación en la causa por pasiva de su parte ya que no es la llamada a responder patrimonialmente por lo solicitado por el demandante, ya que su función es única y exclusivamente de colaboración a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en la elaboración de los proyectos.

Precisa que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística y cuyos recursos deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta para poder asumir el pago de las prestaciones sociales de los docentes; de igual forma, indicó que de acuerdo con la Sentencia T-248 de 2002, la responsabilidad

² Folios 46-47



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

de reconocer y pagar la indemnización moratoria recae sobre la mencionada entidad, recalcando que las Secretarías de Educación distritales actúan bajo la modalidad de desconcentración administrativa adelantando la labor de recepción de solicitudes y de revisión, liquidación y emisión de los proyectos de resolución.

Propuso la excepción de "falta de legitimación en la causa por pasiva".

2.2. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio³

Se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y derecho. Respecto de la situación fáctica manifestó que los numerales 1, 2, 6, 7 y 9 no son hechos, sino que corresponden a señalamientos normativos, jurisprudenciales y de agotamiento de la vía gubernativa; frente a los numerales 3, 4 y 5 manifiesta que son ciertos, de acuerdo a los documentos que obran en el expediente; y del hecho 8 afirma no constarle, ateniéndose a lo que se pruebe dentro del proceso.

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

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

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

De igual forma manifestó que en el caso de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye el procedimiento especial aplicable, que a su vez difiere sustancialmente de lo estipulado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y que no contempla sanción moratoria por el no pago

³ Folios 78-88





Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

oportuno de las cesantías. No puede entonces hacerse aplicación extensiva de la referida sanción, habida cuenta del principio de interpretación restrictiva que rige en materia sancionatoria.

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

3. Sentencia de primera instancia⁴

En sentencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida en el curso de la audiencia inicial, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda argumentando que, conforme el criterio de especialidad establecido en el artículo 5 de la Ley 157 de 1887, la norma aplicable al procedimiento y pago de las cesantías de los docentes, es el conjunto conformado por la ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, ya que no se podría aplicar parcialmente estas disposiciones y también el régimen general de la ley 244 de 1995 de manera parcial, creando un tercer régimen compuesto por el conjunto anteriormente descrito.

Se afirma lo anterior, puesto que, para el a quo dicha situación violentaría el principio de inescindibilidad de la norma, aunado a que la sanción por la mora en el pago de las cesantías consagrada en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, sanciona a quien incumple con el término preclusivo de 45 días, prescrito en el mismo precepto, plazo que no opera frente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que está consagrado en una norma de carácter general.

Precisa además que debe atenderse al principio de legalidad, pues no hubo consagración legal de sanción alguna para esta entidad, en la norma especial que reguló el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías para los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, calidad que ostenta el demandante, ni tampoco existe previsión en las normas especiales que gobiernan dicho procedimiento, para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías, por lo que concluye que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento solicitado.

4. Recurso de apelación⁵

La parte demandante interpuso recurso de apelación aduciendo que el artículo 123 Constitucional fija una noción general respecto de quiénes ostentan la calidad de servidores públicos, incluyendo a empleados y trabajadores del Estado, por lo que no queda duda de que la parte actora se encuentra enmarcada dentro de tal denominación.

Partiendo de lo anterior, señala que la Ley 1071 de 2006, incorporó lo dispuesto por el artículo precitado al consagrar como destinatarios de su cuerpo normativo

⁴ Folios 96-98 y CD ROM folio 101

⁵ Folios 102-110





Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

a los empleados y trabajadores del Estado; así las cosas al tener la demandante la calidad de servidora pública, indubitablemente debe aplicársele la Ley 1071 de 2006 en toda su extensión y por consiguiente el reconocimiento de la sanción moratoria en una eventual tardanza del pago de las cesantías.

Manifiesta también, que el a quo consideró que la Ley 1071 de 2006 es especial y que por lo tanto no hay lugar a aplicársela a los docentes oficiales, pero tal apreciación es errada, pues la teleología de dicha norma es que por parte de la administración, se reconozca y pague a todos los servidores públicos, sin discriminación alguna, la prestación de cesantías en los términos y plazos allí definidos. Si el legislador hubiese querido darle un entendimiento diferente lo hubiese expresado, pero no habiéndolo hecho, no le es dado al intérprete hacerlo.

5. Trámite procesal en segunda instancia

Mediante auto de fecha quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de diez (10) días, para que alegaran de conclusión y rindiera concepto de fondo, respectivamente.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Parte demandante⁷

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación e indicó que el Consejo de Estado en providencia de 4 de diciembre de 2015, ha señalado que no existe razón jurídica alguna para excluir a los docentes del sector oficial, del derecho al pago oportuno de las cesantías y que de lo contrario se desconocería injustificadamente el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores.

Expresó que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías consagrada en la Ley 1071 de 2006, no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que no contraría las condiciones ni la competencia para el reconocimiento de la prestación, ni tampoco se ve afectado el derecho del empleado docente de recibir el auxilio de cesantía. En esa medida lejos de contraponerse las disposiciones normativas en cuestión, lo que ocurre es que se complementan.

6.2. Parte demandada

No alegó de conclusión.

⁶ Folios 133-134

⁷ Folios 138-141



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

6.3. Concepto del Ministerio Público.

No emitió concepto.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente, se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Asunto de fondo

2.1. Problemas jurídicos

Atendiendo a que el Juez de Segunda instancia está limitado a los argumentos expuestos en el recurso de apelación y a que en el caso concreto el apelante único es la parte demandante, el cual alegó que a los docentes se les debe reconocer y pagar la sanción moratoria en los términos previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, la Sala habrá de resolver los siguientes interrogantes que tienden a la defensa de dicha entidad y del ordenamiento jurídico⁸:

¿Tiene derecho el demandante a que se reconozca y pague la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, derivada del no pago oportuno de sus cesantías parciales causadas con ocasión de su desempeño como docente?

En caso de ser afirmativa la anterior respuesta, se debe determinar si:

⁸ Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección A. C. P MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Fecha: doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00877-01(49989).

"Como de manera reiterada lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Corporación⁸, la competencia del juez de segunda instancia se rige por el principio de congruencia⁹, en virtud del cual la alzada se decide a partir de los cargos planteados contra la decisión recurrida, en tanto que con estos se indica cuáles fueron los yerros o desaciertos en los que se incurrió al resolver la *litis* presentada, salvo que se trate de circunstancias sin las cuales no sea posible decidir o de las susceptibles de ser declaradas de oficio, toda vez que estas son consustanciales a la labor de defensa del ordenamiento jurídico".



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

¿Quién es la entidad competente para reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, derivada del no pago oportuno de sus cesantías parciales?

Luego de determinado los problemas jurídicos anteriores, se deben resolver los siguientes problemas jurídicos asociados:

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

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

Y finalmente debe resolverse sí:

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

3. Tesis de la Sala

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, porque contrario a lo afirmado por el a quo, los docentes tienen derecho como los demás servidores públicos al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; en ese orden, al demandante se le reconocerá la sanción moratoria por el reconocimiento y pago inoportuno de sus cesantías parciales, precisando que la entidad competente es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De igual forma, la Sala precisa que en el presente caso no ha operado el fenómeno de la prescripción previsto en el artículo 151 del Código Sustantivo del Trabajo.

4. Marco normativo y jurisprudencial

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

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



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales⁹.

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, los docentes oficiales se agrupan en: (i) **personal nacional**, el cual reúne a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; (ii) **nacionalizado**, entendiéndose integrado por el personal vinculado mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975¹⁰; y (iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10¹¹ de la mencionada ley.

Teniendo en cuenta las tres categorías enunciadas, el numeral 5º del artículo 2º de la Ley 91 de 1989 estableció que el pago de las prestaciones del personal

⁹ Corte Constitucional C- 741-2012

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

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

Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

docente **nacional y nacionalizado** estaría a cargo de la Nación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG.¹²

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

“Artículo 15: Numeral 3. Cesantías.

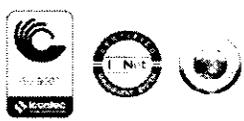
A. Para los **docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado,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

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

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

En relación con los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, con ponencia del Consejero WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, llegó a la conclusión

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



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

que es al Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FOMAG, la entidad obligada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías.

Al respecto recalcó:

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

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

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

La Corte Constitucional en Sentencia SU 336 de 2017¹³, unificó el criterio jurisprudencial frente al derecho de los docentes oficiales de percibir la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías definitivas y parciales como el resto de servidores públicos, para concluir que también tienen derecho a ser acreedores a la misma dando aplicación al principio de igualdad. Por su parte, el Consejo de Estado- en sentencia de Unificación SUJ-012-S2 de fecha 18 de Julio de 2018 volvió a acoger esta posición que ya venía adoptando desde la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección A, C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, de fecha, dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), radicado: 73001-23-33-000-2014-00217-01(4846-14), en las que se precisa que los docentes del sector oficial, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y que la misma está a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Acorde con lo anterior, la Sala debe recalcar que, la sanción moratoria se encuentra prevista en la **Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006** y tiene lugar siempre que al momento del retiro del servicio o de la terminación del contrato, la entidad pública pagadora incumpla los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (ley 244 de 1995) y definitivas o parciales (ley 1071 de 2006 que la adicionó y modificó).

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



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

Al respecto señalan los artículos 1 y 2 de la ley 244 de 1995:

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

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

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

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

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

Cabe señalar que la citada norma fue **adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006¹⁴**, 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.

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



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De conformidad con lo anterior, se puede llegar a las siguientes **conclusiones:**



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

1. La vía judicial adecuada para reclamar el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva y la sanción moratoria es el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, dado que no existe título ejecutivo.
2. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese.
3. La liquidación de la cesantía definitiva o parcial debe estar contenida en una resolución o acto administrativo originado en la petición del interesado.
4. La petición del interesado se debe resolver por la entidad dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a su presentación.
5. La entidad pública pagadora de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995 es diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones, por ello, la primera cuenta con un término máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto liquidador, para hacer efectiva la prestación liquidada, so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.
6. De forma detallada se tiene que, presentada la solicitud, la entidad tiene 15 días hábiles siguientes para efectuar su reconocimiento y ordenar su pago, es decir, para expedir la resolución; más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria del acto de reconocimiento (en vigencia del CCA o 10 días hábiles en vigencia del CPACA) y 45 días hábiles siguientes para efectuar la cancelación de las mismas, lo que sumado arroja un total de 65 días (CCA) o de 70 días (CPACA) a partir de la presentación de la petición del reconocimiento de las cesantías, para pagar sin incurrir en la sanción moratoria.

4.3. De la Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 de fecha 18 de julio de 2018, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en pleno

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

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

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹⁵ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

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

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

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

4.4. Sobre la no la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006

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

"...De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que para el reconocimiento y pago de los afiliados al FOMAG, el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, previó unos términos especiales; no obstante, dado que la Ley 1071 de 2006¹⁶ fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes¹⁷, y de otro lado, el decreto señalado ser expedido por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria.

¹⁵ Artículos 68 y 69 CPACA.

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

¹⁷ Artículo 150 de la Constitución Política.



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

46. Aunado a lo anterior, la Sala considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006¹⁸, para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería el principio de inescindibilidad que rige la aplicación de la ley, y en virtud del cual, se prohíbe acudir de manera parcial a varias normas para tomar lo favorable de cada una.

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

Así mismo, la Sala debe precisar que, la Corte Constitucional en Sentencia 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 la anterior disposición en síntesis, por los siguientes argumentos:

"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:

¹⁸ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.».





Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

"En conclusión, el pago de las cesantías del personal docente causadas desde la promulgación de la Ley 91 de 1989 sigue la normatividad aplicable a los empleados del sector público del nivel nacional.

Al respecto, la Ley 244 de 1995 fijó los términos para el pago oportuno de las cesantías de los servidores públicos, en esa dirección, estableció que la entidad responsable cuenta con quince (15) días hábiles para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías; y un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para realizar el pago, contados desde que la resolución de reconocimiento quede en firme. Estos términos deben contarse de conformidad con el artículo 76 del CPACA, donde se indica que contra la resolución que concede o niega el beneficio, se cuenta con un término de diez días para la presentación de los recursos de ley.

En otros términos, cuando el artículo 19 de la ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.

Esta ley establece los términos para el pago de las cesantías parciales o definitivas y la mora de éstas a cargo del FOMAG, en los artículos 4 y 5, así (...)"

De igual manera, la Sala recalca que, la Corte Constitucional en Sentencia SU 336 de 2017 sobre este trámite, recordó:

*"En la sentencia C-471 de 2012, la Corte reiteró que aunque los docentes oficiales no pueden entrar en la categoría de empleados públicos de manera directa, sí se pueden asimilar a estos; es decir, que tienen un tratamiento equivalente. **Más adelante, en la sentencia C-486 de 2016 esta Corporación sostuvo que la aplicación de los términos establecidos en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que regula el régimen para el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos de orden nacional, se hace extensiva a los docentes del sector público, toda vez que no existe otro conjunto normativo que englobe la situación de los docentes oficiales vinculados mediante acto administrativo**".*

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

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



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]»¹⁹

4.6. Sobre la prescripción.

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

En el caso concreto, las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 no consagraron expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, lo cual no significa que la misma sea imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles, por analogía se aplicará el artículo 151 del C.P.T.²⁰

5. El caso concreto

5.1. Hechos relevantes probados

5.1.1. El señor **ÁLVARO JOSÉ GARCÍA ARRIETA** está vinculado a la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena como docente de vinculación **nacional**, fuente de recursos: situado fiscal – presupuesto Ley 91, desde el 16 de febrero de 1994 hasta el 30 de diciembre de 2011 (Fl. 24).

5.1.2. El **20 de septiembre de 2012** radicó solicitud de reconocimiento de cesantías parciales, con destino a reparación de vivienda (Fl. 24).

5.1.3. Mediante **Resolución 0318 del 30 de enero de 2013**, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó pagar la suma de **\$9.852.268** por concepto de anticipo de cesantías (Fls. 24-26).

5.1.4. Dicha Resolución fue notificada personalmente el 31 de enero de 2013, según sello de diligencia de notificación (Fl. 26), sin que exista constancia de que contra la misma se interpusiera recurso de reposición dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación, conforme se indicó en el artículo 4 de la misma.

¹⁹Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, 12 de diciembre de 2017, radicado: 73001-23-33-000-2014-00657-01(3797-15)

²⁰ «[...] Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual. [...]».



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

5.1.5. De acuerdo con el comprobante de pago visible a folio 28, el FOMAG realizó consignación a favor del señor ÁLVARO JOSÉ GARCÍA ARRIETA por la suma de \$9.852.268, el día **31 de mayo de 2013**, encontrándose a disposición aquella desde esa misma fecha.

5.1.6. En fecha **18 de julio de 2014**, el demandante presentó petición en la que solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 (Fls. 20-21). Dicha petición fue resuelta en forma negativa por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, mediante **oficio No. 2014RE4265 del 8 de septiembre de 2014** (Fls. 22-23).

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

Teniendo en cuenta los problemas jurídicos formulados conforme a la alzada, la Sala precisa que, conforme se expuso en el marco normativo de esta providencia, la sentencia de primera instancia se debe revocar en cuanto denegó las pretensiones de la demanda encaminadas a reconocer a favor del demandante la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales conforme las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Conforme a lo anterior, se resolverán los problemas jurídicos planteados de la siguiente manera:

5.2.1. En el presente caso se tiene que el actor pretende le sea reconocida la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, derivada del no pago oportuno de las cesantías parciales que solicitó con ocasión de su desempeño como docente vinculado a la Secretaría Distrital de Cartagena de Indias.

Al respecto, advierte la Sala que, contrario a lo sostenido la parte demandada como por el Juez de primera Instancia, en cuanto a la no aplicación de la sanción moratoria en favor de los docentes por tener un régimen especial, debe indicarse que, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto en esta providencia, para el caso de los docentes del sector público también es aplicable la sanción moratoria establecida en la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, por criterios de igualdad laboral frente a otros empleados públicos del Estado y atendiendo a una interpretación finalista de la ley.

Teniéndose claro además que, la falta de disponibilidad o apropiación presupuestal no es razón suficiente para no reconocer los derechos laborales mínimos a los empleados públicos, pues la administración está en la obligación de mantener disponibles los recursos económicos para atender tales obligaciones, los cuales debieron situarse de antemano por la autoridad correspondiente, máxime cuando se trata de un empleado que prestó sus servicios como docente en el Distrito de Cartagena desde el año 1994 (Fl. 24).

Explicado lo anterior, en el presente caso se tiene que, el actor solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el día 20 de septiembre de 2012, teniendo la entidad demandada quince (15) días hábiles para dictar el



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

acto de reconocimiento de las mismas, diez (10) días más para que este quedara ejecutoriado, conforme lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 y cuarenta y cinco (45) días hábiles para efectuar el pago. No obstante, está probado que las cesantías parciales solicitadas fueron conocidas mediante Resolución 0318 del 30 de enero de 2013, notificado el día 31 de enero de la misma anualidad, quedando ejecutoriado el día 14 de febrero de 2013 y su cancelación se hizo efectiva el día 31 de mayo del mismo año por la suma de \$9.852.268,00.

Como consecuencia de lo anterior, evidencia la Sala que la entidad demandada omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías parciales solicitadas por el señor ÁLVARO JOSÉ GARCÍA ARRIETA.

En este sentido, es ostensible que el demandante tiene el derecho a la reclamación por concepto de sanción moratoria a la entidad demandada y es claro que el acto administrativo contenido en el oficio 2014RE4265 está viciado de nulidad, por vulneración de las normas en que debía fundarse, concretamente, de la Ley 1071 de 2001 modificatoria de la Ley 244 de 1995.

Atendiendo a que el principal problema jurídico ha sido resuelto de manera afirmativa, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos asociados planteados.

5.2.2. Acorde al marco normativo y jurisprudencial expuesto en esta providencia, la competencia para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y solicitada por el demandante con ocasión del no pago oportuno de las cesantías parciales solicitadas por su desempeño como docente, recae sobre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se concluye lo anterior porque, la Ley 91 de 1989, es clara al indicar que las prestaciones sociales que pague el Fondo *serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional*, función que se delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales. Es decir, las Secretarías de Educación departamentales o distritales, se convierten en el instrumento idóneo para racionalización de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que sea viable atribuirle responsabilidad a quien actúa en delegación por expresa disposición normativa y en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en ejercicio de las facultades que le confiere la ley en cita.

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





Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

Así las cosas, esta Sala considera que las condenas relativas o 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 del respectivo ente, 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, de allí que en el presente caso la condena será dirigida exclusivamente a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos por delegación por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, radican únicamente en cabeza de la primera.

5.2.3. Frente al interrogante dirigido a determinar cuál es el procedimiento que se debe cumplir para computar los días que tiene la entidad para el pago de las cesantías y el correspondiente cumplimiento de la sanción moratoria, se debe señalar que esta Sala de Decisión es del criterio que respecto de dicho trámite sólo debe aplicarse lo previsto en las Leyes 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, excluyéndose en ese sentido una aplicación conjunta con el Decreto 2831 de 2005.

En efecto, y siendo consecuente con el criterio jurisprudencial expuesto por el Honorable Consejo de Estado en fecha **diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)**²¹, a que se hizo referencia en el marco normativo de esta providencia, en concordancia con las Sentencia C- 486 de 2016 y SU -336 de 2017 proferidas por la H. Corte Constitucional, en criterio de esta Sala, no resulta ajustado al principio de igualdad que rige las relaciones labores de los servidores públicos y los docentes que se asimilan a empleados públicos, que con respecto a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de tales servidores se apliquen términos distintos, en cuanto a la determinación del cómputo para el reconocimiento de aquellas como para la sanción moratoria que se origina por el incumplimiento de los mismos.

Como lo recordó la Corte Constitucional en la Sentencia C-486 de 2012, la Ley 244 de 1995 fijó los términos para el pago oportuno de las cesantías de los servidores públicos, en esa dirección, estableció que la entidad responsable cuenta con quince (15) días hábiles para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías; y un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para realizar el pago, contados desde que la resolución de reconocimiento quede en firme.

²¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B-Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ-Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00569-01(4326-15)-Actor: HARRY ANTONIO DÍAZ MENA-Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS





Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

Por ello, cuando el artículo 19 de la ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, concluyendo que, ***“Esta ley establece los términos para el pago de las cesantías parciales o definitivas y la mora de éstas a cargo del FOMAG, en los artículos 4 y 5, así (...)”***(Subrayas y negrilla fuera de texto).

Por lo precedente, los docentes no solo son beneficiarios de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías parciales y definitivas según lo dispone la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, sino también a que se les aplique el trámite que tales normas disponen para su reconocimiento, dado que las mismas contemplan de manera íntegra tanto el derecho a la sanción como el proceso y trámite para su reconocimiento. En virtud de ello, no hay razón para acudir a otro cuerpo normativo que, les resulta menos favorable al contemplar plazos más extensos y que no regulan de manera específica el tema de la sanción moratoria.

Por ello, la Sala acoge en su integridad la postura del H. Consejo de Estado, sobre la prohibición de inescindibilidad normatividad y prevalencia de la Ley sobre el Decreto 2831 de 2005, así en nuestro ordenamiento jurídico no encontremos una disposición expresa que determine dicho orden, pero del articulado de la Carta, se deduce que prima la Ley sobre los Decretos proferidos por el Presidente de la República; pues las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico.

Entender que se debe aplicar de manera conjunta, el Decreto 2831 de 2005²² para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006²³ para la sanción moratoria, en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, sería desconocer ciertamente el principio de inescindibilidad que rige la aplicación de la ley, y en virtud del cual, se prohíbe acudir de manera parcial a varias normas para tomar lo favorable de cada una.

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

Solicitud de cesantías	20/09/2012 en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 24)
Acto de reconocimiento de cesantías – fecha de expedición	Resolución 0318 de fecha 30/01/2013 (Fl. 24-26)
Notificación de acto administrativo	31/01/2013 (Fl. 26).

²² «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.»

²³ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.».



Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

Termino de ejecutoria (CCA: 5 días; CPACA: 10 días)	Se aplica el CPACA porque la petición de cesantías se elevó en vigencia de esta normatividad.
Fecha límite con que cuenta la entidad para reconocer y pagar cesantías: (45 días hábiles adicionales a los anteriores) Total: 65 días hábiles en vigencia del CCA o 70 días hábiles en vigencia CPACA	En vigencia del CPACA 03/01/2013
Fecha de pago de las cesantías	Consignación Banco BBVA 31/05/2013
Total termino en que se incurrió en mora	Del 04/01/2013 al 30/05/2013

Como consecuencia de lo anterior, evidencia la Sala, que la entidad demandada omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías parciales solicitadas por el accionante, que en su orden debían ser 15 días para expedir el acto de reconocimiento, diez (10) días más que corresponden al término de su ejecutoria, y 45 días dentro de los cuales se debía realizar el pago.

Atendiendo lo anterior y contados 70 días hábiles con posterioridad al día en que se presentó la solicitud (**20 de septiembre de 2012**), el pago de las cesantías debió ser efectuado por la entidad accionada a más tardar el día **03 de enero de 2013**.

Al respecto, la Sala debe aclarar que, en el caso concreto, no se aplica el término de 65 días, porque la petición de cesantías que elevó el accionante se hizo en vigencia del CPACA y en éste, el término de ejecutoria de los actos administrativos es de diez (10) días porque, se cuenta con el mismo para impugnar a través del recurso ante la administración como lo dispone el artículo 76 ibídem.

Así las cosas y bajo este hilo conductor, se probó que la mora cesó el **31 de mayo de 2013**, al demostrarse que el dinero de las cesantías del actor se puso a su disposición ese mismo día en el Banco BBVA, la Sala concluye que el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías durante el tiempo en que se le retardó el pago, es decir, desde el día **04 de enero de 2013 hasta el 30 de mayo de 2014**.

5.2.4. Ahora bien, atendiendo a que conforme al marco jurídico que fue expuesto, la sanción moratoria equivale a un día de salario por cada día de retardo en el pago, contados desde el día siguiente al que se hizo exigible la obligación respecto de las cesantías causadas, resalta la Sala que en el presente asunto, no hay prescripción de los derechos del actor – que en el caso de las acreencias laborales corresponde a tres años -, pues el derecho que aquí se exige, nace a partir del día siguiente en que se vence el plazo previsto por el legislador para pagar las cesantías parciales.

En este asunto, como se dijo, a partir del día **04 de enero de 2013** y teniéndose que la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria fue presentada por el actor el día **18 de julio de 2014** (Fls. 20-21), se tiene que no operó prescripción de la sanción moratoria.

5.2.5. Así las cosas, deberá declararse la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 2014RE4265, en la medida en que desconoce el derecho

Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

del actor a que se le reconozca y pague dentro de los términos de ley sus cesantías parciales, y a que por consiguiente se cancele la mora por el no pago oportuno de las mismas, la que será por tanto materia de las órdenes consecuentes de restablecimiento.

5.3. Del restablecimiento del derecho.

Teniendo en cuenta que resultó probado durante el proceso que el actor tiene derecho al pago de la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retardo en el pago de sus cesantías parciales, esto es, desde el día 04 de enero de 2013 hasta el 30 de mayo de 2013, la Sala ordenará que la liquidación de la condena se realice teniendo en cuenta el salario diario devengado para esas fechas.

5.4. Ajustes al valor

De conformidad con lo establecido en la providencia del 17 de noviembre de 2016 del H. Consejo de Estado – Sección Segunda – Sub Sección A. Consejero Ponente WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, no resulta procedente los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías porque se entiende *“que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria”*, el H. Consejo de Estado fundamentó su posición en la sentencia C-448 de 1996 de la H. Corte Constitucional.

5.5. Cumplimiento de la sentencia

La sentencia se cumplirá en los términos del Art. 195 del CPACA, profiriendo decisión motivada contra la cual procedan los recursos de ley y evitando, hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

6. Condena en Costas

El artículo 188 CPACA en concordancia con el artículo 365 del C.G.P.- señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. En ese sentido, habiendo sido revocada totalmente la sentencia de primera instancia, se aplicará el numeral 4 del artículo 365 del C. G del P, que dispone que la parte vencida será condenada a pagar las costas en ambas instancias; las cuales deberán ser liquidadas por el juez de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito

Radicado 13001-33-33-002-2015-00147-01

de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio No 2014RE4265 del 08 de septiembre de 2014 por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria elevada por el demandante y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago al demandante de la sanción moratoria equivalente a un (01) día de salario por cada día de mora en el pago de las cesantías definitivas, desde el **04 de enero de 2013 hasta el 30 de mayo de 2013**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio al pago de las costas procesales en ambas instancias según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del Código de General del Proceso, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

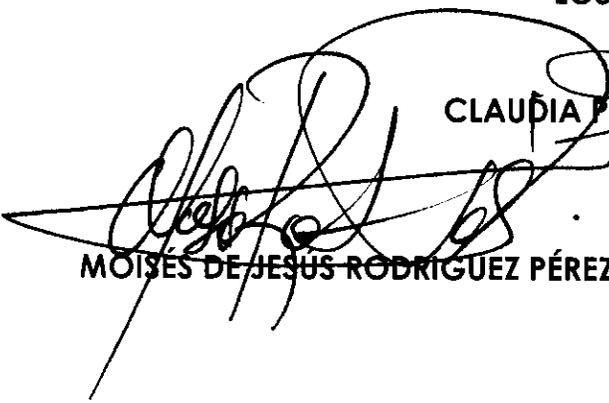
QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

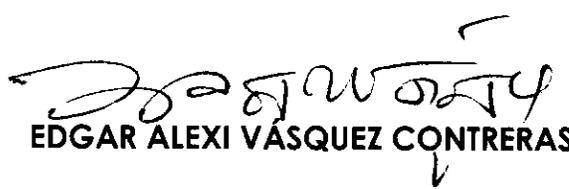
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS,


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS