

Cartagena de Indias D T C, quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020)

Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado:	13-001-23-33-000-2015-00496-00
Demandante:	AMALIA MORENO OBREGÓN
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTROS
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema:	Sanción moratoria por pago tardío de las cesantías definitivas

I. ANTECEDENTES

La señora Amalia Moreno Obregón, a través de apoderado especial, ha ejercitado el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio del cual formula las siguientes pretensiones:

1.- PETITUM.

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en oficio n° SAC8496 de fecha 17 de abril de 2014, expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Como consecuencia de lo anterior solicita se ordene a las demandadas a modificar el acto administrativo demandado, se reconozca las prestaciones alegadas y a título de restablecimiento del derecho se pague la indemnización moratoria, de conformidad con el art. 2 de la ley 244 de 1995.

1.2. Hechos.

Relata la accionante en síntesis los siguientes:

La señora Amalia Moreno Obregón, laboró como docente de vinculación nacional, en el Colegio Departamental de Colorado Tiquisio, desde el 17 de enero de 1994 hasta el 10 de abril de 2010, con un salario de \$ 2.087.852. Fue desvinculada mediante Decreto del 5 de noviembre de 2009, por retiro forzoso del magisterio.

El 19 de mayo de 2010, radicó en la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, petición para que le reconocieran y cancelaran las cesantías definitivas, pero no obtuvo respuesta alguna, luego realizó otra el día 27 de enero de 2012.

Presentó acción de tutela por violación flagrante al derecho de petición, para que resolvieran la solicitud del reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, acción de tutela que decidiera el Juzgado Primero Civil del Circuito de Magangué, donde le tutelaron el derecho fundamental invocado.

Las cesantías definitivas fueron reconocidas, a través de la Resolución n° 4672 de fecha 20 de junio de 2011 y fueron pagadas por la Fiduprevisora S., el día 31 de enero de 2013.

El 4 de abril de 2014, solicitó a la accionada reconocer y ordenar el pago sanción moratoria, petición que fue negada a través del oficio número SAC 8496 de fecha 17 de abril de 2014.

1. 3. Fundamentos legales de las pretensiones.

La parte actora fundamenta sus pretensiones en los artículos 23, 25 y 53 de la Constitución Política; ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006.

1.4. Concepto de violación.

Expone que la actora que la ley señala un plazo de 15 días para expedir la Resolución correspondiente a las cesantías y 45 días hábiles siguiente para consignarlas.

Que en ese sentido y alcance de la infracción, se evidencia la omisión de la demandada, en cuanto acatar los plazos máximos legales fijados en materia de pago de las cesantías, así las cosas hubo morosidad de las entidades demandadas para responder a la petición y proceder lego al desembolso o pago de las cesantías parciales.

Alega que, la indemnización moratoria establecida en la ley 244 de 1995 y en la ley 1071 de 2006, equivale a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías, hasta cuando se hizo el pago efectivo de la misma, el solicitud de pago fue elevada el día 19 de mayo de 2010, reconocidas a través de la resolución n° 4672 de fecha 20 de junio de 2011 y pagadas el 31 de enero de

2013, por lo tanto transcurrieron 921 días de mora en el pago.

Así mismo indica que -en definitiva- se le vulneraron normas constitucionales y legales, por no haberle cancelado dentro del término establecido por la ley, las cesantías definitivas.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.1. FOMAG.

Considera que las pretensiones de la accionante no están ajustadas a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Alega el pago de las acreencias laborales se realiza cuando exista la disponibilidad presupuestal en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones; que por eso no se puede generar intereses y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pago efectivamente a la demandante, es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

Así mismo, manifiesta 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 entonces el procedimiento especial aplicable, de los que se precisa que dicho procedimiento, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en la norma especial que no contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.

Concluyendo que a la parte demandante no le asiste derecho a la sanción moratoria pretendida, siendo que en las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno y señala que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la

disposición presupuestal.

Por lo que solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

2.2. DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

Se resiste a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, alegando que la pretensión de reconocimiento y pago le corresponde al FOMAG y que los hechos esbozados por el apoderado de la parte demandante, son simple afirmaciones desprovistas de veracidad o prueba alguna; aseverando que no se acompañó ningún medio probatorio que lo acredite.

3. TRÁMITE PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 24 de abril de 2017 (fls. 97-98) se admitió la demanda, ordenándose la notificación de la misma a la parte accionada; luego por auto de 25 de octubre de 2017, se señaló fecha y hora, para llevar a cabo audiencia inicial (fl. 177), el día 20 de marzo de 2018 se llevó acabo la audiencia (fls. 180-182) y en virtud de lo establecido en el artículo 181 del CPACA por considerarse innecesaria, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes.

4. ALEGACIONES.

La parte demandante y la Gobernación del Bolívar, presentaron sus alegatos de conclusión. (fls. 182-188)

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

II.- CONSIDERACIONES

COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en primera instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en armonía con los artículo 156 y 157 ibídem.

Antes de entrar a estudiar las pretensiones de la demanda, la Sala procederá a resolver lo relativo a las excepciones propuestas por el demandado, de Acuerdo a lo estipulado en el art 187 del CPACA.

EXCEPCIONES

El Fomag presentó las excepciones que denominó inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, pago, cobro de lo no debido, compensación y buena fe; y la Gobernación del Bolívar, la de inexistencia de la obligación.

Las anteriores excepciones van ligadas al fondo del asunto, por lo que su solución va atada a las consideraciones que desaten la controversia.

PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico central, tal como se indicó en la fijación del litigio se concreta en determinar si a la actora le asiste derecho a que se le reconozca y se ordene el pago por parte de las accionadas de la sanción moratoria que establece la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías definitivas.

TESIS.

Esta Sala de Decisión concederá parcialmente las pretensiones, sin el restablecimiento automático, debido a que se configuró el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos.

DE LA SANCIÓN MORATORIA DE DOCENTES.



Corte Constitucional, Sentencia SU-336, mayo 18/17, se pronunció respecto a la sanción moratoria de docente de la siguiente manera:

“8.2.3. En virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social [69].

8.2.3.1. Desde siempre, esta Corporación ha señalado que la implementación de regímenes específicos a favor de ciertos sectores no vulnera el derecho a la igualdad con respecto a aquellos que están sujetos al régimen general. Sobre el particular, ha sostenido que el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios.

En el mismo sentido, ha explicado que es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general. No obstante, si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta [70].

8.2.3.2. Para el reconocimiento del auxilio de cesantía establecido a favor los docentes oficiales se implementó el régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, el cual, a pesar de consagrar esta prestación así como otros beneficios sociales, no estipuló lo concerniente a la sanción por la mora en el pago de la misma.

La creación de regímenes especiales para ciertos sectores tienden a otorgar mayores beneficios y ser más favorables que los establecidos en el régimen general; sin embargo, la Ley 91 de 1989 no pareciera ser más garantista, en lo que concierne al pago de la sanción moratoria. Al evidenciar esta circunstancia, la Sala reafirma que por tratarse de un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, con base en la voluntad misma del legislador, en aplicación de los postulados constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación y a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas. Esta resulta ser la condición más beneficiosa para los trabajadores docentes del sector oficial y, en esa medida, se adecue mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

8.2.4. La aplicación del régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, a los docentes oficiales, se adecúa a los postulados constitucionales.

La aplicación del régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, a los docentes oficiales, en lo que tiene que ver con el pago de la sanción moratoria, se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes que les otorga un trato equivalente al de los empleados públicos, independientemente de que no estén catalogados de manera expresa como tales, y en la intención misma del legislador de fijar el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 para todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, dentro de los cuales, según lo ha entendido esta Corporación, se entienden



incluidos los docentes del sector oficial en razón a sus funciones y características.

Bajo ese entendido, la aplicación de este régimen a los docentes estatales se adecúa a los postulados constitucionales, por las siguientes razones:

(i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

(ii) En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

(iii) Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

(iii) Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.

(iv) En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

8.2.5. Proferir decisiones contrarias en casos que se sustentan en los mismos supuestos fácticos, vulnera el derecho a la igualdad en las decisiones judiciales y contraría el principio de seguridad jurídica.

La interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria para la realización del orden justo porque solo a través de la garantía de esa prerrogativa los ciudadanos pueden identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, permite o prohíbe. Si las decisiones judiciales se tornan cambiantes e inestables los individuos no podrían tener la certeza de que su caso sea resuelto de la misma forma ante situaciones similares.

La disidencia de posturas entre las distintas secciones del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre el reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías a favor de los docentes estatales desconoce el derecho a la igualdad de aquellas personas que se encuentran en la misma situación fáctica pero que reciben un trato diverso por parte de los jueces al momento de decidir sobre el reconocimiento de dicha prestación económica. De igual forma, contraría el postulado de la seguridad jurídica que pretende irradiar de estabilidad en la interpretación y aplicación del



ordenamiento por parte de los operadores jurídicos.

8.2.6. La postura según la cual a los docentes oficiales les es aplicable el régimen contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, en lo que tiene que ver con el reconocimiento del pago de la sanción moratoria se acompasa con la línea fijada por la Corte Constitucional.

Es preciso recordar que esta Corporación ha señalado en sede de control abstracto que existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales. Sobre el particular, ha reconocido que según se desprende de su propia naturaleza y del régimen legal que les es aplicable, podrían considerarse como notas características del trabajo de los docentes oficiales: (i) el hecho de pertenecer a la rama ejecutiva y cumplir dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las Secretarías de Educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional; (ii) se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento, que en consecuencia da lugar a lo que el derecho administrativo conoce como una relación legal y reglamentaria; y (iii) por esas mismas razones, los educadores estatales no podrían ser considerados trabajadores oficiales.

La Corte ha considerado, además, que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, deben ser considerados como empleados públicos. 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.

Bajo esa línea de argumentación se entiende que la tesis que acepta el reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a favor de los docentes estatales con sustento el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sigue los lineamientos adoptados por la Corte Constitucional y, por tanto, está acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales que sobre la materia ha emitido este Tribunal.

Debe anotarse que si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho que se atacan en esta oportunidad (2015) aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto (C-486 de 2016) ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012). Este aspecto será abordado posteriormente en el análisis de los casos concretos."

De acuerdo con todo este contexto, la Corte¹ concluyó que el régimen sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores

¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-336, mayo 18/17.

9.1 Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.



públicos es aplicable a los docentes oficiales, por ser la condición más beneficiosa y al no estar regulado el tema sanción moratoria de cesantías se debe aplicar el régimen general.

El Consejo de Estado², resumió en forma práctica las normas correspondientes a la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías, aplicable también a los entes territoriales, que se considera oportuno citar por ser aplicable al caso en estudio:

"En el año de 1990 se expide la ley 50, que modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías. Las características de este régimen anualizado, se concretaron en el artículo 99 de la misma ley.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996, hizo extensiva la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularan a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera 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 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) 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.

(ii) 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[71].

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012).

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN sentencia del 25 de noviembre de 2010, expediente N° 25000232500020040175401 (0814 - 2009). ACTOR: ERNESTO MANZANERA JIMENEZ DDO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CUNDINAMARCA - TELECUNDINAMARCA EN LIQUIDACIÓN.



a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo"

Posterior a la Ley 344 de 1996, y en el marco de la Ley 4a de 1992, se expidió el Decreto 1582 de 1998, para reglamentar el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, en el cual se dispuso, entre otras cosas, dispuso:

"El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 22, 102, 104 Y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 50. y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998".

(...)

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 estableció lo siguiente:

ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

213.) El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

313. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo." (Negrillas de la Sala)

Así las cosas, mientras la Ley 344 de 1996 previó el nuevo régimen anualizado de cesantías y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado a partir de diciembre de 1996, el Decreto 1582 de 1998, fue el que trajo consigo la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (10 de agosto de 1998).

El nuevo régimen entonces, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordenó que dicho valor se consignara antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo eligiera.

La sanción moratoria, se concreta en un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador no consigna la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente, antes del 15 de febrero como ya se señaló.



En este punto, resulta importante diferenciar las sanciones contempladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 y la prevista en la Ley 244 de 1996, dado que cada una tiene un origen y finalidad distinta. La primera, hace referencia a la indemnización derivada de la falta de consignación por parte del patrono antes del 15 de febrero de cada año, del auxilio de cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, en un fondo privado. Y la segunda, por su parte, se genera frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, habida cuenta, que la entidad tiene la obligación de reconocerla y pagarla dentro de los términos señalados en la ley, so pena de incurrir en la sanción prevista en el artículo 2 parágrafo, de esa norma.

Lo anterior indica, que la sanción de la Ley 50 de 1999, se aplica hasta que esté vigente la relación laboral y será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho. A diferencia de esta, la sanción de la Ley 244 de 1996, para el pago de la cesantía definitiva, se activa cuando el funcionario solicita ante la administración su cancelación.

En conclusión, el alcance de tales sanciones es diverso, su reconocimiento no es concurrente, sino por el contrario, es excluyente.

Finalmente y frente a la indexación, debe señalarse que esta 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 dado que está última constituye la actualización del valor de la cesantía no pagada oportunamente.

(...)"

En pronunciamiento más reciente el Consejo de Estado³ unifico criterios en materia de sanción moratoria de docentes, en el siguiente tenor:

“PRIMERO: 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 mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

³ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de unificación por Importancia jurídica. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018-SUJ-012-S2. Bogotá D.C., 18 de julio de 2018. Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01. No. Interno: 4961-2015. Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima. Asunto: Sentencia de unificación sanción moratoria por pago tardío de las cesantías – aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.



i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida 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.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en ley 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. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto 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.

iii) Cuando se interpone 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.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en 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.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo, y, por ende, aplicable de manera obligatoria los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.

Así mismo, que, al reconocer un derecho, será extensible en los términos previstos en los artículos 10, 102 y 269 del CPACA."

Se extrae de lo anterior que al 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 mora en el pago de las cesantías.

Que en el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida 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, tratándose de cesantías definitivas.

Y que 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 acusación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo, y que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Esto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

DEL SUJETO PASIVO EN EL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA DE DOCENTES.

En lo referente a cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes se tiene lo siguiente:

La Ley 962 de 2005,- *por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado -*, previó en su artículo 56 la manera en que debe ser llevado a cabo el procedimiento de reconocimiento y pago de dichas prestaciones. Contempla la norma:

“Artículo 56. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

Posteriormente se expidió por el Ministerio de Educación Nacional, el Decreto 2831 de 2005 con el fin de reglamentar, entre otras normas, el artículo transcrito anteriormente, señalando al respecto:

“...Trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

ARTÍCULO 2º. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que



permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

ARTÍCULO 3°. *Gestión. a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

1. **Recibir y radicar** en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. **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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo,

4. **Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo**, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.

5. **Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

...

PARAGRAFO SEGUNDO: Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria** encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, **carecerán de efectos legales** y no prestarán mérito ejecutivo.

Frente al tema del reconocimiento de cesantías a docentes por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, en pronunciamiento del 25 de marzo de 2010, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, precisó:

“(…) La Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto



de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los **nacionalizados**, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, **son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976** y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

El artículo 4º de esta Ley señala, que el Fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de su promulgación y con observancia de lo dispuesto por su artículo 2º, que a su turno en su numeral 2º establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975 así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión o entidades que hicieran sus veces y a las cuales venía vinculado este personal.

El Parágrafo del artículo 2º de esta Ley establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, hasta la fecha de su promulgación se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

Por su parte, el Numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: los **docentes nacionalizados** que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

De manera particular, en lo que a las **cesantías** hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, **para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, dicho Fondo 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. **Y 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 solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 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 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 continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de

docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

*Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial **y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.***

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses." (Negritas y subrayas fuera del texto)

Así las cosas, se extrae de lo anterior que, la Ley que regula el pago de cesantías establece que la entidad pública pagadora tendrá un plazo para pagar las cesantías y en dado que no lo haga dentro del término, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario una sanción.

En ese orden de ideas al ser el FOMAG la entidad pagadora de las cesantías tal y como lo prevé la Ley 91 de 1989, esta es la obligada a cancelarla.

Afirmación que se extrae de los pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado y del más reciente pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "A", sección en cargada de los temas laborales, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, en providencia de diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), proferida en el proceso con Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 en el Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, donde funge como Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz y como Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En donde sintetizó que la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio., debido a que mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Corolario de lo anterior, la competencia para el reconocimiento y pago del

Auxilio de Cesantías de los docentes y demás prestaciones a las que haya lugar está en cabeza del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por ende, la legitimación por pasiva le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues en materia de cesantías, aun cuando el trámite se adelanta a través de la Secretaría de Educación a la cual se encuentre vinculado el docente, su reconocimiento corresponderá a dicho Fondo, por ser el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías le corresponde a la misma.

Con base al anterior marco normativo, se procede a resolver la controversia.

De lo acreditado en el proceso

Procede la Sala de decisión estudiar si se configura la nación moratoria, en el presente caso.

Del material obrante en la carpeta contentiva del proceso se extrae, que mediante Decreto 024 del 17 de enero de 1994, expedido por la Alcaldía Municipal de Pinillos – Bolívar, se nombró a la señora Amalia Moreno Obregón, en el cargo de docente, en la Escuela Rural Mixta de Colorado – Pinillos; la cual fue posesionada mediante acta n° 412, del mismo mes y anualidad. (Fls.8-9).

Que a través de Decreto 0368 de 05 de noviembre de 2009, suscrito por la Secretaria de Educación Cultural de la Gobernación de Bolívar, se retira del servicio activo por encontrarse en edad de retiro forzoso, a la docente Amalia Esther Moreno Obregón. (Fl.10-11)

En la misma forma se encuentra acreditado que la señora Amalia Moreno, mediante escrito radicado en la Secretaria de Educación Departamental de Bolívar, el día 04 de abril de 2014, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago tardío de las cesantías definitivas. (fls. 12-14); la cual fue negada mediante oficio sin número fechado 17 de abril de 2014. (fl. 15-16)

Así mismo, está probado que mediante Resolución n° 4672 del 20 de junio de 2011, expedido por el Secretario de Educación de la Gobernación del Bolívar, se le reconoce a la señora Moreno Obregón, las cesantías definitivas. (Fls.20-22); las cuales fueron canceladas el día 11 de enero de 2013. (Fl.19/24)

Caso concreto.

La controversia radica en determinar si la señora Moreno Obregón, tiene derecho a que la Gobernación de Bolívar – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozcan y paguen la sanción moratoria regulada en la Ley 244 de 1995, por el pago tardío de sus cesantías definitivas reconocidas en la Resolución n° 4672 del 20 de junio de 2011 .

Descendiendo al caso que nos ocupa, se tiene entonces que la actora, como docente de la planta de personal de la Gobernación del Bolívar, con vinculación Nacional, solicitó ante el respectivo ente – FOMAG-, el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de los auxilios de cesantías, correspondientes a las cesantías definitivas.

Del material probatorio obrante en el expediente, se desprende que la señora Moreno, fue vinculada a la planta de personal de docentes de la Gobernación del Bolívar desde el 17 de enero de 1994 hasta el 05 de noviembre de 2009, y que, según lo narrado en la demanda y de la resolución de reconocimiento de cesantías, está afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Una vez analizados los elementos probatorios allegados al infolio, se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 4672 del 20 de junio de 2011, emanada de la Secretaría de Educación del Departamental de Bolívar, se reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas, en favor de la actora.

Igualmente se acreditó que el auxilio de cesantías reconocida a la demandante, fue puesto a disposición de pago el **11 de enero de 2013**, tal como se extrae de la certificación expedida por la Fiduprevisora y los comprobantes de pago de la entidad Bancaria BBVA.

Así mismo, se encuentra demostrado que la actora, fue retirada del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso, el día 05 de noviembre de 2009.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, resulta claro que a partir del retiro de la demandante el **05 de noviembre de 2009** y la expedición del acto de reconocimiento el **20 de junio de 2011**, se superó el término de 15 días hábiles señalado en el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006. Posterior a la expedición del acto de reconocimiento, se procede a la consignación de los recursos destinados al pago de las cesantías definitiva de la actora, el **11 de enero de 2013**, generándose una mora en el pago de las cesantías si se tiene en

cuenta que los **65 días hábiles – en vigencia del Decreto 01 de 1984-** contados a partir del retiro de la docente, porque la sanción moratoria se causa de forma autónoma, por el solo incumplimiento del plazo legal para el pago de las cesantías. Es decir, no se supedita al pago efectivo de las cesantías, vencían el **11 de febrero de 2010**. En el presente caso y en razón al reconocimiento tardío de la prestación, la contabilización de la mora debe iniciar a partir del vencimiento del término fijado por la Ley para el reconocimiento y pago de la prestación y no desde la expedición del acto de reconocimiento.

Término	Fecha	Caso concreto
Fecha del retiro de la docente	05/11/2009	
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	27/11/2009	Fecha de reconocimiento: 20/06/2011
Vencimiento del término de ejecutoria – 05 días (Decreto 01 de 1984)	04/12/2009	Fecha de pago: 11/01/2013
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	11/02/2010	Período de mora: 11/02/2010 – 10/01/2013

Se reitera, que la administración omitió el cumplimiento de los términos consagrados en la Ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías reclamadas por la demandante, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías, 05 más que corresponden al término de la ejecutoria – en **vigencia del Decreto 01 de 1984** – y 45 días dentro de los cuales debía realizar el pago, contados los cuales, se entiende que el pago debió producirse a más tardar el 11 de febrero de 2010, pero solo se hizo hasta el **11 de enero de 2013**, es decir, en forma tardía.

Para concluir, podemos afirmar que en el presente caso, la entidad demandada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incumplió los términos fijados en la Ley 1071 de 2006, para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la demandante, razón por la cual, es responsable de la sanción moratoria por el retardo en el pago de dichas cesantías reconocidas mediante la Resolución No.4672 del 20 de junio de 2011, emanada de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar.

Téngase de presente, que el correcto periodo de mora en que incurrió la demandada en el pago de las cesantías definitivas de la actora, es el comprendido entre el día siguiente en que la obligación se hizo exigible, **11**

de febrero de 2010 hasta el día anterior a dicho pago o consignación de las cesantías, **10 de enero de 2013**.

De 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.

Siguiendo la anterior línea jurisprudencial y siendo que el derecho al pago de las cesantías definitivas fueron reconocidas por medio resolución N° 4672 del 20 de junio de 2011; ahora bien, la obligación se hizo exigible el día 11 de febrero de 2010, y la petición del reconocimiento y pago de la sanción por mora se hizo el 04 de abril de 2014, quiere decir que transcurrieron los tres años de que trata la Norma y la jurisprudencia para que operara el fenómeno prescriptivo, dado que, la actora contaba hasta el 11 de febrero de 2013 (día siguiente en que la obligación se hizo exigible) para presentar la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria; motivo por el cual, la Sala declarará *ex officio* la prescripción extintiva del derecho al pago de la sanción moratoria.

Por lo anteriormente expuesto la Sala declarará la nulidad del acto demandado sin consecuencias pecuniarias debido a que se configuró el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos.

5.- CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA.

Aplica la Sala el artículo 188 CPACA que en materia de condena en costas remite a las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, cuyo artículo 365 señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Conforme al artículo 361 del C.G.P., las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. De ahí que para determinar estas últimas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.2. del artículo 6 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el H. Consejo Superior de la Judicatura que fija para los procesos ordinarios que se adelanten ante la Jurisdicción Contenciosa en primera instancia con cuantía hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En relación al criterio adoptado por el Honorable Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, se debe precisar que a pesar de ser objetivo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el Juez revise si las mismas se causaron, tal y como lo ordena el artículo 365 del C.G.P. (Consejo de Estado-Sección Segunda, sentencia proferida el 16 de abril de 2015, dentro del proceso radicado bajo el No. 25000-23-24-000-2012-00446-01, M.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala).

En ese sentido, no se condenará en costas en esta instancia, debido que la parte actora fue avante parcialmente en la prosperidad de sus pretensiones.

DECISIÓN.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad del oficio sin número fechado 17 de abril de 2014, proferido por el Coordinador FPSM Bolívar, mediante la cual negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada por el actor en escrito del cuatro de abril de 2014.

TERCERO: DECLÁRASE *ex officio* la prescripción extintiva del derecho al pago de la sanción moratoria, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Sin condena en esta instancia.

QUINTO: NOTIFÍQUESE esta sentencia en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO: EJECUTORIADA esta sentencia, hágase devolución del remanente de gastos del proceso si los hubiere y se solicitare, y archívese el expediente, previa las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
- Ponente -

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ