



Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01

Cartagena de Indias, D T. y C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-014-2019-00129-01
<b>Demandante</b>	Libia Ester Alarcón Cueto
<b>Demandado</b>	Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
<b>Tema</b>	Sanción moratoria
<b>Magistrado Ponente</b>	Óscar Iván Castañeda Daza

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada contra la sentencia del 27 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la que se concedieron las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1 DEMANDA

#### 3.1.1 PRETENSIONES<sup>1</sup>

En el escrito introductorio se elevaron las siguientes súplicas:

*“PRIMERA: Declarar que existe un acto ficto o presunto configurado el día 15 de mayo de 2018, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada en día 15 de febrero de 2018 por el pago tardío de las cesantías del demandante.*

*SEGUNDA: Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 15 de mayo de 2018 frente a la petición presentada el día 15 de febrero de 2018 en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la demandante establecida en la ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados a partir de los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

<sup>1</sup> Folio 2 y siguientes del archivo 01Expediente escaneado de la carpeta de primera instancia del expediente digitalizado.



**Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01**

*TERCERA: Declarar que el demandante tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ( vinculado el municipio de Magangué) , le reconozca y pague una sanción moratoria conforme a las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados a partir de los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

#### **CONDENAS.**

*PRIMERA: Condenar a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el Departamento de Bolívar – Municipio de Magangué a pagar una sanción por mora conforme a las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 al demandante , equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados a partir de los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*SEGUNDA: Se ordene a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el Departamento de Bolívar - Municipio de Magangué dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal y como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*TERCERA: Condenar a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el Departamento de Bolívar - Municipio de Magangué al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a los que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción solicitada, tomando como referencia la variación del índice de precios al consumidor (IPC) desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.*

*CUARTA: Condenar a Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el Departamento de Bolívar -Secretaria de Educación Departamental al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre la suma ordenada en la sentencia que ponga fin a este proceso a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria del fallo judicial hasta que se realice efectivamente el pago.*

*QUINTA: Condenar en costas a la parte demandada de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

### **3.1.2. HECHOS<sup>2</sup>**

La señora Libia Ester Alarcón Cueto presentó solicitud para el pago de las cesantías el 13 de enero de 2017.

<sup>2</sup> Folio 4 y siguientes del archivo 01Expediente escaneado de la carpeta de primera instancia del expediente digitalizado.



**Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01**

Mediante resolución 023 de 16 de febrero de 2017 se reconoce el pago de las cesantías deprecadas, las cuales fueron pagadas el 26 de julio de 2017.

El 15 de febrero de 2018 la demandante solicitó ante la demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 4 de la ley 1071/2006, sin que la entidad expidiera respuesta sobre lo solicitado, por lo que el 15 de mayo de 2018 se configuró el acto ficto o presunto sobre el que se fundamenta la presente demanda.

### **3.1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>3</sup>**

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

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

En virtud de estas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva, las leyes No. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se estableció un término de 15 días después de radicada la solicitud para resolver la solicitud y 45 días después de expedido el acto administrativo de reconocimiento, para cancelarlas.

Sin embargo, a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, la entidad demandada cancela las cesantías por fuera de este término, lo que genera una sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, con posterioridad a los 65 días hábiles de radicada la solicitud y hasta cuando se efectúe el pago.

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

Sostuvo que tiene la calidad de nacional o nacionalizado y la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, por lo que el pago de la sanción moratoria está a cargo de la entidad demandada.

<sup>3</sup> Folio 3 y siguientes del archivo 01CuadernoPrincipal de la carpeta de primera instancia del expediente digitalizado.

**Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01**

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

### **3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>4</sup>**

#### **MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló que el artículo 57 parágrafo 1 de la ley 1955 de 2019 estableció que la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En ese sentido, indicó que en cada caso debía determinarse quien fue el causante del acaecimiento de la mora, pues no es la Fiduprevisora la llamada a soportar la carga de una mora que no generó y que no tiene la posibilidad real de evitar.

Advirtió que Consejo de Estado en Sala Plena de la Sección Segunda, acogió la posición de la Corte Constitucional mediante una sentencia de unificación en la que precisó algunas reglas sobre el salario base para calcular la sanción por mora, y determinó que la indexación no procedía respecto de la sanción por mora.

Por otra parte, sostuvo que la accionante solicitó el pago de las cesantías el 13 de enero de 2017 y que dicha petición fue resuelta mediante resolución 023 de 16 de febrero de 2017 por lo que el plazo de 70 días para efectuar el pago de las mismas feneció el 26 de abril de 2017. En ese orden señaló que la mora se causó desde el 27 de abril de 2017 hasta el 24 de abril de 2017, fecha en la cual se pusieron a su disposición los dineros del pago de las cesantías.

### **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.<sup>5</sup>**

Mediante sentencia de 27 de noviembre de 2020, el Despacho de origen concedió las pretensiones de la demanda.

<sup>4</sup> Folio 01 y siguientes del archivo 02Contestación I del expediente digitalizado.

<sup>5</sup> Folio 1 y siguientes del archivo 05SentenciaAccede de la carpeta de primera instancia del expediente digitalizado.



Indicó que dentro del proceso se acreditó el 13 de enero de 2017 la demandante solicitó el reconocimiento de las cesantías definitivas, las cuales le fueron reconocidas mediante resolución no. 023 de 16 de febrero de 2017 y que fueron consignadas en la cuenta de nómina del banco BBVA el 19 de julio de 2017.

Señaló que el plazo para efectuar el pago de las cesantías feneció el 26 de abril de 2017, pero el mismo solo se llevó a cabo el día 19 de julio de 2017, por lo que el FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de 83 días.

Estimó que en el caso concreto no operó la prescripción como quiera que la entidad tenía hasta el día 26 de abril de 2017 para realizar el pago de las cesantías, generándose a partir del día siguiente el derecho a solicitar el reconocimiento de la sanción moratoria, habiéndose presentado la reclamación en tal sentido el día 15 de febrero de 2018, es decir, dentro de los 3 años siguientes al momento en que se comenzó a causar la mora, interrumpiendo con ello la prescripción por 3 años más. Así mismo advirtió que la demanda fue radicada dentro de los tres (3) años siguientes.

Señaló que, de conformidad con la sentencia C-448 de 1996, de la Corte Constitucional no hay lugar a la indexación de las sumas a cancelar.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **3.4.1. Parte demandada.<sup>6</sup>**

Adujo que, en el caso concreto, se presentó la solicitud de cesantías el 13 de enero de 2017 y que los 70 días para efectuar el pago fenecieron el 26 de abril de 2017 y los dineros fueron puestos a disposición la demandante el 24 de abril de 2017 por lo que no se generó la mora.

Señaló que, como los dineros no se cobraron el 24 de abril de 2017, el pago fue reprogramado; sin embargo, la fecha que debe tenerse en cuenta para contabilizar los días de mora es el 24 de abril de 2017, pues fue en esta donde se pusieron los dineros de las cesantías a disposición del demandante.

En consecuencia, solicitó que revocar la sentencia de segunda instancia.

### **3.5 TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

<sup>6</sup> Folio 01 y siguientes del archivo 10Recurdo de apelación FOMAG del expediente digitalizado.



Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01

Por auto de 13 de febrero de 2023<sup>7</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de instancia.

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **3.6.1. Parte demandante**

La parte demandante no presentó escrito de alegatos.

#### **3.6.2. Parte demandada**

La parte demandada no presentó escrito de alegatos.

#### **3.6.3. Concepto del Ministerio Público**

No rindió concepto.

## **IV. 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-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de estas. 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 procederá a dictar la respectiva sentencia.

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1. COMPETENCIA**

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A, que establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda el de apelación, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.

### **5.2. PROBLEMA JURÍDICO**

---

<sup>7</sup> Folio 01 archivo 03AutoAdmite de la carpeta de segunda instancia del expediente digitalizado

**Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01**

De conformidad con lo argumentos expuestos en el recurso de apelación, corresponde a la Sala establecer si la accionante tiene derecho a que se le reconozca sanción prevista en la Ley 244/95 y 1071/006 por mora en el pago de las cesantías por parte de la entidad demandada.

De ser así, se debe determinar, de conformidad con las pruebas que se alleguen al proceso, sí el juez de primera instancia hizo una valoración errónea de los días incurridos en mora por dicha entidad y sobre los cuales debe ser sancionada.

### **5.3. TESIS DE LA SALA**

La Sala revocará la sentencia de primera instancia, pues quedó demostrado que la entidad accionada no incurrió en mora en el pago de las cesantías, toda vez que el término de 70 días que tenía la entidad para pagar las cesantías feneció el 26 de abril de 2017 y los dineros se pusieron a disposición de la demandante el 24 de abril de la misma anualidad, es decir, dentro del plazo previsto para efectuar el pago.

### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

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

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

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

*“Artículo 15: **Numeral 3. Cesantías.***

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



**Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01**

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

La norma trascrita no estableció la sanción por la mora en la cancelación de las cesantías a los docentes, generando múltiples decisiones judiciales disímiles, algunas de las cuales han negado, y otras concedido, el pago de la sanción, lo que se traduce en una inseguridad jurídica para los administrados.

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

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

La sanción moratoria en estudio, se instituyó en la ley 244/95, y tiene lugar siempre que al momento del retiro del servicio o de la terminación del contrato, la entidad pública pagadora incumpla los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales. Al respecto señalan los artículos 1 y 2 de la mencionada ley:

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



**Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01**

**Parágrafo.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar. Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006<sup>8</sup>, así:

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

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

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

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

**Artículo 4º. 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.

<sup>8</sup>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.



**Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01**

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." (Negrillas y subrayas nuestras).

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01, señaló que a los docentes oficiales sí les son aplicables, en materia de sanción moratoria, las previsiones de la Ley 244 de 1995 y disposiciones complementarias. Y en dicha providencia dispuso:

**"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:

- 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,



**Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01**

*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 ley<sup>9</sup> 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”.*

En el mismo sentido, la Corte Constitucional<sup>10</sup> nuevamente terció en el debate para no solo acoger lo dicho en precedencia por esa misma corporación y por el Consejo de Estado, sino para reiterar que: “(i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías”(se destaca).

<sup>9</sup> Artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>10</sup> SU-332-19

Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01

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

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

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

El retardo en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías y la ineficiencia de la administración en aportar los documentos necesarios para el efecto, no impide el surgimiento de ese derecho, pues, la consecuencia de dichas omisiones está prevista en la ley, y no es otra que el deber de pagar una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

### **5.5. CASO CONCRETO**

#### **5.5.1. Hechos relevantes probados**

El 13 de enero de 2017 la demandante radicó ante la Secretaría de Educación de Magangué -Bolívar, la solicitud de reconocimiento de cesantías definitivas, la cual fue resuelta mediante Resolución No. 023 de 16 de febrero de 2017 en la que se reconoció la suma de \$153.651.488 por concepto de cesantías parciales y se ordenó el pago de la suma de 24.464.527<sup>11</sup>.

Los dineros de las cesantías fueron puestos a disposición de la demandante el 24 de abril de 2017, sin embargo, los dineros no fueron cobrados por lo que el pago se reprogramó el 17 de julio de 2017<sup>12</sup>

El 15 de febrero de 2018 el accionante radicó ante la Secretaría de Educación, la solicitud dirigida al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de

<sup>11</sup> Folio 22 del archivo 01Expediente escaneado del expediente digitalizado.

<sup>12</sup> Folio 05 del archivo 10Recurso de apelación del expediente digitalizado.

Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01

Prestaciones Sociales del Magisterio, para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.<sup>13</sup>

### **5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

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

Radicación de la solicitud	<b>13 de enero de 2017</b>
Expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías (15 días)	<b>Hasta el 03-02-2017</b>
Ejecutoria del acto administrativo (10 días - CPACA)	<b>Hasta el 17-02-2017</b>
Pago de la obligación (45 días)	<b>Hasta el 26-04-2017</b>

En primer lugar, se advierte que la Secretaría de Educación tenía hasta el 03 de febrero de 2017 para expedir la resolución de reconocimiento de las cesantías, y la expidió y notificó el 16 de febrero de 2017, es decir, por fuera de los 15 días otorgados por la ley para ello.

Como fundamento del recurso, la a parte demandada señaló que el pago de las cesantías había sido puesto a disposición del demandante el 24 de abril de 2017 y que las mismas no fueron retiradas, razón por la cual el pago se reprogramó para el 19 de julio de 2017. En ese sentido, como los 70 días para efectuar el pago fenecieron el 26 de abril de 2017 y los dineros fueron puestos a disposición la demandante el 24 de abril de 2017, no se generó la mora.

La Sala advierte que en la certificación expedida por la Fiduprevisora se indicó que, en efecto, los dineros de las cesantías fueron puestos a disposición de la demandante el 24 de abril de 2017 y que como no fueron retirados, el pago se reprogramó para el 19 de julio de 2017.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en varias ocasiones ha manifestado que el cumplimiento del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías se consuma con la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente para su pago en ventanilla, toda vez que en cabeza del interesado está la carga de verificar si el monto dinerario se encuentra disponible para su retiro:

*"(...) En lo referente al pago de las cesantías del 10 de agosto de 2011 en el banco BBVA de la ciudad de Ibagué, el Tribunal Administrativo del Tolima, afirmó que se configuró el pago efectivo de la obligación por cuanto, habiéndose notificado la Resolución 1137*

<sup>13</sup> Folio 20 del archivo del 01Expediente escaneado del expediente digitalizado.



**Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01**

de 29 de noviembre de 2010, a través de la cual el FOMAG y la Secretaría de Educación Departamental del Tolima, reconocieron el valor de \$3.803.658; no existía un trámite adicional que mediara entre ésta y el pago alegado.

Además, sostuvo que el hecho de que la actora no se percatara de dicho desembolso, no implica que la suma no haya sido cancelada, pues materialmente se produjo la consignación en la cuenta registrada para tales efectos, entrando así a su patrimonio, sin que la omisión de dicha verificación sea imputable al FOMAG, ni a la Fiduprevisora S.A.

Al respecto, la Sala considera que tal como se desprende de lo expresado en la demanda, la Resolución No. 1137 de 29 de noviembre de 2010 y el Oficio No. 2014EE00016230 de marzo de 2014 expedido por la Fiduprevisora; las cesantías reclamadas por la accionante efectivamente fueron canceladas, dado que la consignación es un hecho material que genera el cumplimiento de lo ordenado en la resolución de reconocimiento notificada el 28 de junio de 2011, sin que tuviera que existir una comunicación adicional sobre el desembolso bancario de las mismas, correspondiéndole a la actora verificar la extinción de la obligación previamente reconocida.

Así entonces, la reprogramación del pago sugerida por la Fiduprevisora en el Oficio No. 2014EE00016230 de fecha 19 de marzo de 2014, no constituye una negativa del pago de la prementada prestación social, sino un procedimiento administrativo destinado a velar eficazmente por la Así entonces, la reprogramación del pago sugerida por la Fiduprevisora en el Oficio No. 2014EE00016230 de fecha 19 de marzo de 2014, no constituye una negativa del pago de la prementada prestación social, sino un procedimiento administrativo destinado a velar eficazmente por la salvaguarda de los recursos que maneja el FOMAG. (...) <sup>14</sup>

De lo anterior se colige que el pago efectivo que da lugar a la cesación de la mora se configura cuando el Fomag pone los dineros correspondientes a disposición del beneficiario en la institución bancaria respectiva, pues este último tiene la carga de verificar su desembolso, incluso, haciendo uso de los mecanismos que ofrece la entidad para ese fin. Por ende, el Fomag no tiene la obligación de comunicar o notificar el pago, ya que el retiro o cobro de los recursos no tiene consecuencias de cara a la sanción moratoria y tampoco revive su causación.

Teniendo en cuenta que las consecuencias del no cobro de las cesantías por parte del demandante no le son imputables a la demandada, el despacho tomará como fecha de pago de las cesantías el 24 de abril de 2017, fecha en la cual se pusieron a disposición del demandante.

Así las cosas, se tendría que atendiendo a que la petición se radicó el **13 de enero de 2017** la entidad tenía hasta el **26 de abril de 2017** para cancelarlas (vencimiento de los 70 días hábiles), y que estas fueron puestas a disposición del demandante el **24 de abril de 2017**, se concluye que el pagador no incurrió

<sup>14</sup> C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-00156 (2159-14), jun. 15/2017. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Esta posición ha sido reiterada en las sentencias C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-00638 (1669-15), sep. 25/2017. M.P. William Hernández Gómez y en sentencia. 2015-00765 (3153-17), nov. 26/2018. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

**Rad. 13-001-33-33-014-2019-00129-01**

en mora y por tanto no es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria.

En este sentido, la Sala revocará la decisión de primera instancia, toda vez que le asiste razón al recurrente al señalar que la mora no se causó, pues los dineros se pusieron a disposición del demandante antes de que feneciera el término para ello.

#### **5.6.- Condena en costas en segunda instancia**

El artículo 188 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo señala *“salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas de procedimiento civil”*

“Inciso adicionado por el artículo 47 de la ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente: El todo caso la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”

A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

De igual forma se advierte que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha adoptado un criterio objetivo valorativo de la imposición de condena en costas.

Con base en lo anterior, sería del caso proceder a la condena en costas de la parte vencida dentro del asunto, a la señora Libia Ester Alarcón Cueto, no obstante, se encuentra demostrado que, al momento de interposición de la demanda, el demandante se respaldó en fundamentos legales y jurisprudenciales por lo que esta Corporación se abstendrá de imponer dicha condena en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En mérito de lo expuesto la Sala de decisión No. 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

#### **VI.- FALLA**

**PRIMERO:** Revocar la sentencia de 27 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia, y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en ambas instancias.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión virtual de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS,**



**ÓSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA**



**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**



**MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**