

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13001-23-33-000-2017-00053-00
Accionante	HUMBERTO DÍAZ TORO
Accionada	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG
Tema	Sanción moratoria por reconocimiento y pago tardío de cesantías parciales
Magistrada Ponente	Digna María Guerra Picón

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar a proferir sentencia dentro de la demanda que presentó el señor HUMBERTO DÍAZ TORO contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Pretensiones¹

PRIMERA: Declarar: i) la existencia de un acto ficto negativo configurado el día 09 de marzo de 2016, como consecuencia de la falta de respuesta a la solicitud presentada el día 09 de diciembre de 2015, por el pago tardío se cesantías. ii) la nulidad del acto ficto configurado el día 09 de marzo de 2016, en cuanto negó el derecho a pagar al demandante la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006. iii) que el demandante tiene derecho a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

¹ Fl. 1-2.

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

Magisterio le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los días 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía ante la entidad demandada y hasta cuando se hizo el pago de la misma.

SEGUNDA: A título de restablecimiento solicita: i) que se ordene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG, que reconozca y pague la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006. ii) Dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 y S.S del C.P.A.C.A. iii) Reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia. iv) Reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el correspondiente pago, y v) Las costas del proceso de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

3.1.2. Hechos²

El señor Humberto Díaz Toro, por laborar como docente en una institución de carácter estatal, el día 09 de septiembre de 2013 reclamó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a las que tenía derecho.

Señala que, a través de la Resolución No. 1343, le fueron reconocidas las cesantías parciales solicitadas; siendo pagadas el día 1º de julio de 2015, esto es, con una mora de 558 días contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para efectuar el pago.

Posteriormente, el día 09 de diciembre de 2015, solicitó el reconocimiento y pago de los intereses por mora en el reconocimiento y pago de sus cesantías a la entidad demandada, y esta la resolvió de forma negativa en acto ficto.

3.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

El demandante consideró como violadas las siguientes disposiciones :

² Fl. 3-5.

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículo 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículo 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Como concepto de violación, argumentó, en síntesis, que tiene calidad de docente nacionalizado o nacional y la prestación fue reconocida con posterioridad a la la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, situación por la que la sanción moratoria está a cargo de la demandada, quien está obligada a responder por la situación. Del mismo modo, señaló que la intención del legislador fue buscar que una vez el empleado quedara cesante en su trabajo, pudiera obtener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perderlo, sin embargo, el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los sesenta y cinco días después de haberla solicitado, obviando la protección de los derechos del trabajador.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Pese a estar debidamente notificada³, no ejerció su derecho de defensa y contradicción.

3.3. TRÁMITE DEL PROCESO.

La demanda se admitió mediante auto del 17 de julio de 2018 (fl. 37-38). El 28 de noviembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial de manera concentrada (fl. 55-57), en la que se ordenó la incorporación de las pruebas que aportó la parte demandante. Posteriormente, mediante auto de 13 de octubre de 2020 (fl.61), se prescindió de la audiencia de alegatos y juzgamiento y se concedió el término a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio público para que rindiera concepto.

3.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.4.1 Demandante⁴

En su escrito de alegatos, indicó que se ratifica en los fundamentos de hecho y derecho plasmados en el escrito de la demanda, en cuanto a que como

³ Fl. 43-45.

⁴ Fl. 63-66.

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

docente, formuló petición de reconocimiento y pago de las cesantías parciales ante la entidad demandada, la cual se reconoció mediante la Resolución 1343 del 2015 de forma tardía, como se encuentra acreditado en la pruebas que reposan en el expediente, situación, que afirmó el demandante, es sancionatoria de acuerdo a lo establecido en la Ley 1041 de 2006.

Insistió en que al caso concreto le es aplicable de forma íntegra, lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006, toda vez que ostenta la calidad de docente del Departamento de Bolívar y la norma fue creada para ser aplicaba de forma general a todos los empleados y trabajadores del estado.

Ahora bien, respecto a los plazos dispuestos por la ley para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y parciales, dijo que se encuentran plasmados en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 y la norma sancionatoria solo insta a demostrar que las cesantías se pagaron por fuera del término legal, para que de forma inmediata se tenga que la entidad ha incurrido en mora y deba pagar por ella.

3.4.2. Demandada

No presentó alegatos de conclusión.

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio.

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 de esta primera instancia se ejerció control de legalidad de estas. Por ello y como no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a dictar sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

Es competente el Tribunal Administrativo de Bolívar para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen 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.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso bajo estudio se tiene que el curso de la audiencia inicial se plantearon los siguientes interrogantes:

¿se debe declarar o no, la nulidad del acto administrativo demandado?

Para resolver el anterior planteamiento, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico:

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

En caso afirmativo, se determinará:

¿A partir de cuándo se debe reconocer la sanción moratoria, cuál es la base de salario?

¿Tiene derecho la parte actora, además, a que se le reconozca el pago del ajuste de valor por la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria como lo solicitó en la demanda?

¿Prescribió el derecho al pago de la sanción moratoria regulada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 a favor de la parte actora en su condición de docente?

5.3. TESIS DE LA SALA

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

Como respuesta al primer interrogante la Sala sostendrá que se debe declarar la nulidad del acto ficto que se originó por la falta de respuesta a la petición de sanción moratoria que presentó el demandante, por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías parciales.

Lo anterior, debido a que dentro del proceso se acreditó la calidad de docente al servicio del Estado del demandante, de igual modo, quedó probado que la entidad demandada expidió por fuera del término legal el acto administrativo que reconoce y ordena el pago de las cesantías parciales solicitadas por el accionante, motivo por el cual, se ordenará a la entidad demandada reconocer y pagar la sanción por mora de sus cesantías parciales, entre el 20 de diciembre de 2013 y el 30 de junio de 2015, teniendo como base para su liquidación, lo devengado por el demandante al momento en que empezó a causarse la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo..

En cuanto a la indexación solicitada, la Sala concluyó que esta no es procedente de acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, no obstante, al monto que resulte, se le aplicaran los ajustes establecidos en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la prescripción, en este caso concreto no se configuró prescripción alguna.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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

Lo primero que debe precisar la Sala es que los docentes, no son servidores públicos pero se les asimiló a empleados públicos en el sentido de que aunque no hacen parte de tal categoría, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2º) los define como '*empleados oficiales de régimen especial*'; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2º 105, parágrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales⁵.

⁵ Corte Constitucional C- 741-2012

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, los docentes oficiales se agrupan en: (i) **personal nacional**, el cual reúne a los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional; (ii) **nacionalizado**, entendiéndose integrado por el personal vinculado mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1º de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975⁽⁶⁾; y (iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10⁽⁷⁾ de la mencionada ley.

⁶ Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.

⁷ Ley 45 de 1975, Artículo 10.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

Teniendo en cuenta las tres categorías enunciadas, el numeral 5° del artículo 2° de la Ley 91 de 1989 estableció que el pago de las prestaciones del personal docente **nacional y nacionalizado** estaría a cargo de la Nación a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG.⁸

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

“Artículo 15: Numeral 3. Cesantías.

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

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

Con respecto a la norma anterior, la Corte Constitucional en Sentencia SU 336 de 2017, recordó que en sentencia de Constitucionalidad C- 741 de 2012, se recalcó que al FOMAG le corresponde “reconocer y pagar las

⁸ Corresponde a una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad financiera estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tiene más del 90% de capital.

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

prestaciones sociales y la asistencia en salud, y que, en lo que tiene que ver con el pago de las cesantías, era preciso aclarar que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, entre otros, a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. **Es por ello que el pago de las cesantías del personal docente causadas desde la promulgación de la Ley 91 de 1989 sigue la normatividad aplicable a los empleados del sector público del nivel nacional...**

En relación con los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, con ponencia del Consejero WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, llegó a la conclusión que es al Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del FOMAG, la entidad obligada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías.

Al respecto recalcó:

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

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

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

La Corte Constitucional en Sentencia SU 336 de 2017,⁹ unificó el criterio jurisprudencial frente al derecho de los docentes oficiales de percibir la

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escruce Mayolo.

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías definitivas y parciales como el resto de servidores públicos, para concluir que también tienen derecho a ser acreedores a la misma dando aplicación al principio de igualdad.

Por su parte, el Consejo de Estado- en sentencia de Unificación SUJ-012-S2 de fecha 18 de Julio de 2018 volvió a acoger esta posición que ya venía adoptando desde la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección A, C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, de fecha, dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), radicado: 73001-23-33-000-2014-00217-01(4846-14), en las que se precisa que los docentes del sector oficial, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías y que la misma está a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

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

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

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**¹⁰, así:

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del

¹⁰ Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

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

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

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

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

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

corresponden a la ejecutoria del acto de reconocimiento (en vigencia del CCA o 10 días hábiles en vigencia del CPACA) y 45 días hábiles siguientes para efectuar la cancelación de las mismas, lo que sumado arroja un total de 65 días (CCA) o de 70 días (CPACA) a partir de la presentación de la petición del reconocimiento de las cesantías, para pagar sin incurrir en la sanción moratoria.

5.4.3. De la Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 de fecha 18 de Julio de 2018 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en pleno:

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

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

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹¹ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

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

¹¹ Artículos 68 y 69 CPACA.

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

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

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

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

*“...De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que para el reconocimiento y pago de los afiliados al FOMAG, **el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, previó unos términos especiales; no obstante, dado que la Ley 1071 de 2006¹² fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes¹³, y de otro lado, el decreto señalado ser expedido por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria.***

46. Aunado a lo anterior, **la Sala considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006¹⁴, para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería el principio de inescindibilidad que rige la aplicación de la ley, y en virtud del cual, se prohíbe acudir de manera parcial a varias normas para tomar lo favorable de cada una.**

¹² «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.»

¹³ Artículo 150 de la Constitución Política.

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

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

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

El artículo 89 preceptuaba:

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

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

La Corte Constitucional, declaró inexecutable esta disposición refiriendo:

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

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

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

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

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

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

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

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

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

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

Sobre este tema, la Sala tendrá en cuenta la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda del Consejo de Estado en la que ha venido sosteniendo que “no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no solo cubre la actualización monetaria, sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en 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 [...]»¹⁵

5.4.6 Sobre la prescripción.

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

En el caso concreto, las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 no consagraron expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, lo cual no significa que la misma sea imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles, por analogía se aplicará el artículo 151 del C.P.T. ¹⁶

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

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

¹⁶ «[...] Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual. [...]».

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

5.5.1.1. El señor Humberto Díaz Toro, se encuentra vinculado a la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar como docente de vinculación departamental desde el 24 de abril de 1991 (fl. 21).

5.5.1.2. Mediante petición radicada el día 09 de septiembre de 2013, el actor solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Del reconocimiento y pago de cesantías parciales con destino a remodelación (fl. 21)

5.5.1.3. La Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar expidió la Resolución No. 1343 del 6 de mayo de 2015, notificada personalmente el 06 de mayo de 2015, según sello de diligencia de notificación, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial para remodelación a favor del demandante; liquidándola en la suma de 26.150.504 (fl. 21- 23).

5.5.1.4. Obra a folio 24 comprobante de pago emitido por el Banco BBVA, en donde consta el pago de las cesantías parciales reconocidas mediante Resolución No. 1343 de 2015.

5.5.1.5. A través de petición de fecha 09 de diciembre de 2015, el señor Humberto Díaz Toro, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, de igual forma, pidió la indexación del monto reconocido hasta la fecha del pago efectivo de cesantía (fl. 19-20).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Aplicado el marco jurídico expuesto a los hechos relevantes probados, procede la Sala a dar respuesta a los problemas jurídicos planteados. Para ello, debe precisarse en primer lugar, que la demanda que se estudia va encaminada a que se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 09 de marzo de 2016, por medio del cual la entidad demandada dio respuesta desfavorable a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria causada por el retraso injustificado en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales al demandante, desde la fecha en la que se hizo exigible hasta el momento en que efectivamente se realizó el pago.

De las pruebas enunciadas en los hechos relevantes probados, se desprende que el actor, solicitó cesantías parciales el 09 de septiembre de 2013, reconocidas con Resolución 1343 del de mayo de 2015 y pagadas el

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

1° de julio de 2015. La correspondiente sanción moratoria la reclamó el día 09 de diciembre de 2015, negada a través del acto administrativo ficto negativo demandado.

Con el ánimo de dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, sea lo primero advertir que el demandante se desempeña como docente oficial al servicio del Estado y, en tal virtud, de acuerdo al marco normativo y jurisprudencial expuesto, le asiste derecho, ante un eventual incumplimiento de los términos de ley para el reconocimiento y pago de las cesantías, a la sanción moratoria.

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

Solicitud de cesantías	09/09/2013 en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (Fl. 21)
Acto de reconocimiento de cesantías – fecha de expedición	Resolución 1343 (Fl. 21) En el artículo CUARTO, se concede el recurso de REPOSICIÓN que podrá interponerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes)
Notificación de acto administrativo	06/05/2015 (Fl. 23).
Termino de ejecutoria (CCA: 5 días; CPACA: 10 días)	Se aplica el CPACA porque la petición de cesantías se elevó en vigencia de esta normatividad
Fecha límite con que cuenta la entidad para reconocer y pagar cesantías: (45 días hábiles adicionales a los anteriores) Total: 65 días hábiles en vigencia del CCA o 70 días hábiles en vigencia CPACA	En vigencia del CPACA 19/12/2013
Fecha de pago de las cesantías	Consignación Banco BBVA 01/07/2015 (Fl. 24)
Total termino en que se incurrió en mora	Del 20 -12-2013 al 30-06-2016 La sanción moratoria es de 557 días

Como consecuencia de lo anterior, evidencia la Sala que la entidad omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento, como para el pago de las cesantías parciales solicitadas por el demandante, que en su orden debían ser: i) 15 días para expedir la resolución de reconocimiento a partir de la petición, ii) 10 días más, que corresponden al término de ejecutoria del acto en vigencia de la Ley 1437 de 2011, norma aplicable al caso bajo estudio, toda vez que la petición de cesantías se elevó en vigencia de esta, y iii) 45 días hábiles dentro de los cuales se debía efectuar el pago.

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

En el caso concreto, como la petición fue presentada el 09 de septiembre de 2013, la entidad tenía 70 días hábiles contados desde el día siguiente al día en que se presentó la solicitud para realizar el pago, es decir, el pago debió efectuarse a más tardar el día 19 de diciembre de 2013.

No obstante, la prestación solo fue pagada el día 1° de julio de 2015, como consta en el comprobante de pago emitido por el Banco BBVA (fl.24), por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía parcial reclamada, incurrió en una mora de 558 días, comprendida desde el 20 de diciembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015.

Como consecuencia de lo anterior, y ante la demostrada tardanza, el actor tiene derecho al reconocimiento de una sanción moratoria equivalente a un salario por cada uno de retardo, entre el 20 de diciembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015, equivalente a 557 días de salario, teniendo como base para su liquidación, lo devengado por el demandante en el término en el que transcurrió la mora, comprendida desde el 20 de diciembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015.

En este punto, la Sala debería proceder con la liquidación de la sanción moratoria, no obstante, en el certificado de salarios que aportó el demandante, solo aparece la asignación básica de los salarios devengados en el año 2012, 2013 y 2014, es decir, no se acreditó la asignación básica recibida en el año 2015, razón por la cual, le corresponde a la entidad, al momento de liquidar la condena, efectuar la liquidación de la sanción moratoria, aclarando que según la jurisprudencia, para determinar la sanción moratoria solo se toma la asignación básica.

Conviene subrayar, que esta suma no podrá ser indexada, de acuerdo a lo sustentado en los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado¹⁷, sin que ello afecte lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Ahora bien, la Sala debe resolver el último problema jurídico consistente en determinar, sí, en el caso concreto, operó la prescripción del derecho al pago de la sanción moratoria regulada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 a favor de la parte actora en su condición de docente.

¹⁷ Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 de fecha 18 de Julio de 2018, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

Frente a este aspecto, debe indicarse que en el presente caso no operó el fenómeno de la prescripción en los términos del artículo 151 del C.S.T, en consideración a que, entre el 20 de diciembre de 2013, fecha en que empezó a causarse la mora y el 09 de diciembre de 2015 (fl. 19-20), día en que el actor solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, no transcurrieron tres años, ni entre la fecha en que presentó la solicitud y la presentación de la demanda.

Así las cosas, se declarará la nulidad del acto ficto que se originó por la falta de respuesta a la petición de sanción moratoria que presentó el demandante, por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías parciales.

Como restablecimiento del derecho, se ordenará a la Nación- Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar al actor la sanción moratoria de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada de retardo, entre el 20 de diciembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015, teniendo como base para su liquidación, lo devengado por el demandante en el término en el que transcurrió la mora, comprendida desde el 20 de diciembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015.

Queda a cargo de la entidad demandada, al momento de liquidar la condena, efectuar la liquidación de la sanción moratoria.

Al monto de la condena que resulte, se le aplicarán los ajustes de valor, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el equivalente en pesos al valor dejado de pagar (mesadas insolutas) por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago completo de cada una de las mesadas causadas).

Se declarará que no existió prescripción.

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

5.5.4. Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“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 del Código de Procedimiento Civil”*.

Con fundamento en la integración normativa que dispone el citado artículo 188 del CPACA, es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, cuya disposición dispone en el numeral 1º que se condenará en costas, a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Pero también, el numeral 5 de ese mismo artículo dispone que *“en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

En el caso bajo estudio, se accederá a la condena en costas, a cargo de la entidad demandada, dado que las pretensiones de la demanda prosperaron.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del acto ficto que se originó por la falta de respuesta a la petición sanción moratoria que presentó el demandante, por el reconocimiento y pago tardío de sus cesantías parciales.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación- Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar al señor HUMBERTO DÍAZ TORO la sanción moratoria de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, entre el 20 de diciembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2015, con base en la asignación básica vigente al momento en que empezó a causarse la mora, la cual variará de acuerdo al año en que se presentó la mora, de conformidad con la SU citada en esta providencia.

Rad. 13001-23-33-000-2017-00053-00

TERCERO: Al monto de la condena que resulte, se le aplicarán los ajustes de valor, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, acudiendo para ello a la fórmula consignada en la motivación de esta sentencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada. Liquídense por Secretaría.

SEXTO: El cumplimiento de la sentencia se hará conforme lo dispuesto en los artículos 192 y demás artículos concordantes de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado