

Cartagena de Indias D, T y C, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

## **I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.**

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-007-2018-00291-01
<b>Demandante</b>	HEBERTO ENRIQUE CONEO MERCADO
<b>Demandado</b>	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.
<b>Tema</b>	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE- REGIMEN RETROACTIVO DE CESANTIAS
<b>Magistrado Ponente</b>	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

## **II. PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida en audiencia de fecha dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019), por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

## **III.- ANTECEDENTES**

### **1. La demanda.**

#### **1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.**

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- El señor HEBERTO ENRIQUE CONEO MERCADO prestó sus servicios como docente al Distrito de Cartagena hasta el 12 de julio de 2016; por medio de la Resolución Nro. 8143 del 10 de octubre de 2016 le fueron

reconocidas sus cesantías definitivas sin tener en cuenta la prima de servicios como factor salarial.

- A su turno, el 14 de noviembre de 2017 elevó reclamación administrativa solicitando el reajuste de las cesantías definitivas con inclusión de la prima de servicios como factor salarial y el pago de la sanción moratoria.
- Por lo anterior, mediante Resolución Nro. 5054 de 1º de agosto de 2018 se reconoció el reajuste de la cesantía, pero se omitió el reconocimiento de la sanción moratoria, acto demandado en el presente asunto.

## **1.2 Las pretensiones de la demanda**

Se declare la nulidad parcial de la Resolución Nro. 5054 del 1º de agosto de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, por la cual se reconoció el reajuste de unas cesantías definitivas, pero se omitió el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

A título de restablecimiento del derecho se declare el derecho del demandante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de sus cesantías, a razón de un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles, después de haber radicado la solicitud de cesantías y hasta cuando se hizo efectivo el pago; sumas que deberán ser reajustadas tomando como base el índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de ejecutoria de la sentencia.

## **1.3 Normas violadas y concepto de violación.**

La parte demandante señala como normas violadas la Ley 91 de 1989, artículo 5 y 15. La Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2. La Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

Aduce la parte demandante que cuando le fue reconocida la cesantía definitiva no fue tenida en cuenta la prima de servicios al momento del retiro definitivo por lo que a petición de la parte actora la administración profirió otro acto administrativo en el cual se le reconoció las cesantías definitivas a la parte actora incluyendo para tal efecto la prima de servicios, sin embargo la entidad omitió pronunciarse respecto del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas.

Señala el actor que la no cancelación oportuna de las cesantías da lugar al pago de la sanción moratoria que se reclama según lo previsto en la Ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006 equivalente a un (01) día de salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta el pago de la prestación.

## **2. Contestación de la demanda**

La entidad accionada no presentó contestación de la demanda.

## **3. Sentencia de Primera Instancia<sup>1</sup>**

En sentencia proferida en audiencia inicial de fecha dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Señala el A quo en primer lugar que para efectos de estudiar la mora en el pago de las cesantías, el mismo debe realizarse a partir de la Resolución 5054 del 1 de agosto de 2018, acto demandando, por ser este el momento en que se incluyó la prima de servicios como factor salarial para efectos de liquidar las cesantías definitivas y no desde la Resolución No. 8143 del 2016 tal como lo pretende el demandante, teniendo en cuenta que dicha resolución quedó en

---

<sup>1</sup> 56-61

firme y goza de presunción de legalidad, sin que la misma hubiera sido objeto de recurso de administrativo ni de demanda judicial.

No obstante lo anterior precisó que, la figura de la sanción moratoria por el no pago de la cesantía pertenece al derecho sancionatorio, el cual prevé que las sanciones no se pueden aplicar por analogía ni por interpretación, sino que deben ser expresamente previstas en la ley aplicable, razón por la cual al no regular la ley la sanción moratoria por el retardo en la reliquidación de las cesantías definitivas, no hay lugar a su reconocimiento.

Concluyó el A quo que la sanción moratoria por el pago inoportuno de cesantías se puede aplicar en aquellos casos en los cuales no se realice el pago oportuno sobre el primer reconocimiento, sin que dicha sanción pueda extenderse a las reliquidaciones que a futuro puedan practicarse, por lo que afirma que no hay lugar a conceder las pretensiones de la demanda.

#### **4. Recurso de Apelación.<sup>2</sup>**

Reitera el demandante lo expuesto en el libelo demandatorio, alegando que laboró 11.502 días de servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de sus cesantías definitivas liquidadas retroactivamente por su condición de docente nacionalizado; prestación reconocida mediante Resolución Nro. 8143 de 10 de octubre de 2016, siendo cancelada incorrectamente, omitiendo la inclusión de la prima de servicios.

Por lo anterior, el 14 de noviembre de 2017 solicitó el reconocimiento de dicho factor salarial en la liquidación de sus cesantías definitivas y el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago correcto de las por fuera de los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006; corrigiendo su error la demandada expide la Resolución No. 5054 de 1º de agosto de 2018, ordenando el reajuste de las

---

<sup>2</sup> 88-98

cesantías definitivas con inclusión del factor salarial prima de servicios, pero sin reconocer la sanción moratoria solicitada.

Señala la parte actora que por analogía debió el A quo aplicar al caso particular el reconocimiento total de las cesantías definitivas, toda vez que a su juicio el pago de sus cesantías se había realizado parcialmente, lo que equivale a no pagar oportunamente la totalidad de la prestación, generando la sanción pretendida. (Fls. 88 – 98)

#### **5. Trámite procesal segunda instancia**

Con auto de fecha dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fls. 5 Cdr. 2). Mediante auto del veintiocho (28) de enero de dos mil veinte (2020) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls. 8 Cdr. 2)

#### **IV. CONTROL DE LEGALIDAD.**

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **1. Competencia**

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

## **2. Problema jurídico.**

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

*¿Tiene derecho el demandante a que se reconozca y pague la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, derivada del no pago oportuno de sus cesantías definitivas, causadas con ocasión de su desempeño como docente, teniendo en cuenta que el demandante pertenece al régimen de liquidación retroactiva de dicha prestación social?*

Si la respuesta al anterior problema jurídico es positiva, se debe determinar si es a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde asumir el pago de la sanción moratoria, si la respuesta es negativa se confirmará el fallo recurrido.

## **3. Tesis de la sala.**

La Sala de Decisión confirmará la sentencia apelada por la cual se negaron las pretensiones de la demanda, toda vez que el demandante no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, por cuanto el régimen de cesantías aplicable al actor es el retroactivo, no siendo factible como lo pretende el mismo, aplicarle los beneficios legales establecidos en el régimen de liquidación de cesantías por anualidad, creador por la Ley 50 de 1990, ya que comportan situaciones diferentes y se violaría el principio de inescindibilidad.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

## **4. Marco normativo y jurisprudencial.**

El auxilio de cesantías es una prestación social establecida por la Ley con el fin de amparar al empleado cuando este quede cesante o desempleado. Esta

prestación está a cargo del empleador, quien tiene la obligación de reconocérselas a sus trabajadores al terminar la relación laboral, en caso que no hayan sido depositadas en un fondo privado, según lo establece la ley. Además, se constituye en un ahorro disponible para eventos en los que el trabajador necesite invertir en educación, caso o desempleo.

Como marco normativo se tiene que las disposiciones más relevantes en la materia son:

- Ley 6ª de 1945, artículo 17, literal a) estableció por primera vez para los empleados y obreros nacionales de carácter permanente el auxilio de cesantía, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero teniendo en cuenta sólo los servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942.

- Ley 65 de 1946, dispuso: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho a auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera sea la causa del retiro”*

- Los Decretos 2567 de 1946 y 1160 de 1947 establecieron los parámetros a tener en cuenta al momento de realizar la liquidación de las cesantías.

- Posteriormente, el artículo 27 del Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968, preceptuó, que cada año calendario, contado a partir del 1 de enero de 1969, Los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados. De igual manera advirtió, que la liquidación anual así practicada, tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse, aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 ibídem, se establecieron intereses en favor de los trabajadores, del 9% anual sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año, figuraran a favor de cada empleado público o trabajador oficial; porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del **artículo 3° de la Ley 41 de 11 de diciembre de 1975<sup>3</sup>**.

Así, con la expedición del Decreto 3118 de 1968, se da comienzo, en el sector público, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, al desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. El pago de intereses a cargo del Fondo Nacional de Ahorro, se previó para proteger dicha prestación de la depreciación monetaria.

En el orden territorial, el auxilio de cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva.

La Ley 50 de 1990 modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los llamados fondos de cesantías, se estableció el régimen anualizado de liquidación de cesantías y, en el numeral 3°, **la sanción moratoria** por la no consignación oportuna de tal auxilio, a los trabajadores a los fondos privados. Las características de este régimen anualizado se concretaron en el artículo 99 de la misma ley así:

*“ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*

*2a.) El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas*

---

<sup>3</sup> “Por la cual se modifica el Decreto ley 1253 de 1975 y se dictan otras disposiciones”.

vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.** (...). (Negrillas de la Sala)

Posteriormente, se expidió luego, la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, que en su artículo 242 inciso tercero, estableció la siguiente prohibición: “A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable”.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996, “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarios y se expiden otras disposiciones”, estableció un nuevo régimen de liquidación anual de cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vincularan a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que fuera su nivel (nacional, departamental, municipal, o distrital).

Con la Ley 432 de 29 de enero de 1998, se estableció la obligación de afiliación al Fondo Nacional de Ahorro, para los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional y la posibilidad de que los demás servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, hicieran lo propio. En lo referente a la transferencia de las cesantías de los servidores públicos, el artículo 6 ibídem, dispuso:

**“ARTÍCULO 6. - Transferencia de cesantías de servidores públicos.** En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las



*entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados.*

*El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora.*

*Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.*

*Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.*

*En todas las entidades públicas será obligatorio incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para atender las cesantías de la respectiva vigencia, como requisito indispensable para su presentación, trámite y aprobación por parte de la autoridad correspondiente.”<sup>4</sup>*

En el ámbito territorial, ese nuevo régimen de liquidación anualizada de cesantías, fue reglamentado por medio del Decreto 1582 de 5 de agosto de 1998, vigente a partir del 10 de agosto del mismo año, que en su artículo 1º estipuló:

**“Artículo 1º.-** *El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1.996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será*

<sup>4</sup> Esta norma fue modificada por el artículo 193 del Decreto 19 de 10 de enero de 2012.



el previsto en los artículos 99, 102 y 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1.990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1.998.

**Parágrafo.-** Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional del Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6° de la ley 432 de 1998”.

Por su parte, la Ley 244 de 29 de diciembre de 1995, fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones, por la mora en el pago de dicha prestación, así:

“ARTÍCULO 1° 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 2° La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de 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.”***

Finalmente, el artículo 1º del Decreto 1252 de 30 de junio de 2000, dispuso que los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la Fuerza Pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de su vigencia, tendrían derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso.

El artículo 2º ibídem, señaló que los servidores públicos que, a la fecha de 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas, continuarían en dicho régimen, hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

Conforme a todo lo expuesto, entonces se definen tres regímenes, distintos, de liquidación de cesantías para el sector público, a saber:

- El Sistema retroactivo, donde las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.
- De liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, que incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cubre a las personas vinculadas a éstos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998-
- El Sistema del Fondo Nacional de Ahorro, el cual rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago

de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación.<sup>5</sup>

Es importante anotar que la aplicabilidad de cada régimen debe hacerse en su totalidad, sin que puedan mezclarse sus contenidos normativos, de acuerdo al principio de inescindibilidad.

Sobre el principio de inescindibilidad el Consejo de Estado, ha manifestado:

*“No obstante, al principio de favorabilidad aplicado por el a quo le secunda el principio de inescindibilidad de la Ley, en virtud del cual **la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia y quien en efecto lo aplica, no puede recoger prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro**”<sup>6</sup>*  
(Negrilla de la Sala)

Conforme a lo expuesto en precedencia, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

## **5. EL CASO CONCRETO.**

### **5.1. Hechos relevantes probados.**

- Conforme al FORMATO ÚNICO PARA LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO DE HISTORIA LABORAL de fecha 1º de marzo de 2018, el señor HEBERTO ENRIQUE CONEO MERCADO se encontraba vinculado como docente desde el 31 de

<sup>5</sup> Tomado de la sentencia fechada 19 de julio de 2007, proferida por la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, dentro del expediente N° 9228-05, en la cual fue Consejero Ponente el Dr. Jaime Moreno García.

<sup>6</sup> Consejo de Estado C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 8 de mayo de 2008. Expediente 1371-07.

julio de 1984 hasta el 12 de julio de 2016, siendo el último establecimiento educativo donde laboró la INSTITUCIÓN EDUCATIVA CASD MANUELA BELTRÁN – SEDE PRINCIPAL; pertenecía al régimen retroactivo de cesantías y al régimen nacionalizado de pensiones (Fls. 28 – 29).

- La Secretaría de Educación Distrital de Cartagena le reconoció unas cesantías definitivas al demandante mediante Resolución No. 8143 de 10 de octubre de 2016, en la suma de \$100.791.988 (Fls. 22 – 24).

- Mediante Resolución No. 5054 de 1º de agosto de 2018, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena revisó las cesantías definitivas del actor, toda vez que no se tuvo en cuenta la Prima de Servicios, ordenando el reajuste de la cesantía con la inclusión de dicho factor salarial, lo que generó la diferencia de \$4.237.017 en favor del actor (Fls. 25 – 27).

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

En el presente asunto, pretende la parte demandante la nulidad parcial de la Resolución Nro. 5054 del 1º de agosto de 2018, expedida por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, por la cual se reconoció el reajuste de unas cesantías definitivas, pero se omitió el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006; y en su lugar se reconozca dicha sanción moratoria desde que se radicó la solicitud de la cesantía definitiva hasta que se efectúe el pago completo de esta prestación.

El A quo negó las pretensiones de la demanda, en consideración a que la figura de la sanción moratoria por el no pago de la cesantía pertenece al derecho sancionatorio, el cual prevé que las sanciones no se pueden aplicar por analogía ni por interpretación, sino que deben ser expresamente previstas en la ley aplicable, razón por la cual al no regular la ley la sanción moratoria por el retardo en la reliquidación de las cesantías definitivas, no hay lugar a su reconocimiento.

La parte demandante apeló la decisión de primera instancia, reiterando lo expuesto en el libelo demandatorio; alegando que laboró 11.502 días de servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de sus cesantías definitivas liquidadas retroactivamente por su condición de docente nacionalizado; prestación reconocida mediante Resolución Nro. 8143 de 10 de octubre de 2016, siendo cancelada incorrectamente, omitiendo la inclusión de la prima de servicios; siendo reajustada de forma tardía mediante el acto acusado, por lo que tiene derecho al pago de la sanción moratoria hasta que la parte demandada realice el pago total de su prestación social.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto de la apelación.

En el sub iudice, se encuentra acreditado que, el señor HEBERTO ENRIQUE CONEO MERCADO se encontraba vinculado como docente desde el 31 de julio de 1984 hasta el 12 de julio de 2016, siendo el último establecimiento educativo donde laboró la INSTITUCIÓN EDUCATIVA CASD MANUELA BELTRÁN – SEDE PRINCIPAL; perteneciendo al régimen retroactivo de cesantías y al régimen nacionalizado de pensiones tal como se indica en el “FORMATO UNICO PARA LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADO DE HISTORIA LABORAL CONSECUTIVO No. 0” (Fls. 28 – 29); que la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena le reconoció unas cesantías definitivas al demandante mediante Resolución No. 8143 de 10 de octubre de 2016, en la suma de \$100.791.988 (Fls. 22 – 24).

Posteriormente, mediante Resolución No. 5054 de 1º de agosto de 2018, la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena revisó las cesantías definitivas del actor, toda vez que no se tuvo en cuenta la Prima de Servicios, ordenando el reajuste de la cesantía con la inclusión de dicho factor salarial, lo que generó la diferencia de \$4.237.017 en favor del actor (Fls. 25 – 27).

En ese orden, se tiene que el régimen de cesantías aplicable al demandante es el retroactivo, que se encuentra regulado en la Ley 6ª de 1945, y que, conforme a las normas aplicables a los servidores públicos, no existe remisión expresa, a la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, de ahí que resulta inaplicable, en virtud del principio de inescindibilidad, y este solo consiste en que las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses<sup>7</sup>.

La anterior afirmación viene reiterada en la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>8</sup>, en la que se precisó lo siguiente:

*“Por todo lo anterior, no es viable el reconocimiento y pago de la sanción reclamada por la consignación tardía de las cesantías, por cuanto se trata de una prerrogativa consagrada por la ley para los trabajadores afiliados al régimen de cesantías anualizado, de conformidad con lo previsto por la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, las cuales contemplan una sanción moratoria que se configura por el incumplimiento del empleador en el reconocimiento de las cesantías o por el pago que se hiciera de manera tardía directamente al empleado*

---

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA- SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, diecisiete (17) de octubre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 70001-23-31-000-2004-01104-03(1090-17). Actor: AUGUSTO ANTONIO SIERRA ESTRADA. Demandado: MUNICIPIO DE SAMPUÉS, SUCRE. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA/DECRETO 01 DE 1984.

“Ahora bien, la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías a un fondo administrador de estas no se predica sino para quienes pertenecen al sistema de cesantías anualizadas, por lo tanto, no es fundamentada la pretensión de solicitar la penalidad de un día de salario por cada día de retardo, que es propia del régimen anualizado de cesantías cuando es claro e inequívoco que el señor Augusto Antonio Sierra Estrada pertenece al retroactivo.

...

De igual forma, se indica que no es posible acceder al restablecimiento del derecho, en lo relativo al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías de los años 1995 a 2004 por cuanto es una penalidad establecida para el régimen anualizado de las cesantías.”

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “B”. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 08001-23-33-000-2016-00565-01 (2182-18). Actor: NEILA ISABEL PARDO DE CASTILLO. Demandado: MUNICIPIO DE SABANALARGA – ATLÁNTICO. Referencia: SANCIÓN MORATORIA POR EL RETARDO EN LA CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS EN FORMA ANUALIZADA.

*afiliado, cuando solicita su retiro parcial o definitivo, y no por la omisión en la consignación en el fondo privado de cesantías."*

Así las cosas, es claro que el señor HEBERTO ENRIQUE CONEO MERCADO, no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada, por cuanto el régimen de cesantías aplicable a él, es el retroactivo; situación suficiente para no acceder a sus pretensiones, ya que no es factible como lo pretende el mismo, aplicarle los beneficios legales establecidos en el régimen de liquidación de cesantías por anualidad, creador por la Ley 50 de 1990, por cuanto comportan situaciones diferentes y se violaría el principio de inescindibilidad ya mencionado.

Conforme lo anteriormente expuesto, es evidente para la Sala que el acto administrativo acusado, no viola las disposiciones constitucionales y legales invocadas por la parte demandante, por cuanto, la actividad desarrollada por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, alrededor del trámite de los auxilios de cesantías del actor, no configura de manera alguna la sanción moratoria consagrada en la Ley 50 de 1999; por ende, se mantiene incólume la presunción de legalidad que reviste al acto acusado, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia impugnada en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, por los argumentos aquí expuestos.

## **6. Condena en Costas.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone condenar en costas a la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará al pago de las costas a la Parte Demandante, las cuales serán liquidadas por el Juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

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**

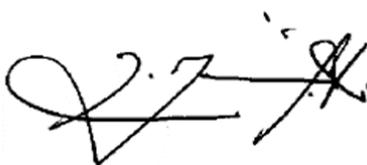
**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas las partes la sentencia de primera instancia proferida el dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Séptimo Administrativo de Bolívar, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Condenar en Costas a la Parte Demandante, en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP; incluyendo las agencias en derecho; las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

### **LOS MAGISTRADOS**



**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**  
**Magistrado (e)**  
Ausente con permiso



**OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA**