



Cartagena de Indias, D.T. y C., quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-013-2019-00220-01
Demandante	Omaida Méndez Hernández
Demandado	Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Tema	Sanción moratoria
Magistrado Ponente	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 demandante contra la sentencia del 16 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la que se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1 DEMANDA

3.1.1 PRETENSIONES¹

En el escrito introductorio se elevaron las siguientes súplicas:

“PRIMERA: Declarar que existe un acto ficto o presunto configurado el día 25 de enero de 2018, producto de la reclamación administrativa presentada en día 25 de octubre de 2017 por la mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDA: Con fundamento en la anterior declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 25 de enero de 2018 frente a la petición presentada el 25 de octubre de 2017 en cuanto este NEGÓ el derecho a la sanción moratoria del pago tardío de las cesantías del demandante establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006 equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

¹ Folio 1 y siguientes del archivo 01ExpedienteEscaneado de la carpeta de primera instancia del expediente digitalizado.



Rad. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

TERCERA: Declarar que el demandante tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, el Departamento de Bolívar -Secretaria de Educación Departamental, 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 la fecha en la que se realizó 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 -Secretaria de Educación Departamental 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 la fecha en la que se realizó 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 -Secretaria de Educación Departamental dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso em el termino 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 -Secretaria de Educación Departamental 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. HECHOS²

El señor Omaidá Méndez Hernández, presentó solicitud para el pago de las cesantías el 07 de septiembre de 2016.

² Folio 3 y siguientes del archivo 01ExpedienteEscaneado de la carpeta de primera instancia del expediente digitalizado.



Rad. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

Mediante resolución 3922 del 23 de diciembre de 2016 le fue reconocido el pago de las cesantías deprecadas, las cuales fueron pagadas efectivamente el 04 de marzo de 2017.

El 25 de octubre de 2017 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 25 de enero 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 VIOLACIÓN³

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 nos. 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.

³ Folio 5 y siguientes del archivo 01ExpedienteEscaneado de la carpeta de primera instancia del expediente digitalizado.

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 DEMANDA⁴

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.

Indicó que la Resolución que reconoció las cesantías fue expedida por la Secretaría de Educación con posterioridad al término previsto para la radicación y entrega de la solicitud de pago de cesantías, por lo que el ente territorial es el responsable de la tardanza y por lo tanto debía hacer parte del contradictorio.

Por otra parte, sostuvo que las cesantías fueron pagadas al accionante 27 de febrero de 2017 fecha en la cual se pusieron a su disposición, y no el 04 de marzo de 2017 como señaló la parte de demandante.

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.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

Mediante sentencia de 16 de diciembre de 2021, el Despacho de origen concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

⁴ Folio 1 y siguientes del archivo 03contestacionDemanda de la carpeta de primera instancia del expediente digitalizado.

⁵ Folio 1 y siguientes del archivo 26ActaAudienciaAlegaciones de la carpeta de primera instancia del expediente digitalizado.



Indicó que dentro del proceso se acreditó el 07 de septiembre de 2016 el demandante solicitó el reconocimiento de las cesantías, las cuales le fueron reconocidas mediante resolución no. 3922 de 23 de diciembre de 2016 y pagadas el 27 de febrero de 2017, fecha en la cual se pusieron a disposición del demandante.

Señaló que el plazo para efectuar el pago de las cesantías feneció 05 de enero de 2017, pero el mismo solo se llevó a cabo el día 27 de febrero de 2017, por lo que el FOMAG, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una mora de 51 días.

Sostuvo que la Ley 1955 de 2019 no resulta aplicable al presente asunto, por cuanto no se encontraba vigente para cuando ocurrieron los hechos que originaron este proceso, es decir la mora pretendida ocurrió antes de la entrada en vigencia de dicha ley.

Estimó que en el caso concreto no operó la prescripción pues el demandante contaba con 3 años para reclamar la sanción por mora, que empieza a contarse desde que se produjo el incumplimiento. Señaló que en el sub lite la mora comenzó a causarse el 6 de enero de 2017 y la petición para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria se presentó el 25 de octubre de 2017, es decir antes de que feneciera el término de los 3 años.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN

3.4.1. Parte demandante.⁶

Como fundamento del recurso señaló que la demandante realizó solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial el día 7 de septiembre de 2016, y que mediante Resolución 3922 del 23 de diciembre de 2016 éstas le fueron reconocidas. Así mismo, indicó que las cesantías fueron canceladas el 27 de febrero de 2017.

En ese orden de ideas, sostuvo que los 15 días que tenía la entidad demandada para expedir el acto administrativo feneció el 28 de septiembre de 2016, y que partir del día siguiente empieza a contabilizarse el término de 10 días para la ejecutoria de la Resolución, término que finiquitaba el 12 de octubre de 2016 y los 45 días para el pago de la obligación venció el 20 de diciembre de 2016, razón por la cual, se generó una sanción moratoria desde el 21 de diciembre de 2016 al 27 de febrero de 2017 para un total de 69 días liquidables con la asignación básica de diciembre de 2016.

⁶ Folio 01 del archivo 29RecursoApelaciónSentencia del expediente digitalizado.

Rad. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

En ese sentido estimó que se causaron 69 días de mora y no 51 días como señaló el a quo, razón por la cual solicitó que se modificara el fallo de primera instancia y que en su lugar se reconocieran los 69 días de mora.

Aunado a lo anterior, solicitó que se reconociera la indexación de la condena de conformidad con lo expuesto en el artículo 187 del CPACA y el precedente del Tribunal Administrativo del Quindío.

3.5 TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de 31 de marzo de 2023⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de instancia.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante⁸

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso, y solicitó acceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria desde el 21 de diciembre de 2016 al 27 de febrero de 2017, para un total de 69 días.

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

⁷ Folio 01 archivo 05AutoAdmiteApelación de la carpeta de segunda instancia del expediente digitalizado

⁸ Folio 01 y siguientes del archivo 07AlegatosDemandante de la carpeta de segunda instancia del expediente digitalizado.

Rad. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

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

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, si 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.

Así mismo, la Sala deberá determinar si en el presente asunto procede la indexación de la condena de conformidad con lo expuesto en el artículo 187 del CPACA

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala modificará la sentencia de primera instancia, pues quedó demostrado que la entidad accionada incurrió en mora en el pago de las cesantías de la demandante desde el 21 de diciembre de 2016 hasta el 27 de febrero de 2023, es decir, que se causaron 69 días de mora.

Por otra parte, la Sala estima que no hay lugar al reconocimiento de la indexación de la condena en razón a que la indemnización moratoria constituye una penalidad ante el incumplimiento de los plazos previstos en la ley para el reconocimiento y pago de las cesantías, en consecuencia, no está sujeta a una indexación monetaria.

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

Rad. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

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.

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 transcrita 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



Rad. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

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.

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 2006⁹, 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**

⁹Por 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. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

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 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).

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



Rad. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

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, 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 ley¹⁰ 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

¹⁰ Artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Rad. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

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 Constitucional¹¹ 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).

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.

¹¹ SU-332-19

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados

El 07 de septiembre de 2016 la demandante radicó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales, la cual fue resuelta mediante Resolución No. 3922 de 23 de diciembre de 2016, en la que se reconoció la suma de \$25.587.008 por concepto de cesantías parciales y se ordenó el pago de la suma de \$12.521.781¹².

Las cesantías fueron puestas a disposición de la demandante el 27 de febrero de 2017.¹³

El 25 de octubre de 2017 el accionante radicó ante la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, la solicitud dirigida al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.¹⁴

La parte demandada pago al demandante la suma doce millones quinientos veintinueve mil setecientos ochenta y un pesos (\$12.521.781) por concepto de cesantías parciales¹⁵.

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	7 de septiembre de 2016
Expedición del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías (15 días)	Hasta el 28-09-2016
Ejecutoria del acto administrativo (10 días - CPACA)	Hasta el 12-10-2016
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 20-12-2016

En primer lugar, se advierte que la secretaría de Educación del Departamento de Bolívar tenía hasta el 28 de septiembre de 2016 para expedir la resolución de reconocimiento de las cesantías, y la expidió y notificó el 23 de diciembre

¹² Folio 40 del archivo 01Expediente Escaneado del expediente digitalizado.

¹³ Folio 53 del archivo 03ContestacionDemanda del expediente digitalizado.

¹⁴ Folio 35 del archivo 01Expediente Escaneado del expediente digitalizado.

¹⁵ Folio 39 del archivo 01Expediente Escaneado del expediente digitalizado.

Rad. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

de 2016 de 2019, es decir, por fuera de los 15 días otorgados por la ley para ello.

Así mismo, se encuentra demostrado que las cesantías fueron pagadas el 27 de febrero de 2017, fecha en la cual la demandada puso los dineros a disposición del demandante.

Como fundamento del recurso, la parte demandada señaló en el caso concreto se generó la mora desde el 21 de diciembre de 2016 hasta el 27 de febrero de 2017 para un total de 69 días de mora, y no 51 días como señaló el a quo, razón por la cual solicitó que se modificara el fallo de primera instancia y que en su lugar se reconocieran los 69 días de mora.

Así las cosas, se tendría que atendiendo a que la petición se radicó el **07 de septiembre de 2016** la entidad tenía hasta el **20 de diciembre de 2016** para cancelarlas (vencimiento de los 70 días hábiles), y que estas fueron puestas a disposición del demandante el **27 de febrero de 2017**, se concluye que el pagador incurrió en mora desde el 21 de diciembre de 2016 hasta el 26 de febrero de 2017 por lo que es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria por 69 días.

En este sentido, la Sala modificará la decisión de primera instancia, toda vez que le asiste razón al recurrente al señalar que se causaron 69 días y no por 51 días lo estimó el a quo.

Por otra parte, la demandante solicitó que se reconociera la indexación de la condena de conformidad con lo expuesto en el artículo 187 del CPACA y el precedente del Tribunal Administrativo del Quindío.

Sobre el particular es pertinente citar los principales argumentos de la sentencia de unificación CE-SUJ-SM-012-2018 el 18 de julio de 2018 en punto a la improcedencia de la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos docentes, aspecto sobre el cual sentó precedente, al respecto:

«[...] 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en él , pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

183. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que

Rad. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

[...]

187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. [...]

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IRC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA. [...]

Por consiguiente, en razón a que la indemnización moratoria constituye una penalidad ante el incumplimiento de los plazos previstos en la ley para el reconocimiento y pago de las cesantías, en consecuencia, no está sujeta a una indexación monetaria.

En virtud de lo anterior y en acatamiento del precedente de unificación, en el presente caso no procede la indexación del valor a cancelar por sanción moratoria.

5.6.- Condena en costas en segunda instancia

El artículo 188 del CPACA, remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como el recurso se decidió en forma favorable al accionante, quien lo interpuso, no habrá condena en costas en segunda instancia.

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: Modificar el numeral 2.1. de la sentencia de 16 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual quedará así:

“2.1. -Reconocer y pagar a favor de la parte demandante, señora Omaidá Méndez Hernández, identificada con la cédula de ciudadanía No.32.755.577, la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, tomando en cuenta que se causaron 69 días de mora, y para su liquidación deberá tomarse en cuenta la asignación básica percibida por la docente, como contraprestación directa de su trabajo, vigente al



Rad. 13-001-33-33-013-2019-00220-01

momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo, esto en aplicación del criterio de unificación jurisprudencial contenido en la sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, por tratarse de la hipótesis del no pago oportuno de cesantías parciales, según lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Se confirmará en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin condena en costas en segunda instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ