



2020
VISIÓN PERFECTA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA
-DESPACHO 01-
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA VICTORIA QUIÑONES TRIANA

Santa Marta D.T.C.H., nueve (09) de diciembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO: SENTENCIA

Radicado: 47-001-2333-000-2019-00608-00
Demandante: Nidia Rojas Cortinas
Demandado: Nación- Min. Educación- Fomag
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Laboral)
Instancia: Primera

No observándose motivo de nulidad que invalide lo actuado, procede la Corporación a proferir sentencia anticipada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020¹, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 437 de 2011, que promovió por conducto de apoderada judicial **Nidia Rojas Cortina**² en contra de la Nación- Ministerio de Educación Nacional - **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.³

I. RESUMEN DE LA DEMANDA

En síntesis, en el libelo genitor se señalaron las siguientes **situaciones fácticas** (ff 2-4.):

Manifestó, por conducto de apoderada judicial que el día 8 de agosto del año 2017 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a la entidad demandada, por laborar como docente en los servicios educativos estatales.

Sostuvo que a través de la Resolución No. 0985 del 12 de julio de 2018, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas, sin embargo, estas fueron canceladas solo hasta el 22 de octubre del 2018 por intermedio de entidad bancaria con

¹ Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

² Demandante femenino, mayor o igual a 50 años - No informa grupo étnico, alega situación de discapacidad.

³ En adelante Fomag

posterioridad al término de los 70 días hábiles que establece la ley para su reconocimiento y pago.

Por último, afirmó que con fecha 19 de noviembre de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a el Fomag, sin embargo, la entidad no respondió configurándose un acto ficto negativo.

Por lo expuesto, **solicitó** a esta Corporación (ff.1-2):

Se declare la nulidad del acto ficto negativo configurado el día 19 de febrero de 2019, frente a la petición presentada el 19 de noviembre de 2018, a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2017.

En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar la sanción por mora, equivalente a un día de salario por cada día de retardo; entre otras declaraciones.

Frente a las normas violadas y concepto de violación (ff 4-11):

Anotó como normas violadas los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Seguidamente como concepto de violación preciso que las disposiciones que regulan el pago de las cesantías han sido menoscabadas, al no dárseles efectivo cumplimiento, omitiendo que hacen parte de los emolumentos salariales.

Aunado a lo anterior, indico que las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 reglamentan el pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, al estipular términos perentorios para el reconocimiento y pago de la misma, sin embargo, afirma que el reconocimiento y pago de estas es realizado con posterioridad a los términos dispuestos en la normatividad vulnerado así los derechos del trabajador.

Expreso que, 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, una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo basta acreditar la no cancelación.

En consecuencia, a lo anterior, sostuvo que muy a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa ha de entenderse que el reconocimiento y pago de las cesantías, no debe superar 70 días

hábiles después de radicar la solicitud, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cancela por fuera de los términos establecidos en la ley.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la parte demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentado que no se evidencia de la configuración del acto ficto respecto a la petición elevada el día 19 de noviembre de 2018, por cuanto el acervo probatorio no tiene la contundencia para arribar a la certeza que efectivamente no se dio respuesta a esta solicitud, desconociéndose las actuaciones desplegadas por la entidad territorial en cuyas instalaciones esta se radicó, la cual es la llamada a responder por este trámite.

Afirmó que de conformidad con el certificado expedido por la Fiduprevisora S.A., los dineros quedaron a disposición de la docente el día 23 de agosto de 2018, el cual no fue cobrado y por tal razón reprogramado para el 22 de agosto de 2018.

Indicó que, en evento de imponer condena por sanción moratoria, sea cargo de los títulos de tesorería emitidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no con cargo a los recursos del Fomag.

Finalmente propuso como excepciones ineptitud de la demanda por carencia de fundamento jurídico, cobro de lo no debido y genérica. (fol. 53-60)

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los argumentos expuestos en esta etapa procesal fueron señalados por las partes mediante escrito, pues en auto de fecha 27 de julio de 2020 en virtud de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 del Decreto 806 de 2020, se ordenó prescindir de la audiencia inicial y dictar sentencia anticipada, otorgándole previamente a las partes y al Ministerio Público el derecho a alegar de conclusión (archivo PDF 1.2. del expediente virtual), bajo ese entendido las partes presentaron sus alegatos en los siguientes términos:

Parte demandante: además de reiterar los argumentos expuestos a lo largo del proceso, la apoderada judicial manifestó que los docentes al servicio del Estado, son beneficiarios de la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006 en el evento que el empleador realiza el pago por fuera del término legal de acuerdo a las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en esta materia.



Destacó que la normatividad en mención proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio, al percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías. Por cuanto constituyen una garantía del derecho al pago oportuno del salario contenido en el inciso 3 del artículo 53 Constitucional.

Puntualizó que, 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 (archivo pdf 1.4)⁴

Parte demandada: no presentó alegatos de conclusión.

Concepto del Ministerio Público: el Agente del Ministerio Público Delegado ante este Tribunal no emitió concepto alguno.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, procede la Sala a decidir sobre el fondo de la litis planteada con el siguiente derrotero: 1) problema jurídico a resolver y tesis del Tribunal, 2) fundamentos legales y jurisprudenciales que sustentan la tesis del Tribunal, 3) análisis crítico de las pruebas, 4) estudio del caso en concreto y 5) condena en costas.

1. Problema jurídico y tesis del tribunal

Luego de efectuadas las actuaciones procesales pertinentes⁵ le corresponde al Tribunal determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío del auxilio de cesantías parciales en su condición de docente estatal afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

TESIS DEL TRIBUNAL: acceder a las pretensiones de la demanda, en razón a que según la normatividad aplicable al caso en concreto y la línea jurisprudencial

⁴ Ver Expediente digitalizado.

⁵ **Presentación de la demanda:** 16 de septiembre de 2019 (fol. 24); **auto admite demanda y ordena notificación:** 04 de octubre de 2019 (ff. 26 - 27); **notificación personal auto admisorio demandada, ANDJE y Ministerio Público:** 31 de octubre de 2019 (ff. 28 - 35); **escrito allega antecedentes administrativos por la entidad territorial:** 12 de noviembre de 2019 (ff. 37 - 56); **contestación de la demanda:** 13 de febrero de 2020 (fol. 52-72); **traslado de excepciones:** 04 de marzo de 2020 (fol.73); **auto ajusta trámite Decreto 806 de 2020:** 27 de julio de 2020 (archivo PDF 1.2 del expediente virtual); **escritos de alegatos de conclusión:** 14 de agosto de 2020 (archivos PDF 1.4 del expediente virtual).



del Consejo de Estado, la señora Nidia Rojas Cortina tiene derecho al pago de la sanción moratoria.

2. Fundamentos legales y jurisprudenciales que sustentan la tesis del tribunal

La **Ley 244 de 1995**⁶ regulaba el trámite para la liquidación y pago de las cesantías definitivas de todos los servidores públicos. En el parágrafo del artículo 2º se hizo mención a la sanción moratoria en los siguientes términos:

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 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 éste.

La anterior legislación fue adicionada y modificada por la **Ley 1071 de 2006**⁷. Su objetivo se circunscribió a reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación (artículo 1º).

En cuanto al retiro parcial de cesantías, la normativa en cita propuso que los empleados podían solicitarla para i) compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente y ii) adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos (artículo 2º).

Así mismo, los artículos 4 y 5 frente al trámite de este tipo de solicitudes y la mora en su pago, estableció:

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

⁶ "Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

⁷ "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".



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 5o. 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.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia **SU-336 de 2017⁸**, dejó por sentado que las citadas legislaciones le son aplicables a los docentes oficiales en lo que tiene que ver con el pago de la sanción moratoria, en virtud de la naturaleza de la labor desempeñada que les otorga un trato equivalente al de empleados públicos. Sobre el particular, la Máxima Guardiana de la Carta Política, mencionó:

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

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

⁸ Magistrado ponente: Iván Humberto Escruera Mayolo.



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

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

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

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

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

De igual manera, en la providencia de unificación se arribó a las siguientes conclusiones:

3. Conclusiones

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

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante



acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

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

3.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989⁹.

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

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de

⁹ Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.



manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

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

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

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

En ese mismo sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado en **sentencia de importancia jurídica de fecha 18 de Julio de 2018**¹⁰, unificó su jurisprudencia sobre la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, regidos por la Ley 91 de 1989. Las reglas jurisprudenciales fijadas en la providencia con fines de unificación fueron las siguientes:

*"[...] 3.5.1 **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.*

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 - SUJ-012-S2, expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01.



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.

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 [...]"

El Consejo de Estado determinó que los efectos de la referida sentencia de unificación son de carácter retrospectivo, y, por ende, aplicable de manera obligatoria a los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial.

En cuanto a la competencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes

¹¹ Artículos 68 y 69 CPACA.



oficiales, debe indicarse que según lo establecido la **Ley 91 de 1989**¹² tal fondo:

- i) Funciona como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital (artículo 3º).
- ii) Es el encargado de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados (artículo 4º)
- iii) Es el encargado de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado (artículo 5º, numeral 1).

A su vez, la **Ley 962 de 2005**¹³ en su artículo 56¹⁴ señaló:

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

Por último, el **Decreto 2831 de 2005**¹⁵ en sus artículos 2, 3, 4 y 5 en lo que respecta al trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo, especifica:

Artículo 2º. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria

¹² "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

¹³ "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos".

¹⁴ Artículo vigente para la época en que solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías parcial en el caso en concreto. Fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 "Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022".

¹⁵ "Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6 del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones".



encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.
4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o



modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

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

Parágrafo 1º. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2º. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5º. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

La sentencia de unificación SUJ-012-S2 determinó que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 y de la Ley 1071 de 2006 para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el



plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento.

Los argumentos bajo los cuales sustentó tal posición se transcriben a continuación:

"(...) En criterio de la Corte, que esta Sala también comparte, el establecimiento de un nuevo término para el pago de la cesantía para los docentes afiliados al Fomag, es regresivo y modifica además el plazo general de 45 días previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1071 de 2006, razón por la cual, no es posible tal previsión para el ordenamiento jurídico.

127. En tal virtud, si la nueva ley no podía ampliar los términos para el pago de la cesantía y causación de sanción moratoria de los docentes, con mayor razón una norma reglamentaria tiene vedado igual propósito, como es el decreto que regula el trámite de reconocimiento de prestaciones a cargo del Fomag."

(...)

En consecuencia, estima la Sala que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía, que como hemos visto, resultan aplicables al sector docente oficial (...)"

Por ende, en desarrollo de la llamada «excepción de ilegalidad», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, inaplicó para los efectos de la unificación jurisprudencial, la mencionada norma reglamentaria, e instó al Gobierno Nacional a que en futuras reglamentaciones tenga en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

3. Análisis crítico de las pruebas

¿Cuándo se solicitó el reconocimiento y pago de Cesantía parcial?

En el expediente se encontró acreditado que la demandante en su condición de docente de vinculación Nacional elevó solicitud de reconocimiento y pago de cesantía parcial para compra de vivienda el día 08 de agosto de 2017 (fol. 15 – consideraciones acto administrativo de reconocimiento de cesantía parcial).

¿Cuándo se expidió el acto administrativo de reconocimiento y pago de cesantía parcial para reparaciones locativa?

De la misma forma se encuentra probado que mediante Resolución No. 0986 de julio 12 de 2018, la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para compra de vivienda a favor de la docente Nidia Rojas Cortina por valor de \$46.558.981, descontándose la suma de \$14.746.682 (ff. 15 – 16).

Para el reconocimiento de la cesantía parcial, la administración tuvo en cuenta que el demandante prestó sus servicios desde el 05 de septiembre de 1994 al 30 de diciembre de 2017.

El acto administrativo ordenó girar la suma de \$31.812.299 como anticipo de cesantías con destino a compra de vivienda, la cual debía ser pagada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduciaria La Previsora S.A.

Esta resolución se notificó personalmente a la educadora el 18 de julio de 2018 (fol. 17).

¿Cuándo se efectuó el pago de la cesantía parcial reconocida por parte de la administración?

Conforme consta en documento visible a folio 18 del expediente virtual respuesta brindada por la Fiduprevisora ante solicitud de certificación de pago de cesantía, en la cual señala que el pago de la cesantía parcial estuvo a disposición de la docente a partir del 23 de agosto de 2018.

¿Cuándo se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial?

Se encuentra acreditado que la demandante el 18 de noviembre de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía.

En cuanto a los antecedentes administrativo aportados por la Secretaría de Educación Departamental del Magdalena se encontró probado lo siguiente:

Le fueron reconocidas cesantías definitivas a través de la Resolución No. 001988 del 6 de agosto de 2019 por sus servicios prestados como docente de vinculación Nacional, retirada del servicio mediante Resolución No. 0655 del 14 de agosto de 2018. (fl. 38- 39 y 48-49)



Del formato único para la expedición de certificado de historia laboral No. 02311 de fecha 31 de julio de 2019, es posible inferir que la demandante prestó sus servicios al magisterio desde el año 1994, fue nombrada mediante Decreto No.702 de 24 de agosto de 1994, expedida por el municipio de San Zenón y tomó posesión del cargo el 05 de septiembre del mismo año, hasta el 28 de agosto de 2018, así mismo consta que mediante Resolución N° 0655 de 14 de agosto de 2018 se retira del servicio activo por invalidez (fl43)

Según certificación expedida el 31 de julio de 2019, los reportes de cesantías que se relacionan a favor de la actora van desde el año 1994 al 2018. (fl47)

4. Estudio del caso en concreto

Según el análisis normativo y jurisprudencial que se relacionó en ítems anteriores, es procedente el reconocimiento y pago a favor de los docentes oficiales de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías contempladas en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por la naturaleza del cargo que ocupan – servidores públicos –, siempre que se encuentren afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal sanción estará a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que es según el ordenamiento jurídico la entidad encargada de reconocer y pagar esta prestación mediante la aprobación del proyecto de resolución elaborado por el respectivo secretario de educación de la entidad donde labora el docente. Desde esa perspectiva, no está llamado a prosperar en el caso en concreto el medio exceptivo de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la entidad accionada.

En cuanto al fondo del asunto, en el caso en concreto la entidad demandada se encuentra obligada a reconocer y pagar a la señora Rojas Cortina un día de salario por cada día en que retardó el pago de la cesantía parcial para compra de vivienda reconocida a través de Resolución No. 0986 de julio 12 de 2018, con esto no se está desconociendo el principio de sostenibilidad financiera como lo aduce la entidad accionada, sino respetando los términos que fija el ordenamiento jurídico al respecto.

Debe advertir la Colegiatura que esta sanción empieza a correr de conformidad a los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, transcurridos 70 días hábiles siguientes de radicada la solicitud de reconocimiento y pago de dicha sanción, término que corresponde a: i). 15 días para expedir la resolución; ii).



10 días (a partir de la entrada en vigencia del CPACA) de ejecutoria del acto;
iii). 45 días para efectuar el pago¹⁶.

De lo acreditado en el expediente, se tiene lo siguiente:

Reclamación cesantía parcial	08/08/2017	Fecha de reconocimiento: 12/07/2018
Término de 15 días hábiles para expedición de acto administrativo (art. 4 L. 1071/06)	30/08/2017	
Ejecutoria de 10 días (L. 1437/11)	13/09/2017	Fecha de pago: 23/08/2018
Vencimiento del término para el pago - 45 días (art. 5 L. 1071/06)	20/11/2017	Período de mora: 21/11/2017 – 22/08/2018

Liquidación de la sanción moratoria

Como se apuntó en líneas anteriores, la liquidación de esta sanción se hará desde el 21 de noviembre de 2017 hasta el 22 de agosto de 2018, día anterior a que efectivamente se pagó la cesantía parcial, generándose un retardo de 9 meses y 1 día.

En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción, se aplica la regla fijada en la sentencia de unificación atrás mencionada y, por ende, será la vigente al momento de la mora, esto es, la devengada en el año 2017, como quiera que esto se causó a partir del 21 de noviembre de tal anualidad.

No hay lugar a la indexación de la sanción moratoria.

5. CONDENA EN COSTAS

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. procede la Sala a disponer sobre la condena en costas, teniendo en cuenta las reglas previstas en el Código General del Proceso sobre la materia y el criterio objetivo – valorativo que según jurisprudencia del Consejo de Estado rige sobre esta temática.

El numeral 1º del artículo 365 del C.G.P. señala que “Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente

¹⁶ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de 24 de octubre de 2019, radicación número: 73001-23-33-000-2014-00120-01 (4886-14).



el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código." Así mismo el numeral 8º precisa "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

Las costas están conformadas por dos rubros distintos: las expensas, que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, y las agencias en derecho, esto es, la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

En el asunto de la referencia del trámite del expediente no se concluye la causación de las costas y agencias en derecho, razón por la cual no se decretarán.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Administrativo del Magdalena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. - DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto negativo configurado frente a la petición radicada el 19 de noviembre de 2018 a través de la cual la señora NIDIA ROJAS CORTINA solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO. - a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer, liquidar y pagar a favor de la señora Nidia Rojas Cortinas identificada con c.c. 33,215.294, un día de salario por cada día de retardo a título de sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006.

La liquidación de esta sanción se hará desde el 21 de noviembre de 2017 hasta el 22 de agosto de 2018, la cual se liquidará con base en la asignación básica devengada por la demandante para la anualidad 2017.

No hay lugar a indexar la sanción moratoria.



CUARTO. - INAPLICAR por ilegal el Decreto 2831 de 2005, en virtud de lo establecido en el artículo 148 de la ley 1437 de 2011.

QUINTO. - la entidad demanda deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO. - NO CONDENAR EN COSTAS, conforme a lo indicado en la parte motiva de la sentencia.

SÉPTIMO. - ORDENAR por Secretaría hacer la devolución del remanente o la totalidad de los gastos ordinarios cancelados por la parte demandante, si a ello hubiere lugar.

OCTAVO. - si no fuere apelada la sentencia, **ORDENAR** el archivo del expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA VICTORIA QUIÑONES TRIANA
Magistrada Ponente

ADONAY FERRARI PADILLA
Magistrado

ELSA MIREYA REYES CASTELLANOS
Magistrada