



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00

Cartagena de Indias D. T y C, veinticuatro (24) de Octubre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00079-00
Demandante	ELIZABETH DEL CARMEN CUETO NAJERA
Demandado	NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.
Tema	SANCIÓN POR MORA EN PAGO DE CESANTÍAS
Sentencia No	0205

**1. PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por la señora ELIZABETH DEL CARMEN CUETO NAJERA, a través de apoderado judicial, contra la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; DEPARTAMENTO DE BOLIVAR.

**2. ANTECEDENTES**

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

**PRETENSIONES**

- 1-Que se declare la existencia del acto ficto o presunto configurado el día 21 de Octubre de 2014, producto de la omisión de la entidad demandada en dar respuesta dentro del término establecido en la Ley a la solicitud de pago de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, elevada por el demandante el día 21 de Julio de 2014.
- 2-Que se declare la nulidad del acto ficto configurado el día 21 de Octubre de 2014, producto del silencio administrativo negativo al haber omitido la entidad demandada dar respuesta a la solicitud de pago de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, elevada por el demandante el día 21 de Julio de 2014.
- 3-Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la parte demandada, a reconocer y pagar a la demandante la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías, en su suma equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día en que por Ley se debió efectuar su pago, hasta cuando se realizó el mismo, de acuerdo a lo establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.
- 4-Que se condene a la demandada a reajustar las sumas reconocidas en la sentencia, en los términos del artículo 187 del CPACA.
- 5-Que se le ordene a la demandada a dar cumplimiento a la sentencia dentro de los términos señalados en los artículos 192 y siguientes del CPACA.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00**

6-Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios que se causen desde la ejecutoria de la sentencia hasta que se materialice el pago de la sanción moratoria.

7-Que se condene al pago de costas a la parte demandada.

#### HECHOS

Como fundamentos facticos del medio de control que promovió, la parte demandante, en resumen, planteó los siguientes:

1-Refirió, que el demandante el día 26 de Febrero de 2013 solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales; que, por medio de la Resolución No. 1855 de fecha 15 de Octubre de 2013, le fue resuelta dicha petición; que, solo hasta el día 27 de Diciembre de 2013 recibió por intermedio del Banco BBVA el pago de sus cesantías parciales; que, en razón de lo anterior, el día 21 de Julio de 2014 elevó solicitud ante la entidad demanda con el fin que ordenará el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías parciales, sin obtener una respuesta al respecto.

#### NORMATIVIDAD VIOLADA y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como normas violadas, invocó el numeral 5 del artículo 2 de la Ley 91 de 1989, Ley 244 de 1995 - modificada por la Ley 1071 de 2006.

Como concepto de violación de las normas, en concreto, argumentó que la entidad demandada violó las normas antes señaladas, porque omitió cancelar de manera oportuna el auxilio de cesantías, siendo que era un derecho legalmente adquirido por existir una relación legal y reglamentaria entre el demandante y el ente demandado.

Bajo las anteriores argumentaciones solicita la apoderada de la demandante, se concedan las pretensiones de la demanda.

#### - CONTESTACIÓN

#### FOMAG

En síntesis, plateó, que no le asiste derecho a la demandante a que se le reconozca y pague la sanción moratoria pretendida, según explicó, ya que las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno, y señalan que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

Propone las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma; pago, cobro de lo no debido; compensación; y buena fe.

#### DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

En concreto, señaló, que los hechos expuestos por la parte demandante solo son simples afirmaciones desprovistas de veracidad o prueba alguna ya que al libelo no acompañó ningún medio probatorio que los acredite, y por tanto los mismos se deben tener como no probados, y que en caso de comprobarse el derecho pretendido, es el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien debe hacerlo efectivo y no la GOBERNACIÓN DE BOLIVAR.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00

Propone las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva; expresa prohibición legal; e inexistencia de la obligación legal.

### TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 18 de Abril del año 2017, posteriormente mediante auto de fecha 18 del mes de Mayo del mismo año se admite y fue notificada a la demandante por estado electrónico No. 064.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 31 de Mayo de 2017 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Mediante auto de fecha 21 de Septiembre de 2017, se citó a las partes a audiencia inicial para el día 24 de Octubre de 2017, se cierra el debate probatorio y se corre traslado para presentar alegatos seguidamente.

#### - ALEGACIONES

DEMANDANTE:

Ratifica lo manifestado en la demanda (Audio).

DEMANDADOS:

FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:

(Audio).

MINISTERIO PÚBLICO: Pide que se concedan las pretensiones de la demanda. (Audio).

### 3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

### 3. CONSIDERACIONES

#### - PROBLEMA JURIDICO

¿Procede el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la ley 244 de 1995 y ley 1071 de 2006 a favor de la demandante por pago tardío de cesantías?

#### - TESIS

Para dar resolución jurídica al problema planteado, el Despacho tiene como problema asociado discernir si se aplica la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, como procedimiento especial o, si debe acudir a la Ley 1071 de 2006, como norma general para la reclamación de las cesantías.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00**

Desde ya se anuncia que las hipótesis que se sostendrá argumentativamente por esta Casa Judicial, se concreta en conceder las pretensiones de la demanda en la medida en que ciertamente, la normativa aplicable en tratándose de la sanción moratoria derivada del no pago oportuno de cesantías, es el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual, se subrogó el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, aun cuando los beneficiarios de ella, hagan parte del personal docente.

Conforme a lo anterior, al realizar una interpretación finalista de la norma general –Decreto 1071 de 2006-, en la que se consagra la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías, en favor de los empleados públicos, válidamente puede colegirse que, la aplicación de la norma que establece el procedimiento especial para el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente –Ley 91 de 1989-, en la que no se hace alusión a dicha sanción, se traduce en una exclusión de dicho beneficio, para aquellas personas que, por su calidad de docentes vinculados al servicio de la Educación del Estado, tienen la connotación de empleados públicos, a quienes cobija la ley general, según el ámbito de aplicación en ella descrito.

Adicionalmente, debe decirse que, aplicar exclusivamente el procedimiento especial dispuesto para las prestaciones sociales de los docentes, desconociendo que la ley que consagra el procedimiento general en materia de reconocimiento y pago de la prestación conocida como el auxilio de cesantías, dispone una sanción por el no pago oportuno de las mismas, necesariamente se traduce en una vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, expresamente regulados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política.

Pues bien, la clave de la decisión estriba en la aplicación del principio de favorabilidad que en materia laboral está consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, y el 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, debe optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

#### **ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.**

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 que, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios.

Por su parte, la Ley 65 de 1946 determinaba:

“Artículo 1°. 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 al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1° de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro”.

Posteriormente, el artículo 1 del Decreto 1160 de 1947 reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso 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 a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.



93



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00**

En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3º de la Ley 41 de 1975.

Con el Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público del desmonte del régimen retroactivo de las cesantías, y se da paso al anualizado.

Luego con la Ley 344 de 1996 se determina la liquidación anual de las cesantías para todos los servidores públicos que se vinculen, en cualquiera de sus niveles. Para reglamentar esa Ley se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afiliaran a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

En efecto en cuanto a lo correspondiente al sector docente oficial tenemos que la Ley 91 de 1989 determinó lo siguiente:

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

**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 1. 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”.

De este recuento normativo sobre el auxilio de cesantías, y en palabras de la Corte Constitucional, esta prestación social es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otros requerimientos importantes como vivienda y educación. Es así como en la sentencia C-310 de 2007, señaló que *“la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, 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 cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda”*.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00**

Ahora bien, como el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, el mismo actúa para el cumplimiento de sus funciones a través de las Secretarías de Educación de los entes territoriales certificados, es ello para los reconocimientos que deban realizarse o las peticiones que deban resolverse, y por intermedio de la Fiduciaria asignada para el pago efectivo de las obligaciones a su cargo.

Con fundamento en lo anterior, y con el fin de reglamentar dichas tareas, se expidió el Decreto 2831 de 2005, por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones, donde se estableció el procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en dicha normativa se dispuso:

## "CAPITULO II

Trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

"ARTÍCULO 2°. 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 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 la 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 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° 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. (...)
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.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00**

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración 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 éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

ARTÍCULO 4°. 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 5°. 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.

De los artículos antes transcritos se deriva que existe un procedimiento y unos términos especiales establecidos para efectos de reconocimiento de las cesantías, sean estas parciales o definitivas, a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, plazos que pueden resumirse en lo siguiente:

- Expedición de proyecto por las Secretarías de Educación: 15 días
- Aprobación del proyecto por parte de la fiduciaria 15 días
- Notificación por parte de las Secretarías de Educación del acto administrativo aprobado:
  - Personalmente Decreto 01 de 1984 (artículo 44): 5 días
  - Personalmente Ley 1437 de 2011 (artículo 68): 5 días
- Ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento:
  - Decreto 01 de 1984 (artículo 51): 5 días
  - Ley 1437 de 2011 (artículo 76): 10 días
- Remisión del acto administrativo ejecutoriado a la fiduciaria para el pago. 3 días

Todo lo anterior conlleva que el trámite para que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías de docentes, parciales o definitivas, quede en firme, y pueda iniciar el plazo para el pago demora:

Bajo el Decreto 01 de 1984: 43 días hábiles  
Conforme a la Ley 1437 de 2011: 48 días hábiles

En consecuencia, es de precisarse que la Ley 91 de 1989 señala el régimen legal de las cesantías de los docentes, y el Decreto 2831 de 2005, reglamentario de la Ley 91 de 1989, el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero como se había señalado previamente en dicha normativa no se determinan





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00**

tiempos para efectos del pago efectivo de esta prestación social, luego entonces le asiste la razón al Departamento de Bolívar en la sustentación de la excepción de inexistencia de la obligación a cargo del Departamento de Bolívar.

Por su parte, la Ley 1071 de 2006, la cual adiciona y modifica la Ley 244 de 1995 consagra:

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

**ARTÍCULO 3o. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS.** Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2o de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

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

**ARTÍCULO 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”.

A criterio de este Despacho la Ley 1071 de 2006, en lo correspondiente a los tiempos para el pago y la sanción moratoria que se puede generar por no cumplir los mismos, sería aplicable a los docentes oficiales, pues dicho aspecto no puede quedar ni al capricho ni al arbitrio del encargado o responsable del pago, pero en especial porque la ley en mención reguló lo referente a la cancelación oportuna de las cesantías, parciales o definitivas, aspecto no regulado por las normas especiales aplicables a los docentes, pero que al establecer el campo de aplicación de la misma extendió sus efectos a todos los servidores públicos del Estado, dentro del cual se encuentran los docentes oficiales.

No encuentra justificación valedera que para efectos de pago todas las entidades estatales deban cumplir con dicha obligación dentro de los 45 días hábiles siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que reconoce la prestación, o al vencimiento de los plazos máximos dados para tal fin, como lo ha interpretado el Consejo de Estado, y que dicha obligación no cobije al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y ampare a los docentes oficiales.

**Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 31-07-2017**

**Página 8 de 15**





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00**

La Ley 1071 de 2006 para efecto de los docentes oficiales se constituye en un complemento tanto de la Ley 91 de 1989 como del Decreto 2831 de 2005, pues en las mismas solo se reguló lo referente al reconocimiento, pero existe un vacío en cuanto a los plazos para el pago de las cesantías, aspecto que debe y tiene que ser regulado por la única norma que dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en cuanto a servidores oficiales lo establece.

Por consiguiente, se repite y reitera, la ley aludida es aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en cuanto al tiempo determinado por el legislador como prudente y necesario que cuentan todas las entidades públicas para realizar el pago de las cesantías, ello con el fin que este auxilio cumpla su función, es ello permitir al trabajador cesante tener los medios necesarios para su subsistencia, o le facilite la adquisición de vivienda, su remodelación o liberación de gravámenes hipotecarios, o la realización de estudios del servidor oficial o su familia.

No puede ser el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el único estamento estatal que cuente con la liberalidad de pagar cesantías a sus afiliados en el tiempo y término que mejor considere.

Conforme a lo anterior, entiende esta judicatura que, al realizar una interpretación finalista de la norma general –Decreto 1071 de 2006-, en la que se consagra la sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías, en favor de los empleados públicos, válidamente puede colegirse que, la aplicación de la norma que establece el procedimiento especial para el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente –Ley 91 de 1989-, en la que no se hace alusión a dicha sanción, como pretende la entidad demandada en la alzada, se traduce en una exclusión de dicho beneficio, para aquellas personas que, por su calidad de docentes vinculados al servicio de la Educación del Estado, tienen la connotación de empleados públicos, a quienes cubre la ley general, según el ámbito de aplicación en ella descrito.

Adicionalmente, debe decirse que, aplicar exclusivamente el procedimiento especial dispuesto para las prestaciones sociales de los docentes, desconociendo que la ley que consagra el procedimiento general en materia de reconocimiento y pago de la prestación conocida como el auxilio de cesantías, dispone una sanción por el no pago oportuno de las mismas, necesariamente se traduce en una vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, expresamente regulados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política.

Pues bien, la clave de la decisión estriba en la aplicación del principio de favorabilidad que en materia laboral está consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, y el 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

En efecto, al tenor de la preceptiva que ha forjado la Corte Constitucional, el principio opera: (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, "la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...".

En esas condiciones, debe señalarse una vez más que, la aplicación del principio de favorabilidad es una fórmula que garantiza la vigencia material de los valores que inspiran el modelo político y que se consagran como garantías de indemnidad frente a cualquier antinomia, como en el presente evento, caso en el cual debe privilegiarse en atención a esos apotegmas universales, la interpretación más favorable al trabajador.



**Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00**

En el mismo sentido se ha pronunciado el H. consejo de Estado con los siguientes argumentos:  
En cuanto al procedimiento que debe surtir la Administración para la liquidación del auxilio de cesantía, la Ley 244 de 1995 previó lo siguiente:

**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 hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Una vez proferida la Resolución de liquidación de la cesantía, el artículo 2 ibidem, contempla que el pago se efectuará dentro del siguiente término legal:

**"ARTÍCULO 2o.** 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.

(...)

Como quedó establecido, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995, previendo que luego de presentada la solicitud la Entidad cuenta con 15 días máximo para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, 5 días de ejecutoria y 45 días hábiles para el pago..." (Negrillas fuera del texto)

Ahora bien, una vez aclarado la aplicación de la normatividad estudiada a los docentes, surge el siguiente interrogante: ¿En materia de servidores públicos para hacerse acreedor a la sanción moratoria dispuesta en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, es necesario acreditar la mala fe del empleador ?

Al respecto se ha de precisar que como quiera que en materia de servidores públicos para hacerse acreedor a la sanción moratoria dispuesta en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, no es necesario acreditar la mala fe del empleador o encargado del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías.

La anterior tesis se sustenta en que por mandato constitucional en Colombia no puede existir empleo público sin funciones previamente definidas en la ley, y también se contempla que no habrá gasto previamente presupuestado.

Por consiguiente, en materia presupuestal es obligación de las entidades hacer provisiones para el pago y cancelación de prestaciones sociales de los servidores públicos vinculados con ellas, para que una vez se cumplan los supuestos de la ley para el pago de dichas prestaciones sociales, específicamente el auxilio de cesantías, se tenga la partida presupuestal para ello, más como en el caso del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio donde los dineros son administrados por una fiduciaria.

Es con fundamento en esta filosofía, la previsión del gasto, y hacer efectiva la finalidad de las cesantías, esto es garantizar el sustento del trabajador mientras se encuentre cesante que se impuso a la administración un término perentorio para su pago y una sanción en la eventualidad que este no se realizara o se hiciera de forma tardía.

**Código: FCA - 008    Versión: 02    Fecha: 31-07-2017**

**Página 10 de 15**





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00

La sanción que el legislador contempló es objetiva, pues para su configuración solo se requiere demostrar que no se cancelaron en término las cesantías definitivas que fueron reconocidas por la misma entidad, y esta apreciación se evidencia en la norma cuando en el parágrafo 2 del artículo 2 de la ley 244 de 1995, el cual se reprodujo en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, de forma expresa se sostiene "para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo," pues la intención del Legislador al establecer dicha sanción fue justamente castigar la omisión o el retardo en el pago de la prestación.

Lo anterior, sin desconocer que la parte demandada pueda demostrar en el caso concreto sometido a control jurisdiccional, que el no pago o la mora pudo generarse por una causa externa, imprevisible y no atribuible a su conducta.

En igual sentido al de esta providencia se ha pronunciado el Consejo de Estado, en sentencia de 21 de septiembre de 2006, en donde sostuvo:

"(...)

3. No son acertados los argumentos que esgrime la entidad para negar el reconocimiento de la sanción deprecada, consistentes en que no se acreditó su mala fe para abstenerse del pago. La norma consagra para la entidad la obligación, –sin condiciones–, de pagar un día de salario por cada día de retardo, y si bien pudieron ocurrir circunstancias de extinción de tal obligación o de la responsabilidad que ella acarrea en los términos del régimen general de las obligaciones jurídicas, ellas no fueron acreditadas en el expediente (caso fortuito o fuerza mayor).

(...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por otra parte, en sentencia de Sala Plena de 27 de marzo de 2007 el Consejo de Estado advierte que cuando la administración resuelve el requerimiento en forma tardía "buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual empieza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la que el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas."

De manera que a criterio de este Juzgado se sanciona la conducta de las entidades públicas que "amarran" la expedición del acto administrativo de reconocimiento hasta contar con los recursos presupuestales correspondientes y una vez obtenido ellos, profieren la Resolución ordenando el pago a favor de su ex trabajador y disponiendo su cancelación aparentemente dentro de los 45 días siguientes a su ejecutoria, en los términos de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado en sentencia del 17 de noviembre de 2016<sup>1</sup>, lo siguiente:

De la normatividad transcrita se observa que el legislador no sólo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, Expediente no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número Interno: 1520-2014





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00

atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.

Finalmente, es pertinente aclarar que cuando se reclama el pago de sanción moratoria solo se podrá solicitar indexación sobre las sumas adeudadas por dicho concepto, cuando el pago de las cesantías es tardío, entendiéndose que la indexación se causará o iniciará a partir del día siguiente al que se realizó la cancelación total de la prestación social.

La anterior afirmación se fundamenta en que la indexación es la figura por la cual una suma determinada de dinero no pierde poder adquisitivo pues se actualiza al momento real de su pago. En el caso de la sanción moratoria esta no aplicaría en conjunto con la indexación porque la primera es un valor que se está actualizando todos los días, a razón de un salario diario por día de retraso, lo cual no implica pérdida alguna de valor adquisitivo de la indemnización. En el mismo sentido se pronunció el Alto Tribunal Contencioso Administrativo en sentencia<sup>2</sup> citada anteriormente de la siguiente forma:

Sobre el particular es pertinente citar la jurisprudencia que indica la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda en este punto, a saber:

"[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996<sup>16</sup>, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que "la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]"<sup>18</sup> (Subraya de la Subsección).

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

## CASO CONCRETO

Explicados los anteriores antecedentes normativos y jurisprudenciales que enmarcan el problema jurídico puesto a consideración de este Despacho, se procede a analizar el caso concreto.

El 26 de Febrero de 2013 la señora ELIZABETH DEL CARMEN CUETO NAJERA presentó solicitud ante la Secretaría de Educación Departamental, con destino al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendiente al reconocimiento y pago de cesantías parciales.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01. Número Interno: 1520-2014





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00

La Secretaría de Educación, en representación de la Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, expidió la Resolución No. 1855 de fecha 15 de Octubre de 2013, reconociendo a favor de la actora la suma neta de \$22.712.188.00 como cesantías parciales.

Conforme a la afirmación indefinida en el hecho número quinto de la demanda y al volante de pago efectivo del banco BBVA el valor fue cancelado el 27 de Diciembre de 2013.

Ahora bien, desde la fecha en que la parte accionante radicó, en debida forma, la solicitud de pago de cesantías parciales, ello es el 26 de Febrero de 2013, hasta la fecha de su pago efectivo, 27 de Diciembre de 2013, transcurrieron 10 meses y 01 días; sin embargo para efectos de contabilizar la presunta tardanza ocasionada en el pago de la prestación social, se debe establecer los días con que contaba el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para expedir el acto administrativo de reconocimiento correspondiente.

Tenemos entonces que, con petición radicada el 21 de Julio de 2014, la parte actora solicitó el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por no haberse realizado el pago dentro del término previsto en la Ley.

Teniendo en cuenta lo dicho en la parte inicial de estas consideraciones el Despacho procederá a establecer el tiempo con que contaba la entidad hoy demandada para expedir el acto administrativo de reconocimiento del auxilio de cesantías parciales que le fuera solicitado, y de esta manera determinar si se configura la mora en el pago que está siendo alegada por la parte demandante, aclarando que dichos términos para efecto de reconocimiento son los contemplados en el Decreto 2831 de 2005, por ser dicha norma especial y específica para los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- Radicación de la solicitud: 26 Febrero 2013
- Expedición de proyecto por la Secretaría de Educación (15 días): 27 Febrero al 19 Marzo 2013
- Aprobación del proyecto por parte de la fiduciaria (15 días) 20 Marzo al 12 Abril 2013
- Notificación por parte de la Secretaria del Acto Administrativo de reconocimiento (5 días): 15 al 19 Abril de 2013
- Ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento (10 días) 22 de Abril al 06 Mayo de 2013
- Remisión del acto administrativo ejecutoriado a la Fiduciaria para el pago (3 días): 07 al 09 Mayo de 2013

Por tanto, a 09 de Mayo de 2013 vencía todo el trámite establecido en el Decreto 2831 de 2005 para efecto de reconocimiento de las cesantías parciales por parte de la Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Con fundamento en lo previamente expuesto, los 45 días hábiles, contados a partir de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantías parciales, de que disponía la entidad para proceder a ello, se cumplieron el 09 de Mayo de 2013, y el pago efectivo de las cesantías que fueron reconocidas mediante Resolución No. 1855 de fecha 15 de Octubre de 2013, se llevó a cabo el 27 de Diciembre de 2013.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00

De manera que, entre el 10 de Mayo de 2013, día siguiente a la fecha en la que se debió cancelar las cesantías parciales de la parte demandante, hasta la fecha en que efectivamente se hizo el pago, 27 de Diciembre de 2013, transcurrieron 231 días de mora, que deben liquidarse a razón de un día de salario por cada día de retardo, pues ese es el efecto dispuesto por el legislador en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, normas citadas como violadas por la apoderada de la parte actora. En consecuencia se tiene un total de 231 días de mora que deberán ser cancelados por la demandada por concepto de sanción moratoria.

Por lo tanto, el acto demandado que negó el pago de la sanción moratoria deprecada, generada por el pago tardío de las cesantías parciales del demandante, deberá ser anulado, pues es evidente que la parte actora si es acreedora a la sanción moratoria reclamada, pero en los términos y condicionamientos indicados en este fallo.

Las sumas reconocidas por concepto de sanción moratoria serán indexadas dando aplicación al artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Los intereses reclamados por la parte actora serán cancelados en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta sentencia.

#### COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva. Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

".....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

#### V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**PRIMERO:** DECLARAR la nulidad del acto negativo ficto de fecha 08 de Noviembre de 2015, que negó el pago de la sanción moratoria deprecada, generada por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución No. 1855 de fecha 15 de Octubre de 2013, a favor de la demandante señora ELIZABETH DEL CARMEN CUETO NAJERA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 32.713.451.





**Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00079-00**

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: Reconocer y pagar a favor de la demandante, por concepto de sanción moratoria 231 días de salarios del año 2013, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

**TERCERO: TERCERO:** Declarar probada la excepción de Inexistencia de la obligación a cargo del Departamento de Bolívar.

**CUARTO:** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

**SEXTO:** Sin costas.

**SEPTIMO:** Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ  
Juez

