



Fds 30-4  
C2  
DIGITALIZADO  
SIGCMA

Cartagena de Indias D.T y C., veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2014-00341-01
Demandante	MANUEL SILVESTRE JARAMILLO JARAMILLO Y OTROS
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>SANCIÓN MORATORIA – debe ser reclamada dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad so pena de perder el derecho, por prescripción trienal conforme al art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.</i>

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor MANUEL SILVESTRE JARAMILLO JARAMILLO Y la señora OSMANY CECILIA VEGA PADILLA, actuando a través de apoderado judicial, contra la sentencia del dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron a las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### 2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor MANUEL SILVESTRE JARAMILLO JARAMILLO y la señora OSMANY CECILIA VEGA PADILLA, por conducto de apoderado judicial.

#### 2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.



## 2.1. La demanda<sup>1</sup>.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, MANUEL SILVESTRE JARAMILLO JARAMILLO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

## 2.2. Pretensiones

**PRIMERA.** Que se declare la nulidad del acto administrativo presunto, resultante del silencio administrativo negativo de la petición elevada a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, el 16 de Noviembre de 2012, por medio del cual se negó a los demandantes, el reconocimiento, liquidación y pago, de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas.

**SEGUNDA.** Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – que se reconozca, liquide y pague, un día salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas a los docentes MANUEL SILVESTRE JARAMILLO JARAMILLOy, OSMANY CECILIA VEGA PADILLA.

**TERCERA.** Que como resultado de las declaraciones anteriores, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – al pago de la suma resultantes del restablecimiento del derecho, debidamente ajustadas, tomando como base el índice de precios al consumidor de conformidad con el inciso 4º del artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

**CUARTA.** Que se condene en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION - , por no ventilarse un asunto de interés público, sino uno de interés particular, en los términos del artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

**QUINTA.** Que se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- a pagar intereses moratorios sobre las cantidades liquidadas reconocidas en la providencia, a partir de su ejecutoria, de conformidad con el inc. 3º del art. 192 y el núm. 4º del art.195 de la ley 1437 de 2011."

## 2.3.- Hechos

La parte demandante como sustento a sus pretensiones, expone que, el señor Manuel Silvestre Jaramillo Jaramillo, mediante escrito de radicado No. 2008-CES 035183 de fecha 10 de diciembre de 2008, el reconocimiento y pago de

---

<sup>1</sup> Fols. 1 – 8 Cdno 1



las cesantías definitivas, por el tiempo laborado como docente de vinculación departamental en la Institución Educativa Catalina Herrera del municipio de Arjona – Bolívar.

Por lo anterior, la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, emitió la resolución No. 1920 del 28 de agosto de 2009, reconociendo al señor Jaramillo Jaramillo, la suma de \$4.413.952 por concepto de cesantías definitivas. Sin embargo, el pago fue realizado a través del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 03 de junio de 2010, teniendo de este modo una mora de 447 días,

Que de conformidad a la certificación de salarios No. 17710 el último salario devengado por el señor Manuel Silvestre Jaramillo Jaramillo fue de \$1.071.502.

De otro lado, afirma que la señora Osmany Cecilia Vega Padilla, solicitó mediante escrito de fecha 19 de enero de 2009 de radicado 2009 - CES-000838 el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, por el tiempo laborado en la Institución Técnica Industrial Don Bosco como docente de vinculación departamental.

Así, mediante Resolución No. 2864 del 17 de marzo de 2010 proferida por la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, reconoció a la señora Vega Padilla, la suma de \$3.707.324 por concepto de cesantías definitivas. Empero, el pago fue efectuado el 26 de mayo de 2011 por intermedio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo una mora de 757 días.

Que conforme a certificación salarial No. 17712 el último salario devengado por la señora Osmany Cecilia Vega Padilla fue de \$1.071.502.

#### **2.4. Normas violadas y concepto de la violación**

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

Ley 244 de 1995: Artículo 2

Ley 1071 de 2006: Artículo 5



### 2.4.1 Concepto de la violación

- Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006

Indica la parte demandante que el acto administrativo presunto, resultante del silencio administrativo negativo derivado de la petición hecha ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional, infringen las normas en cuestión, como quiera que pese a la mora producida por el pago tardío de las cesantías de los demandantes, el reconocimiento y pago de la sanción consagrada en el artículo 2 del decreto ley 244 de 1995, modificado por el parágrafo del art 5 de la ley 1071 de 2006.

Explica de otra parte que, si bien, el decreto 244 de 1995 fijó término para el pago oportuno de las cesantías definitivas a los servidores públicos de todos los órdenes, lo cierto es que hoy la sanción por el pago tardío de las cesantías se encuentra regulada por el artículo de la ley 1071 de 2006, pues la entidad pagadora tendrá un plazo de 45 días hábiles para cancelar la prestación social referida, todo ello, a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena su liquidación.

Teniendo luego entonces que, después de pasados los 45 días mencionados en el párrafo anterior, el término para que se genere indemnización por mora comienza a correr a partir de la radicación de la petición de reconocimiento y pago de las cesantías, esto es, 15 días hábiles para expedir la resolución, 5 días hábiles adicionales para la ejecutoria, más 45 días hábiles a partir de la firmeza de la resolución, obteniendo 65 días hábiles de plazo.

### 2.5.- Contestación

#### 2.5.2.- Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>2</sup>

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la contestación de la demanda allegada, manifestó oposición a todas las pretensiones de la demanda como

<sup>2</sup> Fols. 50 – 61 Cdnó 1





quiera que carece de sustento fáctico y jurídico para que las mismas prosperen.

Por lo antes dicho, propuso las siguientes excepciones:

i) Inexistencia de la obligación, como quiera que el auxilio de cesantía fue cancelado conforme a la normatividad legal y reglamentaria de las prestaciones sociales de los docentes. Por ello, el acto administrativo demandado, no viola las disposiciones invocadas en la demanda; ii) cobro de lo no debido; iii) prescripción, pues existe prescripción de las obligaciones dinerarias por el no reclamo oportuno dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho prestacional; iv) compensación; v) caducidad; vi) buena fe.

Afirma entre tanto que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, tiene la función del pago de las prestaciones, empero fue diseñado un trámite especial en donde las secretarías tienen a su cargo la expedición del acto administrativo y una sociedad fiduciaria es la encargada de la administración de los recursos del Fondo y pagar las prestaciones sociales, en este caso, la entidad fiduciaria es la Fiduprevisora. S.A., conforme a la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Concluye arguyendo que, la sanción por mora no ésta prevista en las normas que regulan la prestación de cesantía en el régimen de los docentes.

### III. – SENTENCIA IMPUGNADA

Por medio de fallo de fecha 18 de enero de 2017<sup>3</sup>, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, sosteniendo que, no es posible acceder la reclamación elevada por el actor, frente a la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, bajo el argumento de que las normas que aplican para los docentes, son la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que no contemplan la sanción moratoria por el no pago de cesantías.

<sup>3</sup> Fols. 105 – 124 Cdno 1





Añade, que no es posible aplicar parcialmente la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, conjuntamente con la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, pues ello rompería con el principio de inescindibilidad de la norma. Sostiene además, que el art. 5 de la Ley 1071 de 2006, no procede frente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, puesto que la misma ley no menciona expresamente que los docentes sean beneficiarios de dicha legislación; por lo que extenderles su aplicación, violentaría el principio de legalidad que informa el derecho sancionatorio.

#### **IV.- RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante mediante escrito de fecha 03 de febrero de 2017<sup>4</sup>, interpuso recurso de apelación en contra de la sentenciade fecha 18 de enero de 2017, manifestando que yerra en excluir a los docentes del ámbito de aplicación de la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006.

Lo anterior, por considerar que la ley 244 modificada por la ley 1071 de 2006, es norma sustancial que cobija a todos los servidores públicos en el reconocimiento de sus derechos, incluido los docentes, contrario a la ley 962 de 2005 y demás normas concordantes constituyen normas adjetivas que marcan el procedimiento para facilitar la eficacia de los derechos sustanciales de las personas.

#### **V.- TRÁMITE PROCESAL**

Por auto calendado el 10 de febrero de 2017<sup>5</sup> se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora; mediante proveído del 10 de agosto de 2017<sup>6</sup>, fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia de fecha 18 de enero de 2017; y, con providencia del diez (10) de noviembre de 2017, visible a folio 9 del cuaderno No. 2 del expediente de la referencia, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

<sup>4</sup> Fols. 131 – 145 Cdno 1

<sup>5</sup> Folio 146 Cdno 1

<sup>6</sup> Folio 4 Cdno 2





## VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

### **6.1. Alegatos de la parte demandante:**

La parte demandante presentó sus alegatos de conclusión de manera extemporánea.

### **6.2. Alegatos de la parte demandada:**

La parte demandada mediante escrito de fecha 03 de agosto de 2017, visible a folios 12 – 21 cuaderno 2 del expediente de la referencia, aduciendo que, las prestaciones sociales de los docentes están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pero que, para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, fue diseñado un trámite en el que las Secretarías son las encargadas de la expedición del acto y la fiduciaria Fiduprevisora S.A. es la que administra los recursos del fondo y pagar las prestaciones sociales.

Entre tanto, manifestó que a la parte demandante no le asiste razón, como quiera que, la sanción moratoria pretendida no se encuentra contenida en las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

### **6.3. Concepto del Ministerio Público.**

El Ministerio Público no se pronunció en esta instancia.

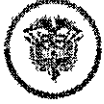
## VII.- CONSIDERACIONES

### **7.1. Control de legalidad**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.







## 7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

## 7.3.- Actos administrativos demandados.

En el presente asunto, el acto acusado está compuesto por el acto ficto configurado el día 16 de febrero de 2013, frente a la petición presentada el día 16 de noviembre de 2012, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción moratoria al accionante.

## 7.4.- Problema jurídico.

*¿Es procedente la aplicación de la Ley 1071 de 2006, para efectos de acceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria para los docentes?*

En caso de que la respuesta al anterior interrogante sea positiva, debe responderse lo siguiente:

*¿Se causó en favor de los señores Manuel Silvestre Jaramillo Jaramillo y la señora Osmany Cecilia Vega Padilla, el derecho a reclamar una sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas?*

*¿Para el caso concreto opera el fenómeno de la prescripción, como quiera que la reclamación de la sanción por mora no fue hecha dentro de los 3 años siguientes en que se causó el derecho?*

## 7.5 Tesis de la Sala

La Sala se anticipa en señalar, que si bien, le es aplicable a los demandantes la Ley 1071 de 2006 el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el retardo del pago de las cesantías definitivas solicitada por éstos, lo cierto es que dicha obligación prescribió, al no ser reclamada por los demandantes dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, conforme a lo establecido en el art. 151 del CPL.





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

## 7.6.- Marco Normativo y Jurisprudencial

### 7.6.1. De la sanción moratoria 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 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 amparada 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 establece la sanción por la mora en la cancelación de las cesantías a los docentes generando múltiples decisiones disímiles, en las cuales jueces, magistrados y consejeros de estado han negado y concedido el pago de la sanción, lo que se traduce en una inseguridad jurídica para los





administrados al no tener claro si tienen derecho o no al reconocimiento de esta prestación.

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 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 reperfir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste."

Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006<sup>7</sup>, 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** 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 compañera(a) permanente, o sus hijos.

**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.

**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.

<sup>7</sup>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 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." (Negrillas y subrayas nuestras).

Sobre la interpretación de las normas en cita por parte del Consejo de Estado, en sentencia de la Sala Plena de fecha 27 de marzo de 2007, expediente No. 2777-2004, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, se llegó a las siguientes conclusiones:

"(...) 5.3. Formulación de las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas.

(...) Conforme al texto de la norma se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así:

5.3.1 La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías.

5.3.2 La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga.

5.3.3. La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.  
En este caso pueden ocurrir varias posibilidades:

5.3.3.1. Las reconoce oportunamente pero no las paga.

**5.3.3.2. Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.**

5.3.3.3. Las reconoce extemporáneamente y no las paga.

5.3.3.4. Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.

5.3.4. Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.

En las situaciones aludidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral.

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V.gr. hipótesis 5.3.3.1 y 5.3.3.2. (...)



*En suma la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. (...)*

*(i) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.*

*(ii) Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía.*

*(iii) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva.*

*(iv) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros expresos y exigibles, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.*

*Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los hechos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho. (...)* (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo expuesto, concluye el Tribunal:

1. La vía judicial adecuada para reclamar el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva y la sanción moratoria es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que no existe título ejecutivo.
2. Las cesantías definitivas se cancelan al servidor público al término o finalización de su relación laboral con el Estado, y sólo hasta ese momento pueden entregársele para que disponga de ellas, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese.
3. La liquidación de la cesantía definitiva o parcial debe estar contenida en una resolución o acto administrativo originado en la petición del interesado.
4. Presentada la solicitud, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, cuenta con 15 días hábiles para expedir la resolución de reconocimiento.
5. De conformidad con el artículo 87 del CPACA, la Resolución de reconocimiento quedará en firme desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos, o





desde el día siguiente al vencimiento del término para interponer recursos cuando estos no fueron interpuestos o respecto de ellos se hubiera renunciado.

6. A partir de la firmeza del acto de reconocimiento, **la entidad pública pagadora de que trata el artículo 2° de la Ley 244 de 1995 - diferente de la que hace la liquidación de las prestaciones - cuenta con un término máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, para hacer efectiva la prestación liquidada, so pena de tener que reconocer y pagar una indemnización por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.**

Precisa la Sala, que aunque la Ley 91 de 1989 que regula de manera especial el pago de cesantías para los docentes, no contempla la sanción moratoria por el retardo en el pago, el Consejo de Estado<sup>8</sup>, en proveído cuyos fundamentos se comparten, ha reconocido sin mayor dificultad la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector público,<sup>9</sup> siendo esta posición, a criterio de esta Sala de Decisión, la que mejor responde al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral y al de igualdad material de los docentes frente a los otros servidores públicos que sí se ven cobijados por dicha prerrogativa; aplicabilidad que igualmente se da, acudiendo a una interpretación finalista de la norma general, que procura que al establecer el auxilio de cesantías en favor de servidores públicos, la administración debe reconocerlo y pagarlo en unos plazos, es decir, no puede hacerlo en cualquier momento y sin consideración alguna a la finalidad para la cual fue creada esa prestación social, la cual es, servir de sustento al ex empleado público mientras se encuentra cesante. De allí que, en vista de la finalidad que llevó a establecer la sanción moratoria por el retardo en el pago de cesantías, no es posible que excluir a los docentes que se podrían encontrar en la misma situación.

<sup>8</sup>Consejo de Estado- Sección Segunda del Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "B", M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicación No. 23001-23-31-000-2004-00069-02(0859-08), actor: Hugo Carlos Pretelt Naranjo, sentencia del 21 de mayo de 2009.

<sup>9</sup>En sentencia más reciente, también se aplicó ese criterio: CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN B-Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ-Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015)- Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14)-Actor: YANETH LUCÍA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ-Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - MUNICIPIO DE IBAGUÉ (TOLIMA)- Referencia: AUTORIDADES NACIONALES - LEY 1437 DE 2011. Finalmente, se adoptó el mismo criterio en sentencia proferida por la Subsección A de la Sección B 17 de noviembre de 2016 con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01



Los mismos criterios fueron expuestos en sentencia de 22 de enero de 2015, Radicación número: 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) la Segunda-Subsección B, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, y en sentencia proferida por la Subsección B de 17 de noviembre de 2016, C.P. William Hernández Gómez, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01.

Así las cosas, ha de concluir la Sala 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.

**7.6.2.- Sobre el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de docentes, y la responsabilidad frente a las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos de reconocimiento.**

La Corte Constitucional, en Sentencia de unificación SU-336 de 18 de mayo de 2017 antes señalada, sostuvo que los docentes están cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula las cesantías.

Sostuvo, además, 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, así:

*"(...) 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.*

*9.2. 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 1989[71].

Por lo anterior, a fin de establecer el término que tiene la entidad para pagar las cesantías a los docentes habrá que remitirse a las normas especiales que sobre la materia lo rigen, es decir, el procedimiento establecido en el Decreto 2831 de 2005.

En efecto, el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos que deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, con el fin de que asumiera el pago de las prestaciones sociales de los docentes. A su vez, el artículo 9º de la citada ley indica que **las prestaciones sociales que pague el Fondo serán reconocidas por la Nación-Ministerio de Educación Nacional**, función que se delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.

En armonía con las anteriores disposiciones, el artículo 180 de la Ley 115 de 1994 ordena que las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado sean reconocidas por el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el educador, e igualmente que el acto administrativo de reconocimiento de las mismas debe constar en una resolución que lleve, además, la firma del coordinador regional de prestaciones sociales del mismo Ministerio, en la respectiva regional.

En ese mismo orden, se tiene que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, señala: **"RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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 su parte, el Decreto 2831 de 2005, por medio del cual se reglamenta 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, dispone:

"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. (...)

En igual sentido, el artículo 3° del Decreto en cita expresa:

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación 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. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta 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 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. (...)"*

El artículo 4º ibídem señala que 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.***

El artículo 5º ibídem, señala que 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.

Así las cosas, queda claro de conformidad con la exposición contenida en los apartes jurisprudenciales antecedentes, que la sanción moratoria por el no pago de las cesantías parciales o definitivas regulada en la Ley 1071 de 2006, inicia su conteo a partir del día 65 al cual se presentó la solicitud tendiente al reconocimiento y pago de dicha prestación, finalizando el día que se cancele al trabajador o ex trabajador, dicho monto.

Se aclara que el anterior resulta ser el plazo aplicable a los empleados públicos en general, dado que en tratándose de afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO, las normas especiales que regulan la materia, los artículos 56 de la Ley 962 de 2005<sup>10</sup> y 4 del Decreto 2831 de 2005<sup>11</sup>, al establecer en dichos trámites la intervención de las Secretarías de

<sup>10</sup>Artículo 56. Racionalización. de trámites en materia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. 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."

<sup>11</sup>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



Educación de los Entes Territoriales descentralizados en educación y la fiduciaria que administra el patrimonio autónomo del fondo, adicionan a dicho plazo quince (15) días, para la revisión del proyecto de acto administrativo por parte de la fiduciaria que administre dichos recursos, mas la notificación del acto administrativo (5) días, la ejecutoria del mismo (10) días en virtud del CPACA y (05) días atendiendo a las previsiones del CCA según sea el caso, la remisión del acto a la fiduciaria (3) días, por lo que para este caso estos plazos deben computarse<sup>12</sup>.

Ahora bien, en decisión de la Subsección "B" de la sección Segunda del H. Consejo de Estado, se hizo un exhaustivo análisis, que comparte en su integridad por esta Sala, respecto de la responsabilidad que le asiste al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, frente al reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados, en el que señaló<sup>13</sup>:

*"Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente petionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y*

*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."*

<sup>12</sup>En este sentido la Corte Constitucional nos ilustra: "Tanto la Ley 962 de 2005, como el Decreto 2831 del mismo año son claros en asignar las consecuencias que siguen al incumplimiento del requisito de aprobación de los proyectos de resoluciones por parte de la sociedad fiduciaria y de sus textos se desprende, con total nitidez, que, sin esa aprobación, las referidas resoluciones no podían prestar mérito ejecutivo y que, por lo tanto, el juez no estaba habilitado para proferir mandamiento de pago ni para disponer que prosiguiera la ejecución." Sentencia T-042 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>13</sup>Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección "B" Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del 14 de febrero de 2013, radicación No. 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12), Actor: LUZ NIDIA OLARTE MATEUS, Demandado: FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-AUTORIDADES NACIONALES.





régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente<sup>14</sup>.

No obstante lo anterior, y aun cuando la fiduciaria encargada de administrar los recursos del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** tiene la función, de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, **cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente peticionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.**

La Sala no pasa por alto que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar<sup>15</sup> una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación pensional, dada la evidente complejidad que ello entrañaba. Sin embargo, contrario a lo afirmado por la parte demandante, ello en ningún momento supuso despojar al **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo."** (Negritas fuera de texto).

Por tanto, es claro para esta Sala de Decisión que en el proceso de reconocimiento y pago de las prestaciones de los docentes nacionales y nacionalizados intervienen, tres entidades: la Secretaría de Educación de la entidad territorial, donde presta sus servicios el docente, la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo.

Sin embargo, para efectos fiscales y patrimoniales, los recursos que se afectan con cualquier decisión relativa a las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, son los de este Fondo, que es una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, **está representada por el Ministerio de Educación Nacional** y tiene como finalidad de acuerdo al artículo 5º de la Ley 91 de 1989, el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, es decir de los docentes.

<sup>14</sup> En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>15</sup> Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: "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."



Por lo tanto, las condenas relativas o que tengan como causa las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son a cargo del presupuesto de la entidad territorial en que prestan sus servicios, sino con cargo a los recursos del Fondo, a pesar de que en dicho trámite administrativo intervenga la Secretaría de Educación del respectivo ente, no obstante la responsabilidad disciplinaria y fiscal en que incurran los funcionarios encargados por la demora en el cumplimiento de sus funciones, si a eso hubiere lugar.

Definido entonces el anterior punto, sin ahondar en mayores elucubraciones se adentra ahora este Cuerpo Colegiado a estudiar el caso concreto.

### 7.6.3 Prescripción de la sanción moratoria

De acuerdo con el más reciente pronunciamiento del Consejo de Estado<sup>16</sup>, en caso de que a los demandantes les asista derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, debe verificarse si existe prescripción de la misma, toda vez que, si bien es cierto que dicha sanción es accesoria a las cesantías, la misma no cuenta con la calidad de imprescriptible que tiene el derecho a las cesantías. En ese sentido, se ha expresado el Consejo de Estado en sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016<sup>17</sup>:

#### **"j) Prescripción de los salarios moratorios**

*Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías". Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.*

*Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que*

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14)CE-SUJ2-004-16

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14)CE-SUJ2-004-16





introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles".

Así las cosas, el término de la prescripción de la sanción moratoria debe contabilizarse de acuerdo con lo establecido en el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral, el cual establece que:

"Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual." (Subrayas fuera del texto original).

Según lo anterior, para efectos de evitar la prescripción del derecho a la sanción moratoria, **ésta debe ser reclamada dentro de los 3 años siguientes a la fecha en la que se hizo exigible.**

Al respecto, el Consejo de Estado ha expuesto<sup>18</sup>:

"Ahora bien, como ya se señaló, la administración se encuentra en mora desde el 15 de febrero de 2004; por lo tanto, es a partir de allí que surge la indemnización moratoria a su cargo, la cual se extendió en el tiempo y permanece hasta cuando se realice en forma efectiva la consignación de las cesantías debidas.

Así, como la reclamación de la sanción se radicó el 28 de octubre de 2010, se deben declarar prescritas las porciones de sanción causadas con 3 años de anterioridad, es decir, las generadas antes del 28 de octubre de 2007.

La Sala difiere de la fecha determinada por el a quo, a partir de la cual corrió la prescripción, toda vez que tal como se señaló en el recurso, la controversia no está encaminada al reconocimiento y pago de la prestación en sí -las cesantías-, sino de la sanción por mora que surge con ocasión de la falta de oportunidad en la consignación de esa prestación.

De modo que mal podría decirse, como lo hizo el a quo, que al estar prescritos los periodos de 2003 a 2006, sólo surge la obligación de pagar la sanción por las cesantías generadas en el año 2007 y desde que se venció el plazo de pagar oportunamente

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14) CE-SUJ2-004-16







*las correspondientes a ese periodo, cuando lo que está probado en el expediente es que la administración ha omitido el pago de tal prestación desde el 15 de febrero de 2004 y por tal razón, lo que se debe declarar prescrito son las porciones de sanción que dejaron de reclamarse en su oportunidad, pues el asunto que ocupa esta controversia es la sanción surgida de la mora en el pago de la obligación prestacional".*

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, observa la Sala que, el término de prescripción debe contabilizarse desde cuando se hizo exigible la obligación, es decir, desde cuando venció el plazo para pagar al docente las cesantías parciales o definitivas.

Así las cosas, cuando la solicitud de pago de la sanción moratoria se haya efectuado por fuera del plazo de los 3 años contados desde su exigibilidad, se declararán prescritas aquellas porciones que quedaren por fuera de dicho término, pagándose únicamente la sanción moratoria causada dentro de los tres años anteriores a la presentación de la reclamación, hasta que efectivamente se haya puesto a disposición del interesado las cesantías respectivas.

**7.7.- Caso concreto**

**7.7.1- Caso concreto del demandante Manuel Silvestre Jaramillo**

De acuerdo con lo expuesto en los considerandos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 1920 del 28 de agosto de 2009<sup>19</sup>, el señor Manuel Silvestre Jaramillo prestó sus servicios como docente de vinculación Departamental, en la Institución Educativa Catalina Herrera de Arjona.

Que el actor, radicó la solicitud de reconocimiento y pago de una cesantía definitiva, el día **diez (10) de diciembre de 2008**, según consta en la citada resolución.

Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	<b>10 de diciembre de 2008</b>
Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación (15 días)	<b>Hasta el 02 de enero de 2009</b>

<sup>19</sup> Fols. 20 – 21 Cdno 1





Aprobación del proyecto por la Fiduciaria (15 días)	Hasta el 26 de enero de 2009
Notificación del acto administrativo (5 días)	Hasta el 02 de febrero de 2009
Ejecutoria del acto administrativo (5 días - CCA)	Hasta el 09 de febrero de 2009
Remisión del acto administrativo a la fiduciaria (3 días)	Hasta el 12 de febrero de 2009
<b>Segunda Etapa</b>	
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 21 de abril de 2009

Que los días de plazo señalados se cumplieron el 21 de abril del año 2009; mientras que la resolución que reconoció el derecho a cesantías definitiva fue expedida el 10 de diciembre de 2008 (fl. 20 - 21 Cdo 1) y el pago de los haberes adeudados solo se puso a disposición del actor el día **26 de marzo de 2010** (Fl. 19 Cdo 1) por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una **mora de 338 días** comprendida desde el **22 de abril de 2009** al **25 de marzo de 2010**.

Así las cosas, encuentra esta Corporación que el señor Jaramillo Jaramillo tenía a partir del 22 de abril del año 2009 tres años para la reclamación de la sanción por mora en el retardo del reconocimiento y liquidación de las cesantías definitivas.

De tal forma que los tres años de que trata la jurisprudencia se cumplieron el 22 de abril del año 2012 y la reclamación para el reconocimiento y liquidación de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías, fue elevada ante el Ministerio de Educación Nacional el 13 de noviembre del año 2012, cuando ya se encontraba extemporánea y por tanto el derecho cuyo reconocimiento se pretende está prescrito.

### Prescripción

Como anteriormente se explicó, el término de 3 años de prescripción de la sanción moratoria comienza a contabilizarse desde cuando se hizo exigible la





obligación, es decir, desde cuando venció el plazo para pagar al docente las cesantías parciales o definitivas, y solo se interrumpe con la presentación de la respectiva solicitud de reconocimiento y pago de la misma.

En el caso de marras, el plazo para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas del señor MANUEL SILVESTRE JARAMILLO, venció el 21 de abril del año 2009, pero el pago de las mismas solo se llevó a cabo el 26 de marzo de 2010, generándose una sanción moratoria 338 días, desde el 22 de abril de 2009 al 25 de marzo de 2010. Ahora bien, como quiera que la reclamación de la referida sanción moratoria solo se llevó a cabo el 13 de noviembre de 2012, los haberes generados con anterioridad al 13 de noviembre de 2009 se encuentran prescritos.

Lo anterior significa, que el señor MANUEL SILVESTRE JARAMILLO, solo tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que corresponde **desde el 13 de noviembre de 2009 hasta el 25 de marzo de 2010, equivalentes a 133 días**, los cuales deberán ser pagados con el teniendo en cuenta el último salario devengado por el demandante <sup>20</sup>.

### 7.7.3.- Caso concreto de la demandante Osmany Cecilia Vega Padilla

Teniendo en cuenta, los considerandos del acto administrativo contenido en la Resolución No. 2864 del 17 de marzo de 2010<sup>21</sup>, la señora Osmany Cecilia vega Padilla prestó sus servicios como docente de vinculación Departamental, en la Institución Técnica Industrial Don Bosco de Arjona.

Que la accionante, radicó la solicitud de reconocimiento y pago de una cesantía definitiva, el día **diecinueve (19) de enero del año 2009**, según consta en la citada resolución.

Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	19 - 01 - 2009

<sup>20</sup> Lo anterior, como quiera que las cesantías reclamadas por la demandante eran definitivas y ello quiere decir que ya el señor MANUEL SILVESTRE JARAMILLO no labora con el Ministerio de Educación.

<sup>21</sup> Fols. 27 - 29 Cdno 1





Expedición del proyecto por la Secretaría de Educación (15 días)	Hasta el 09 - 02 - 2009
Aprobación del proyecto por la Fiduciaria (15 días)	Hasta el 02 - 03 - 2009
Notificación del acto administrativo (5 días)	Hasta el 09 - 03 - 2009
Ejecutoria del acto administrativo (5 días)	Hasta el 16 - 03 - 2009
Remisión del acto administrativo a la fiduciaria (3 días)	Hasta el 19 - 03 - 2009
<b>Segunda Etapa</b>	
Pago de la obligación (45 días)	Hasta el 28 - 05 - 2009

Que los días de plazo señalados se cumplieron el 28 de mayo de 2009; mientras que la resolución que reconoció el derecho a cesantías definitiva fue expedida el 17 de marzo de 2010 (fl. 27 - 29 Cdno 1) y el pago de los haberes adeudados solo se puso a disposición del actor el día **26 de mayo del 2011** (Fl. 26 Cdno 1) por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía reclamada, incurrió en una **mora de 727 días** comprendida desde el **29 de mayo de 2009** al **25 de mayo de 2011**.

De lo anterior, es pertinente afirmar por ésta corporación que la señora Osmany Cecilia Vega Padilla elevó solicitud para el reconocimiento y liquidación de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías definitivas, razón por la cual se encontraba dentro del término de 3 años previsto para su reclamación, esto es, desde que se causó la mora el 29 de mayo del año 2009 hasta el 29 de mayo del año 2012 y la reclamación fue hecha el 13 de noviembre de 2012, cuando ya se encontraba extemporánea y por tanto el derecho cuyo reconocimiento se pretende está prescrito.

A este punto, se hace necesario, estudiar por esta Sala, el fenómeno de la prescripción a fin que sea esclarecido los términos de prescripción expuestos en los casos concretos planteados por ésta Corporación.





## Prescripción

En el caso de marras, el plazo para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la señora OSMANY CECILIA VEGA PADILLA, venció el 28 de mayo de 2009, pero el pago de las mismas solo se llevó a cabo el 26 de mayo del 2011, generándose una sanción moratoria 727 días, desde el 29 de mayo de 2009 al 25 de mayo de 2011. Ahora bien, como quiera que la reclamación de la referida sanción moratoria solo se llevó a cabo el 13 de noviembre de 2012, los haberes generados con anterioridad al 13 de noviembre de 2009 se encuentran prescritos.

Lo anterior significa, que la señora OSMANY CECILIA VEGA PADILLA, solo tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que corresponde desde el 13 de noviembre de 2009 hasta el 25 de mayo de 2011, equivalentes a 559 días, los cuales deberán ser pagados con el teniendo en cuenta el último salario devengado por la demandante<sup>22</sup>.

### 7.7.4 Indexación de la sanción moratoria

Sobre este tópic, el Consejo de Estado<sup>23</sup> ha expresado:

*"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, 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*

<sup>22</sup> Lo anterior, como quiera que las cesantías reclamadas por la demandante eran definitivas y ello quiere decir que ya la señora OSMANY CECILIA VEGA no labora con el Ministerio de Educación.

<sup>23</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "A" Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, 17 de noviembre de dieciséis 2016 Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01





*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 [...]"*

*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."*

Así las cosas, con fundamento en la sentencia transcrita, esta Corporación, considera que no era procedente acceder a la pretensión de indexación.

### **7.8 Conclusión**

En este contexto, considera esta Corporación que se acreditó que el legislador en la Ley 1071 de 2006, no excluyó a los docentes oficiales de la aplicación de la sanción por mora en el pago del auxilio de cesantías, a contrario sensu su inclusión fue asentada en la exposición de motivos de la norma en cita, dado que el propósito de la misma era unificar el régimen prestacional a todos los servidores públicos, incluyendo los del sector de educación, los cuales no tienen un régimen especial y por lo tanto, se rigen por las normas generales sobre el tema.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se determina en esta providencia que la misma reside en la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón a que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales el Magisterio, y le asignó la función de reconocer y pagar las cesantías al personal docente.

En consecuencia, esta Sala **REVOCARÁ** el fallo de primera instancia, y en su lugar accederá a las pretensiones de la demanda, reconocimiento la sanción



moratoria en favor de MANUEL SILVESTRE JARAMILLO y OSMANY CECILIA VEGA PADILLA, pero, aplicando la prescripción de los haberes causados con anterioridad al 13 de noviembre de 2009.

#### VIII.- COSTAS

De conformidad con lo establecido en el numeral 1º y 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala procederá a condenar en costas a la parte demandada, tanto en primera como en segunda instancia, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia será revocada en su totalidad.

#### IX.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de fecha 18 de enero del año 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia. En consecuencia

**SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD** del acto administrativo ficto generado como consecuencia de no dar respuesta a la petición del 13 de noviembre de 2012, presentado por MANUEL SILVESTRE JARAMILLO y OSMANY CECILIA VEGA, para el reclamo de la sanción moratoria.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que reconozca y pague lo siguiente:

**3.1** Al señor MANUEL SILVESTRE JARAMILLO, la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas, a razón de un día de salario por cada día de mora, **desde el 13 de noviembre de 2009 hasta el 25 de marzo**







de 2010, equivalentes a 133 días, teniendo en cuenta el último salario devengado por el demandante.

**3.2** A la señora OSMANY CECILIA VEGA PADILLA, la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales, a razón de un día de salario por cada día de mora, desde el 13 de noviembre de 2009 hasta el 25 de mayo de 2011, equivalentes a 559 días, teniendo en cuenta el último salario devengado por la demandante.

**CUARTO:** DECLÁRESE LA PRESCRIPCIÓN de los haberes causados con anterioridad al 13 de noviembre de 2009, tanto para el señor MANUEL SILVESTRE JARAMILLO como para la señora OSMANY CECILIA VEGA PADILLA.

**QUINTO:** La suma de dinero reconocida en el numeral anterior, **NO** debe ser indexada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia

**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada, conforme a lo establecido en los art. 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP, en ambas instancias.

**SEXTO:** una vez en firme, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 21 de la fecha

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ