cdno 2 OK.
Fols 20-30

DIGITALIZADO

Cartagena de Indias D.T y C., quince (15) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2015-00030-01
Demandante	LUZMILA GONZÁLEZ LOMINET
Demandado	NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	*SANCIÓN MORATORIA DOCENTE –aplicación de la Ley 1071 de 2006*

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 31 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual no se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por LUZMILA GONZÁLEZ LOMINET, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2.1. La demanda[1].

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, LUZMILA GONZÁLEZ LOMINET, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

[1] Folios 1-7 c/no 1

2.2. Pretensiones

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 2014RE3039 de 11 de julio de 2014, por el cual el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley como consecuencia del pago tardío de cesantías parciales.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, que esta judicatura declare que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria mencionada, es decir, al pago de un día de salario por cada día de retardo, contado desde el día 19 de noviembre de 2012 hasta el 7 de junio de 2013, fecha en que se hizo el pago.

TERCERO: Que se reajusten los valores reconocidos por la sanción moratoria y se reconozcan intereses moratorios a partir del día siguiente a la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se efectúe el pago.

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

La demandante expone que, se ha venido desempeñando como docente de vinculación en el Distrito de Cartagena de Indias.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante derecho de petición presentado el 21 de agosto de 2012, solicitó a la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena el reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenía derecho, sin embargo, las mismas solo le fueron reconocidas el 30 de enero de 2013, por medio de Resolución No 0323; siendo canceladas el 7 de junio de 2013.

Manifiesta, que la administración tenía un plazo de 65 días para el pago de las cesantías en comento, sin embargo, solo lo realizó el 7 de junio de 2013, transcurriendo un total de 201 días de mora.

Afirma la demandante que, con escrito del 28 de mayo de 2014, solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, ante la entidad demandada, sin embargo, ésta negó dicho reconocimiento, por lo que se convocó a audiencia de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida por la inasistencia de la convocada.

Añade que, debido a lo anterior se vio en la obligación de presentar la demanda en comento.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

Constitución	:	Artículos 1,2,6,13,25,29,53,83,121 y 122
Ley 244 de 1995	:	Artículos 1 y 2
Ley 1071 de 2006	:	Artículo 5

2.4.1 Concepto de la violación

- Constitución

Se transgredieron disposiciones constitucionales, y de manera especial las legales, por cuanto desconocieron los términos o plazos establecidos para el reconocimiento y pago de las cesantías, y al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, establecida por la misma norma, como consecuencia que conlleva el hecho de haber expedido el acto de reconocimiento en términos que excedieron lo establecido en la ley.

- Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006

Indica que la demandada dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas, están obligadas a expedir la respectiva resolución y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2º de la misma ley, tiene un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que quede el acto administrativo para cancelar la prestación.

Explica el demandante que se transgredieron las disposición constitucionales citadas y de manera especial las legales por cuanto se desconocieron los términos o plazos establecidos para el reconocimiento y pago de las cesantías y al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, con lleva el hecho de haber expedido el acto de reconocimiento en términos que excedieron los establecidos en la norma, o por el hecho de haberse expedido oportunamente el acto de reconocimiento pero por no haber realizado el pago de los dineros reconocidos en el acto dentro del tiempo máximo que el precepto legal establece, se transgrede la norma y se desconoce el espíritu bajo el cual la misma fue desarrollada.

Explica que la Ley 244 de 1995 fue sustituida por la Ley 1071 de 2006, es claro que la intención del legislador, fue buscar que una vez el empleado quedara cesante en su empleo, pueda obtener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos al retirarse o perder su trabajo.

Que el espíritu garantista de la ley 1071 de 2006 al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía, está siendo burlada por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación, con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, obviando la protección de los derechos del trabajador, haciéndose el Fondo de Prestacional del Magisterio acreedor de la sanción que corresponde por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

2.5 Contestación

2.5.1 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[2]

La parte demandada constituyó apoderado y presentó la contestación de la demanda

- Acerca de las Pretensiones

La parte demandada se opone a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda.

- Acerca de los Hechos

Respecto de los hechos, la demandada precisa que le constan los relativos al reconocimiento de las cesantías y al pago de las mismas y desestima los demás al considerar que se trata de apreciaciones subjetivas de carácter jurídico y precisa que la cesantía ha sido reconocida y pagada de conformidad con las disposiciones vigentes aplicables.

- Excepciones

Como excepciones de fondo la parte demandada propuso las siguientes:

- Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma

Se estructura por cuanto su pretensión se basa en una norma, desconociendo el ordenamiento jurídico de manera integral, en el que se

[2] Folios 62 – 72 Cuaderno No. 1

encuentra también las normas y sentencias en las cuales fundamenta su posición.

- Pago

Que ha cancelado a la demandante todas y cada una de las prestaciones periódicas que han sido causadas a su favor teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal y el principio de igualdad.

- Cobro de no debido

Indicando que no existe sustento normativo o jurisprudencial que justifique la prosperidad de lo solicitado, puesto que la demandada no podía ordenar el pago, so pena de incurrir en pago de no debido en los términos del artículo 2313 del Código Civil.

- Prescripción

Explica que sin que implique reconocimiento alguno a las pretensiones de al demanda, en caso de ser procedente se declare la prescripción de las obligaciones dinerarias que o fueron oportunamente reclamadas, dentro de los 3 años siguientes a la exigibilidad del derecho prestacional.

- Compensación

Expresa que sin que implique reconocimiento del derecho alguno, solicita en caso de ser procedente, se declare la compensación de las sumas de dinero pagadas por la demandada.

- Caducidad

Manifiesta que la jurisprudencia ha sido reitera en indicar que el auxilio de cesantías no es una prestación periódica, por lo tanto, el acto administrativo que resuelve reconocerlo o negarla, no es posible de control jurisdiccional en cualquier tiempo, sino que está sometido a un término de caducidad de 4 meses.

-Excepción genérica o Innominada

Solicita que se declare probada de oficio cualquiera que el fallador encuentre en los términos del Artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

- Buena Fe

La demandada cita como antecedente la Sentencia T-475 de 1992 y agrega que ha actuado de buena fe exenta de culpa, inclusive, durante todos los

trámites efectuados por la parte demandante y en cumplimiento de las normas que regulan la materia.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA[3]

Por medio de providencia del 31 de agosto de 2016, el Juez Segundo Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió no declarar la nulidad del acto acusado, por medio del cual se negó la petición que negó la sanción moratoria.

El Juez *A quo* expuso, que, la parte demandante pretende la nulidad del acto que negó la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria prevista por la Ley 1071 de 2006, por la tardanza en el pago de las cesantías parciales; considerando el juez de primera instancia, que para el caso de los docentes oficiales, el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías , tanto definitivas como parciales, se encuentra regulado por el Decreto 2831 de 2005, donde concurre la participación de varias entidades en la actuación administrativa, que se inicia con la radicación de la petición, donde en el término de 15 días se remitirá el proyecto de resolución a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos, a su yez nuevamente cuenta con 15 días para aprobar y reenviar a la secretaria de origen para culminar la actuación administrativa con la firma del acto definitivo.

Que el plazo diseñado para el reconocimiento de la prestación social de los docentes, que se surte en el escenario del sistema de entidades que conforman el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, distan mucho de aquel que se previó para el reconocimiento a cargo de las entidades públicas, y a favor de los otros servidores públicos.

Que la Ley 191 de 1989, determinó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el único ente habilitado para la liquidación y pago del auxilio de cesantías para los docentes, lo cual excluye de ese sector del régimen de liquidación de cesantías, previstas en normas generales, tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, así como las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Por último, a fin de dilucidar la aplicación correcta de la norma pertinente en el tiempo, será el que privilegie la especialidad, criterio, según el cual la norma que regula una situación especial, prevalecerá frente a una norma general posterior, por lo tanto, la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, son normas generales que se aplican para los servidores públicos, erigiendo dentro de

[3] Folios 112-130

sus disposiciones un campo de aplicación que no incluye a los docentes y en oposición a la ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que conforman el régimen especial para la liquidación, reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales a que tiene derecho los docentes, dentro de las cuales se incluyen las cesantías.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN[4]

Por medio de escrito del 16 de septiembre de 2016, la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la providencia del 31 de agosto de 2016, manifestando que si bien es cierto a través de la Ley 91 de 1989, modificada por el Decreto 2831 de 2005, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en forma especial reguló lo atinente al reconocimiento y pago de las cesantías del sector docente, no se puede ignorar que está no contempló la nombrada figura de la sanción por mora, lo que en principio ha generado controversias y posiciones encontradas.

Es cierto que no existe al interior del máximo Tribunal contencioso administrativo una posición univoca que haga prevalecer una interpretación que arroje completa certeza acerca, que los docentes tienen o no derecho a que se le conozca y pague en su favor y en contra del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías dispuesto por la Ley 1071 de 2006.

Así pues, el recurrente transcribe varias sentencias del Consejo de Estado, donde por aplicación del principio de favorabilidad resulta procedente la aplicación de los consagrado en la Ley 1071 de 2006, pues por el hecho de no tener una norma especial para contemplar en la norma especial lo concerniente a la mencionada sanción, no puede darse un trato desigual al sector docente.

De acuerdo a esto, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a sus pretensiones de la demanda, explicando que el pago debe hacerse actualizado, por la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 21 de noviembre de 2016[5] se concedió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante; con

[4] Folio 143-150 c. 1
[5] Folio 151

providencia del 17 de marzo de 2017[6], se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 27 de abril de 2017[7], se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante[8]:

Reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación, especialmente en lo relativo a que la Ley 1071 de 2006 cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, incluidos los docentes, además, que las pruebas aportadas acreditan la omisión en el cumplimiento en los términos establecido en la ley para el reconocimiento y pago de las cesantías reclamadas.

6.2. Alegatos de la parte demandada:

No alego de conclusión

6.3. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la segunda 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, previas las siguientes

7.2. Competencia.

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

[6] Folio 4 C. 2ª instancia
[7] Fol. 9 C. 2ª instancia
[8] Fol. 12-19 C. 2ª. Instancia

7.2.1 Cuestión previa

Por medio de esta providencia, la Sala 002 del Tribunal Administrativa de Bolívar se permite rectificar su postura frente a la manera como se debe contabilizar el término dado a la administración pública para realizar el pago de las cesantías a los docentes; pues, en decisiones anteriores se tenían en cuenta los plazos establecidos en el Decreto 2831 de 2005; sin embargo, en esta oportunidad, se acogerá la postura establecida en la sentencia del 10 de mayo de 2018, por medio de la cual el Consejo de Estado determina que en virtud del principio de inescindibilidad de la norma y del principio *de in dubio pro operario* dicho término debe contarse según las reglas fijadas en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

7.3 Actos administrativos demandados.

En el presente asunto, el acto acusado está contenido en el oficio 2014RE3039 de 11 de julio de 2014, mediante el cual negó el derecho a pagar la sanción moratoria a la accionante.

7.4 Problema jurídico.

El problema jurídico que se planteará, así:

> *¿Se causó en favor de la docente LUZMILA GONZÁLEZ LOMINET, el derecho a reclamar una sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de las cesantías parciales, con fundamento en la Ley 1071 de 2006?*

7.5 Tesis de la Sala

La Sala considera que la sentencia apelada debe ser **revocada**, toda vez 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, 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 y la Corte Constitucional, ha reconocido la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector público, 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;

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 excluir a los docentes que se podrían encontrar en la misma situación.

Con el objeto de dar solución a los problemas jurídicos propuesto, es necesario que la Sala analice, lo siguiente: (i)la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales o definitivas en favor de docentes;(ii)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; y (iii) el caso concreto.

7.6 Marco Normativo y Jurisprudencial

7.6.1 Régimen legal de las cesantías para los docentes públicos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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 .

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 1°. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.*
>
> *Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días*

hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar.

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

Artículo 2°. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.
Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste."

Cabe señalar que la citada norma fue adicionada y modificada por la ley 1071 de 2006, así:

"Artículo 1°. 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 2°. 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 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

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

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

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

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

Artículo 6°. Inspección, vigilancia y control. Los Organismos de Control del Estado (...) 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."

Ahora bien, 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 trascrita no establece la sanción por la mora en la cancelación de las cesantías a los docentes generando múltiples decisiones disimiles, 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.

Sin embargo, 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...".

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.

Debe destacarse que, por medio de la Ley 91 de 1989, se creó el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien es el organismo competente para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella.

Así las cosas, a fin de establecer el término que tiene la entidad para pagar las cesantías a los docentes, esta Corporación venían dando aplicación al Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, que en sus artículos 2, 3, 4 y 5, señala que:

i. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deben 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.

ii. Por su parte, la secretaría de educación de la entidad territorial debe recibir y radicar, en estricto orden cronológico. Igualmente, debe expedir, con destino al FOMAG la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

iii. La secretaría de educación de la entidad territorial debe **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 FOMAG para su aprobación**, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

iv. **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.***

v. 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**.

vi. La secretaría de educación de la entidad territorial debe **remitir, a la sociedad fiduciaria, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.**

Por otra parte, el Consejo de Estado por medio de sentencia de fecha del 10 de mayo de 2018[9], con ponencia de la Dra, SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, que estableció que:

> *"De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que para el reconocimiento y pago de los afiliados al FOMAG, el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, previó unos términos especiales; no obstante, dado que la Ley 1071 de 2006[10] fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes[11], y de otro lado, el decreto señalado se por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa[12], dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria.*
>
> *Aunado a lo anterior, la Sala considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005[13] para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006[14], para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería el principio de inescindibilidad que rige la aplicación de la ley, y en virtud del cual, se prohíbe acudir de manera parcial a varias normas para tomar lo favorable de cada una.*
>
> *Consecuente con la disertación hecha, para esta Sala de Sección es muy importante recalcar la jerarquía normativa en cuya virtud debe prevalecer el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales; por lo que tanto entes territoriales como el Fomag deberán procurar su cumplimiento para tales propósitos. Así mismo, el Gobierno Nacional la tendrá en cuenta para si es del caso disponga de una reglamentación acorde con la ley.*

---

[9] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00569-01(4326-15).

[10] «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.»

[11] Artículo 150 de la Constitución Política.

[12] Artículo 189 *ibidem*.

[13] «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.»

[14] «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.».

Así mismo, la Sala debe precisar que, la Corte Constitucional en Sentencia de Constitucionalidad C- 486 de 2016 declaró inexequible el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015, sobre el pago de cesantías e intereses de mora a favor de los docentes oficiales.

El artículo 89 preceptuaba:

> ***"Artículo 89.*** *Pago de Cesantías del Magisterio. El pago que reconozca el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– por concepto de cesantías parciales o definitivas a sus afiliados se deberá realizar dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social solicitada.*
>
> *A partir del día hábil sesenta y uno (61), se deberán reconocer a título de mora en el pago, intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada."*

La Corte Constitucional, declaró inexequible esta disposición refiriendo:

> *"Así las cosas, resulta que con la introducción del artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 no sólo se desconoció el principio de unidad de materia, sino que, además, se creó un régimen más oneroso y regresivo en términos de pago de cesantías y de intereses de mora, que modifica lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, ya que el plazo para el pago de las cesantías pasa de cuarenta y cinco (45) días hábiles a sesenta (60) días hábiles, que en términos reales puede llegar a ser desde ochenta (80) días hábiles hasta ochenta y cinco (85) días hábiles por la utilización de los recursos, dando lugar a que se amplíe en un término de hasta quince días el pago de las cesantías para los docentes oficiales..."*

Recalcó, que para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas a favor de los docentes oficiales y la mora en que se incurra, se aplica el trámite previsto en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006. De igual manera, la Sala recalca que, la Corte Constitucional en Sentencia SU 336 de 2017 sobre este trámite, recordó:

> *"En la sentencia C-471 de 2012, la Corte reiteró que aunque los docentes oficiales no pueden entrar en la categoría de empleados públicos de manera directa, sí se pueden asimilar a estos; es decir, que tienen un tratamiento equivalente.* ***Más adelante, en la sentencia C-486 de 2016 esta Corporación sostuvo que la aplicación de los términos establecidos en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que regula el régimen para el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos de orden***

nacional, se hace extensiva a los docentes del sector público, toda vez que no existe otro conjunto normativo que englobe la situación de los docentes oficiales vinculados mediante acto administrativo."

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

7.7 Caso concreto

De acuerdo con lo expuesto, se encuentra probado que la señora Luzmila González Lominet, se desempeñó como docente nacional de la Secretaria de Educación Distrital.[15]

Que mediante Resolución No. 0323 del 30 de enero de 2013[16], la señora LUZMILA GONZÁLEZ LOMINET, se le reconoció la suma de $ 6.379.121.oo por concepto de cesantía parcial.

Que la actora, radicó la solicitud de liquidación y pago parcial de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día **21 de agosto de 2012**, según consta en la citada resolución.

Primera Etapa	
Radicación de la solicitud	**21 de agosto de 2012**
Expedición del acto administrativo (15 días)	11-09-2012
Ejecutoria del acto administrativo (10 días)	25-09-2012
Segunda Etapa	
Pago de la obligación (45 días)	**30-11-2012**

Como vemos el plazo feneció el **30 de noviembre de 2012;** mientras que la resolución que reconoció el derecho a cesantías fue expedida el **30 de enero de 2013** (fl. 16-18) y el pago de los haberes adeudados solo se puso a disposición del actor el día **31 de mayo de 2013** (Fl. 20) por lo que la entidad demandada, en su calidad de pagadora de la cesantía parcial reclamada, incurrió en una **mora de 181 días,** comprendida desde el 1° de diciembre de 2012 al 30 de mayo de 2013.

[15] Folio 21
[16] Folio 16-18

7.8. Indexación de la sanción moratoria

Atendiendo que una de las pretensiones de la demanda consiste en el pago de los intereses de mora y siendo unos de los argumentos del recurso de alzada que las sumas reconocidas deben ser indexadas, este Tribunal se apoya en la siguiente sentencia del Consejo de Estado[17], que 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 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 es procedente acceder a la pretensión de indexación.

7.9. Conclusión

En este contexto, 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, toda vez 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

[17]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

Estado y la Corte Constitucional, ha reconocido la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector público, 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; 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 excluir a los docentes que se podrían encontrar en la misma situación.

En consecuencia, se REVOCARÁ, la sentencia de 31 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, accediendo a las pretensiones de la demanda, exceptuándose lo relativo a la indexación o pago de intereses.

VIII.- COSTAS -

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada en el presente asunto, ante la prosperidad parcial de las pretensiones.

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 del 31 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que no accedió a las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

SEGUNDO: En consecuencia, DECLÁRESE la nulidad del oficio contenido en el No. 2014RE3039 de 11 de julio de 2014, que denegó el pago de la sanción moratoria, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

MAGISTERIO, al pago de sanción moratoria por el retraso en **181 días,** comprendida desde el 1° de diciembre de 2012 al 30 de mayo de 2013.

CUARTO: No acceder a la pretensión de indexación o pago de intereses de mora, por lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: No **CONDENAR EN COSTAS** en esta instancia por lo plasmado en la parte considerativa del expediente.

SEXTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, 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. 55 de la fecha.

Los Magistrados

MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE