



141

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ**  
**DESPACHO No. 6**  
**MAGISTRADO OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO.**

Tunja,

29 ABR 2019

<b>Demandante</b>	Adriano Coconubo Coconubo
<b>Demandado</b>	La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
<b>Expediente</b>	150012333000201700164-00.
<b>Medio de Control</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
<b>Asunto</b>	Sentencia primera instancia – Liquidación de Cesantía y Sanción Moratoria.

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adelantado a través de apoderado judicial por el señor Adriano Coconubo Coconubo, en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. LA DEMANDA (fls. 4 a 23)

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Adriano Coconubo Coconubo, presentó demanda en contra de la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el objeto de que se declare la nulidad de la resolución por medio de la cual se reconoció y liquidó la cesantía definitiva y se ordene a título de restablecimiento del derecho el reajuste del monto de la cesantía definitiva teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al momento de su causación, esto es, entre el día 24 de junio de 2015 y el 23 de junio de 2016, y



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

sobre los cuales se hicieron aportes por parte del ente nominador para el pago de la prestación cesantía definitiva, esto atendiendo la variación salarial durante los tres últimos meses.

Así mismo, solicita se condena a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios de conformidad con las leyes 244 de 1995 y 1071 de 1996, desde el día siguiente a aquel en que venció el plazo para el reconocimiento y pago de la prestación social de cesantía definitiva -65 días hábiles a partir del momento de la solicitud de reconocimiento y pago- y hasta cuando se haga efectivo el pago del respectivo ajuste.

### **1.1. HECHOS**

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

- Señaló que el señor Adriano Coconubo Coconubo, prestó sus servicios como docente a favor del Departamento de Boyacá – Secretaria de Educación y mediante acto administrativo se aceptó su renuncia a partir del 24 de junio de 2016.
- Afirmó que el día 16 de agosto de 2016 solicitó ante la entidad demandada, el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución N° 007116 del 14 de octubre de 2016 resolvió reconocer y pagar la prestación social, sin embargo para efectos del reconocimiento tuvo en cuenta los factores salariales relacionados en el certificado de salarios y devengados N° 1506 del 02 de agosto de 2016, dejando por fuera los factores salariales denominados bonificación de difícil acceso (15%) y prima de servicios.
- Indicó que el acto administrativo demandado le fue notificado al demandante el 24 de octubre de 2016 y la entidad demandada canceló el valor por concepto de cesantía definitiva hasta el 29 de diciembre de 2016.



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

## 1.2. PRETENSIONES

La demandante pide lo siguiente:

1. Que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 007116 del 14 de octubre de 2016, mediante el cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció al señor Adriano Coconubo Coconubo la cesantía definitiva.
2. Que se declare que el señor Adriano Coconubo Coconubo tiene derecho a que la Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reajuste, liquide y pague la cesantía definitiva de conformidad con los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al momento de su causación, esto es, entre el día 24 de junio de 2015 y el 23 de junio de 2016, atendiendo la variación salarial durante los tres últimos meses.
3. Que se condene a la Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a pagar al demandante la diferencia entre lo cancelado y lo dejado de cancelar teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados y sobre los cuales se hicieron aportes por parte del ente nominador para el pago de la prestación.
4. Que se condene a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios de conformidad con las leyes 244 de 1995 y 1071 de 1996, desde el día siguiente a aquel en que venció el plazo para el reconocimiento y pago de la prestación social de cesantía definitiva -65 días hábiles a partir del momento de la solicitud de reconocimiento y pago- y hasta cuando se haga efectivo el pago del respectivo ajuste.
5. Que se condene a la demandada a pagar los derechos que surjan como consecuencia de la inaplicabilidad de las disposiciones contenidas en el artículo 192 y siguientes del CPACA.
6. Que se condene a la entidad demandada al pago de costas del proceso y agencias en derecho.



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

### 1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora considera que con el acto administrativo demandado se vulneraron las siguientes normas:

- De la Constitución: los artículos 1, 2, 6, 13, 53, 58, y 336.
- Artículos 1, 12, 12 y 17 de la Ley 6 de 1945.
- Decreto 2767 de 1945.
- Artículos 1, 2, 5 y 6 del Decreto 1160 de 1947.
- Artículos 5, 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978.
- Artículo 15 de la Ley 91 de 1989
- Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006

Como concepto de violación arguyo que la entidad demandada desconoció el certificado de salarios y devengados N° 1506 del 02 de agosto de 2016 expedido por la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá que contiene la siguiente indicación; *“Renunció el 24-06/2016. Con destino al Fondo Prestacional del Magisterio mensualmente se efectuaron los descuentos de ley de conformidad con las normas vigentes. Requerimiento N° 28858 del 23-06/2016 para cesantía definitiva”*

Lo anterior dado que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales relacionados en la referida certificación, pese a: (i) Que el artículo 6 del Decreto 1160 de 1947 establece que debe tomarse como base el último sueldo o jornal devengado a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los 3 últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hace con el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses; (ii) Que el párrafo del artículo anteriormente mencionado estipula que el computo se hace teniendo en cuenta el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas sobresueldos y bonificaciones, y (iii) Que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 contempla los factores de salario para la liquidación de cesantía, señalando la prima de servicios.

Así mismo, afirma que el acto administrativo transgrede los artículos 4 y 5 de la Ley 1076 de 2006 por cuanto desconocieron que el pago total de la obligación



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

prestacional debió realizarse en termino no superior a los 65 días hábiles, por lo que se genera de manera automática una indemnización de carácter legal correspondiente a un día de salario por cada día de retardo y hasta cuando se verifique el pago.

## 2. LA CONTESTACIÓN

Al contestar la demanda, el apoderado de la entidad demandada, se opuso a la prosperidad de la totalidad de las pretensiones de la parte actora, señalando que mediante Decreto 2831 de 2005 se trasladó la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los docentes radicada en cabeza del Ministerio de Educación a las entidades territoriales, razón por la cual la entidad del orden central carece de competencia y legitimidad para realizar tales funciones.

Refiere que no le asiste razón a la parte actora, dado que la Ley 91 de 1989 además de crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableció el régimen de prestaciones para los docentes, en tal sentido en el artículo 15 regulo todo lo relacionado con pensiones, cesantías y vacaciones, para el caso que nos ocupa el numeral 3° del mencionado artículo señalo dos regímenes de cesantías, dependiendo de la fecha de vinculación del docente, en el literal A el régimen de cesantías retroactivas para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y en el literal B el régimen de cesantía anualizado para los docentes que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990.

Por los anteriores argumentos presentó como excepciones las que denominó vinculación del litisconsorte, falta de legitimación por pasiva y prescripción; respecto de esta última indicó que los derechos laborales prescriben en tres años, término que se cuenta desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por lo cual solicita que en evento de condenar a la entidad, se declare la prescripción de mesadas causadas en los últimos tres años.



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

### **3. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL**

La demanda fue presentada para reparto el 21 de febrero de 2017 (fl. 25), correspondiendo su conocimiento a este Despacho No. 6, el cual dispuso admitir la demanda, mediante auto del 25 de abril de 2017 (fls. 28-29).

La notificación personal de la demanda a las entidades demandadas y demás intervinientes se surtió el 15 de junio de 2017 (fls. 38-39).

En virtud de lo anterior, se encuentra que el término común de 25 días, dispuesto en el artículo 199 del CPACA, corrió desde el 16 de junio hasta el 26 de julio de 2017 (fl. 42), entre tanto, el traslado de la demanda de 30 días corrió desde el 27 de julio al 08 de septiembre de 2017 (fl. 44), término dentro del cual, la parte demandada contestó la demanda (fls. 46 a 56).

El término de traslado de las excepciones propuestas se corrió entre el 25 y el 27 de septiembre de 2017 (fl. 62), dentro del cual, la parte actora guardó silencio, posterior a ello, éste Despacho dispuso fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (fl. 64).

Dicha audiencia tuvo lugar el 21 de junio de 2018 y en ella se adelantaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación y decreto de pruebas. Al momento de resolver excepciones previas, se declaró no probadas las excepciones de vinculación del litisconsorte y falta de legitimación por pasiva propuestas por la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 64 a 71).

Así mismo, en la audiencia inicial se procedió a señalar el día 09 de agosto de 2018, para efectos de realizar la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del CPACA, en la que se incorporaron las pruebas decretadas y se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordenando a las partes presentar sus alegaciones por escrito (fls. 125-126).



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.*  
*Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.*  
*Expediente: 150012333000201700164-00.*  
*Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

#### 4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

##### 4.1. Parte demandante (fls. 129 a 134)

Presentó alegaciones solicitando se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, por considerar que el señor Adriano Coconubo Coconubo tiene derecho a que la demandada reajuste las cesantías, dado que es beneficiario de las disposiciones de la Ley 91 de 1989, y en consecuencia su prestación social de cesantía definitiva, como lo establece el artículo 15, debe ser liquidada con el promedio del salario devengado durante el último año de servicio, atendiendo a la variación sufrida durante los últimos tres meses.

En este sentido, aduce que como en el certificado aportado al paginario aparece tanto la bonificación de difícil acceso como la prima de servicios –regulada por el Decreto 1545 de 2013-, deben tenerse en cuenta para el reconocimiento de la cesantía, de conformidad con el artículo 53 Constitucional.

Así mismo, indica que el accionante elevó solicitud para el reconocimiento de su cesantía definitiva el día 16 de agosto de 2016, por lo que el término de 15 días se debió contar entre el día 17 de agosto de 2016 y el 06 de septiembre de 2018, y solo hasta el 14 de octubre de 2016, la accionada expidió la resolución 007116, por medio del cual reconoce y liquida la prestación, transcurriendo así un término superior al establecido legal y jurisprudencialmente.

En lo que respecta al pago de la prestación, señala que el término de los 45 días posteriores a la expedición de la resolución de reconocimiento y liquidación de la prestación, se debió computar entre el día 14 de septiembre y el 18 de noviembre de 2016, situación que no ocurrió, pues el pago se efectuó el 29 de diciembre de 2016.

4.2. Dentro del término otorgado para presentar alegatos de conclusión, la **entidad demandada** guardó silencio.



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

## **5.1 Ministerio Público.**

Por su parte, el Procurador 45 Judicial II Administrativo dentro del término concedido para ello, presentó alegaciones finales, en las que hizo un recuento de la normatividad sobre cesantías y la sanción por no pago oportuno de las mismas.

Luego, adujo que en la liquidación de la cesantía debe incluirse la prima de servicios que devengó el señor Adriano Coconubo Coconubo, de conformidad con el certificado de salarios devengados, pues así lo establece el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; sin embargo en lo que se refiere a la bonificación de difícil acceso no es posible que se ordene su inclusión a los efectos de la liquidación de la prestación, pues de manera clara la normativa que la creó (artículo 5 del Decreto 521 de 2010) dispuso que este emolumento no constituye factor salarial para ningún efecto.

Respecto a la sanción moratoria solicitada, señala que es improcedente acceder a su reconocimiento, en la medida en que la entidad demandada pago la suma total reconocida y si ahora se ordena la reliquidación, esto es que la suma por concepto de esta prestación debe ser mayor, ello lo es no porque la entidad la haya reconocido y no pagado, sino justamente porque no se reconoció.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

De acuerdo con la fijación del litigio que se hiciera en la audiencia inicial, la Sala concreta los siguientes problemas jurídicos:

- a) ¿Adolece de causal de nulidad la Resolución N° 007116 del 14 de octubre de 2016 por medio de la cual, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció al demandante las cesantías definitivas por su vinculación como docente nacionalizado?
- b) ¿Tiene derecho el señor Adriano Coconubo Coconubo al reajuste, liquidación y pago de las cesantías definitivas reconocidas por la entidad demandada mediante la Resolución N° 007116 del 14 de octubre de



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.*  
*Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.*  
*Expediente: 150012333000201700164-00.*  
*Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

2016, y a que se tengan en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al momento de su causación; es decir, del 24 de junio de 2015 al 23 de junio de 2016?

- c) De ser procedente el reajuste de las cesantías, ¿tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de sanción moratoria en los términos solicitados?
- d) Si se presenta prescripción de alguno de los derechos solicitados por el demandante, ya sea de forma parcial o total.

De la interpretación de la demanda y su contestación, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso, para dirimir el objeto de la litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

**a) Tesis argumentativa de la parte demandante**

Manifiesta que el demandante tiene derecho a la inclusión de los factores salariales de prima de servicios y de bonificación de difícil acceso del 15% en la liquidación de sus cesantías definitivas, dado que los mismos fueron devengados durante el último año de prestación de servicio y fueron certificados por la Secretaria de Educación del Departamento de Boyacá.

Así mismo, pretende el reconocimiento de la sanción moratoria, por cuanto se desconoció que el pago total de la obligación prestacional debió realizarse en término no superior a los 65 días hábiles; además de que –a su juicio- dicha sanción debe cancelarse hasta que se haga efectivo el pago del reajuste.

**b) Tesis argumentativa de la entidad demandada**

Manifiesta que no le asiste razón a la parte actora, dado que la Ley 91 de 1989 además de crear el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estableció el régimen de prestaciones para los docentes, en tal sentido en el artículo 15 regulo todo lo relacionado con pensiones, cesantías y vacaciones, para el caso que nos ocupa el numeral 3° del mencionado artículo señalo dos regímenes de cesantías, dependiendo de la fecha de vinculación del docente, en



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

el literal A el régimen de cesantías retroactivas para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 y en el literal B el régimen de cesantía anualizado para los docentes que se vinculen a partir del 01 de enero de 1990.

Además de lo anterior, propuso como excepción la de prescripción, solicitando que en evento de condenar a la entidad, se declare la prescripción de mesadas causadas en los últimos tres años, dado que los derechos laborales prescriben en tres años, término que se cuenta desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

### **c) Tesis de la Sala**

La Sala declarará la nulidad parcial de la Resolución N° 007116 del 14 de octubre de 2016, mediante la cual reconoció la cesantía definitiva al docente Adriano Coconubo Coconubo, en tanto no incluyó en la liquidación de la referida prestación, la prima de servicios, pese a; (i) Que el certificado de factores salariales devengados en el último año de servicios, este es el comprendido entre el 24 de junio de 2015 al 24 de junio de 2016, señala que el señor Adriano Coconubo Coconubo devengó la prima de servicios; y a (ii) Que el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, enlista dentro de los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de cesantías, la prima de servicios, norma aplicable en virtud de lo consagrado en el Decreto 1919 de 2002; esto aunado a que dicha prima de servicios para el personal docente fue creada mediante Decreto 1545 de 2013, el cual en su artículo 5° también estipula que ésta constituye factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías.

El factor salarial denominado bonificación de difícil acceso del 15%, no hay lugar a incluirlo en la liquidación de las cesantías del demandante, pues una bonificación de tal naturaleza no se encuentra en los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de cesantías que enlista el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, además de que, de conformidad con las normas que regulan dicho incentivo por laborar en zonas de difícil acceso, el mismo no constituye factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales de los docentes.



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

La pretensión tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, será negada, toda vez que si bien el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, determinó que el personal docente puede tener derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías en aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, lo cierto es que la misma Corporación ha sido clara en señalar a lo largo de su jurisprudencia que dicha sanción moratoria fue consagrada únicamente para el régimen de liquidación anualizado y no para el régimen de cesantía retroactiva, de conformidad con la misma Ley 244 de 1995.

Por tanto, y como quiera que el señor ADRIANO COCONUBO COCONUBO es beneficiario del régimen de cesantías retroactivas, es claro que no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues –se insiste- tal penalización no fue consagrada para el régimen al que pertenece.

Po último, se advierte que aun cuando el demandante fuese beneficiario del régimen anualizado de cesantías, tampoco es procedente condenar a la accionada al pago de la sanción moratoria después de la fecha en que se hizo efectivo el pago de las cesantía definitiva y hasta que se pague el ajuste por la no inclusión del factor salarial de prima de servicios, pues lo presentado en el caso bajo análisis fue un desacuerdo en la forma en que la entidad liquido la cesantía del demandante, y no una negligencia de la misma frente al trámite que le dio a la solicitud de liquidación de cesantías.

Para desatar el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: i) Docentes Nacionales, Nacionalizados y Territoriales, ii) Régimen de cesantías de los docentes, iii) Normatividad aplicable a los docentes oficiales en cuanto a sanción moratoria por pago tardío de cesantías, iv) Elementos probatorios, y; v) El caso concreto.

## **2.- DOCENTES NACIONALES, NACIONALIZADOS Y TERRITORIALES.**

Para dar solución al problema jurídico planteado es necesario establecer de acuerdo al tipo de vinculación, qué docentes ostentan la calidad de nacionales,



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

nacionalizados o territoriales, para tal efecto es forzoso traer a colación lo reglado en la ley 91 de 1989, donde el legislador definió:

“Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ...”

A su vez, el artículo 10 de la ley 43 de 1975, a la letra reza:

“Artículo 10. En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán, con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria; ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.”

De modo que, la norma define con total claridad las condiciones de vinculación que debe cumplir un docente para ser catalogado como nacional, nacionalizado o territorial, situación que determina en gran medida el régimen de liquidación de cesantías correspondiente a cada educador, toda vez que la citada ley 91 en su artículo 4° delimitó la competencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a la atención de las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados.

Es importante recordar que con la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías y se definió como un servicio público a cargo de la Nación, proceso efectuado de manera gradual iniciando el 01 de enero de 1976 y culminado en 1980, finalizado éste, el personal docente y administrativo incorporado o vinculado a las plantas de personal del servicio educativo estatal, adquirió el carácter de empleado público del orden nacional, sin embargo,



147

*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.*  
*Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.*  
*Expediente: 150012333000201700164-00.*  
*Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

posteriormente en vigencia de la Constitución de 1991 con la ley 60 de 1993 se descentralizó el servicio educativo.<sup>1</sup>

### 3.- RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

A fin de establecer el régimen de cesantías de los educadores de acuerdo a su tipo de vinculación es necesario remitirnos nuevamente a la Ley 91 de 1989, estatuto que en su artículo 15 reguló el tema de las cesantías y de las demás prestaciones sociales de los docentes de la siguiente manera:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...)

3 Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A" Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil (2000). Radicación número: 2630-99



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

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.”

Se observa que la norma transcrita contempla una transición en cuanto al régimen a aplicar en las prestaciones sociales de los docentes; así, conforme al numeral primero, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Específicamente sobre la prestación social de las cesantías, el numeral tercero de la norma en cita contempla las mismas fechas como punto de partida de la transición, pues allí se estipula que los vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 conservan el régimen retroactivo de cesantías, mientras que los que se vinculen al servicio educativo a partir de enero de 1990 se les aplica el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.

Respecto a los regímenes de cesantía docente el Consejo de Estado se manifestó de la siguiente manera:

“De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, dicho Fondo 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. Y 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 solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 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 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 continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses”.<sup>2</sup> (Negrillas y subrayas fuera del texto original)

De lo hasta ahora expuesto tenemos que, únicamente los docentes nacionalizados que comenzaron a laborar antes de 31 de diciembre de 1989, conservaron el régimen retroactivo de cesantías, toda vez que los nacionales y los incorporados al servicio educativo a partir de enero de 1990 - independientemente de su tipo de vinculación-, se les aplica el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.

Esta Corporación, en asunto de similares contornos al que nos ocupa, dijo:

“Considera la Sala que el régimen de cesantías se define en este caso, teniendo en cuenta la norma vigente al momento de ingreso al servicio, así: retroactivo para quienes se encontraban vinculados en condición de nacionalizados hasta 31 de diciembre de 1989, y anualizado con intereses para los docentes nacionales y para quienes ingresaron o ingresen a trabajar como docentes a partir de 1990, cualquiera que sea el tipo de vinculación, argumentos suficientes para concluir que no se puede reconocer el derecho reclamado, toda vez que la demandante ingreso a trabajar el 1º de febrero de 1990”<sup>3</sup>. (Resaltado de la Sala).

Así las cosas, se tiene entonces que únicamente los docentes nacionalizados que comenzaron a laborar antes de 31 de diciembre de 1989, conservaron el

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).

<sup>3</sup> Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 5, 07 de mayo de 2015, Magistrado Ponente ISRAEL SOLER PEDROZA, expediente No. 150012333000201300448-00



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

régimen retroactivo de cesantías, toda vez que los nacionales y los incorporados al servicio educativo a partir de enero de 1990 -independientemente de su tipo de vinculación-, se les aplica el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.

Ahora bien, sobre la base salarial para la liquidación de las cesantías, es del caso indicar que como quiera que el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 contempla que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, el Consejo de Estado ha explicado que la norma que debía aplicarse para efectos de la mencionada base salarial de la liquidación de las cesantías correspondía al Decreto 2712 de 1999 *“Por el cual se expiden disposiciones en materia prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial”*, el cual en su artículo 2º, estableció los factores salariales para la liquidación de las cesantías de estos servidores, siempre y cuando hubiesen sido autorizados mediante norma de carácter legal.

No obstante, con posterioridad se expidió el Decreto 1919 de 2002 que estipuló que a partir de su vigencia, esto es del 01 de septiembre de 2002, las prestaciones sociales de los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades departamentales y municipales, serán liquidadas con base en los factores salariales contemplados en las normas que regulan el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, taxativamente consagró el artículo primero<sup>4</sup> del citado decreto:

---

<sup>4</sup> Artículo que fue demandado ante el Consejo de Estado en acción de nulidad simple al considerar que con su aplicación se desmejoraban los salarios y prestaciones contemplados para quienes ya se encontraban vinculados en el Distrito Capital y gozaban del régimen especial de los empleados del mencionado Distrito contemplado en los Decretos 1133 y 1808 de 1994, al respecto la citada Corporación indicó:

“En suma, la expresión *“vinculados”*, contenida en el artículo 1º del Decreto 1919 de 2002, no vulneró la ley 4ª de 1992 ni la Constitución Política porque no desmejoró, en lo legal, los salarios y prestaciones de los empleados que venían vinculados con el Distrito, en vigencia de los Decretos 1133 y 1808 de 1994. Debe destacarse que los empleados públicos están regidos por una vinculación legal y reglamentaria en la que no es posible establecer salarios o prestaciones que no se fundamenten en la Constitución o en la Ley, ni pueden negociar con la administración prerrogativas extralegales.

La pretensión de nulidad de la derogatoria expresa de los Decretos 1133 y 1808 de 1994, contenida en el artículo 6º, no tiene vocación de prosperidad porque mediante el decreto acusado se unificó el régimen territorial y el Distrital y ello comporta la derogatoria de los regímenes especiales vigentes en el Distrito, lo que no sólo no vulnera ninguna norma superior sino que desarrolla y aplica el principio de igualdad.



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

**“ARTÍCULO 1.- A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.**

**Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.”**

Así, respecto a los factores salariales para la liquidación de cesantías, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”, estipula:

**“ARTÍCULO 45. De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:**

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;

---

Además, como ya lo ha señalado esta Sección<sup>2</sup>, el Estado no está obligado a mantener un régimen benéfico de forma permanente porque las instituciones y sus regulaciones deben adecuarse al orden social, cultural y económico que gobierna el momento, de manera que una prestación social no puede permanecer perenne y sólo ser modificada en lo favorable, si bien deben respetarse los salarios y prestaciones que perciban quienes están vinculados al momento de la expedición del nuevo régimen regulatorio, siempre y cuando estén amparados por la Constitución y la ley.”

(CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", CONSEJERO PONENTE: DR. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, diecinueve (19) de mayo de dos mil cinco (2005), REF: EXPEDIENTE No. 11001032500020020211 01, No. INTERNO: 4396 – 2002)



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”

De conformidad con lo anterior, para la liquidación de las cesantías del personal docente nacionalizado vinculado antes o con posterioridad a la vigencia del Decreto 1919 de 2002, deben tenerse en cuenta los factores salariales contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, anteriormente transcrito.

Lo anterior fue explicado de la siguiente forma por el H. Consejo de Estado<sup>5</sup>:

#### **“DE LOS FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDAR CESANTÍAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS**

El Decreto 2712 de 1999 *“Por el cual se expiden disposiciones en materia prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial”*, en su artículo 2º, estableció como factores salariales para la liquidación de las cesantías de estos servidores, siempre y cuando hayan sido autorizados mediante norma de carácter legal, los siguientes: la asignación básica mensual; los gastos de representación; la prima técnica, cuando constituye factor de salario; los dominicales y feriados; las horas extras; el auxilio de alimentación y transporte; la prima de navidad; la bonificación por servicios prestados; la prima de servicios; los viáticos que reciban funcionarios públicos y trabajadores oficiales, cuando se hayan percibido por

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09)



150

*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.*  
*Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.*  
*Expediente: 150012333000201700164-00.*  
*Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

término no inferior a 180 días en el último año de servicio; la prima de vacaciones; el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, y primas y bonificaciones que se hubieren otorgado debidamente con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

Luego, el Decreto 1919 de 2002 *“Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial”*, en su artículo 1º dispuso, que a partir de su vigencia, es decir, desde el 1º de septiembre de 2002, los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a la Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional. Y agregó, que las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.

(...)

Ahora bien, el Auxilio de Cesantías para los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional, se encuentra regulado por el Decreto No. 1045 de 1978 *“Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”*, que en su artículo 45, establece como factores para su liquidación los siguientes: la asignación básica mensual; los gastos de representación y la prima técnica, los dominicales y feriados, las horas extras, los auxilios de alimentos y transporte, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, los viáticos que reciban funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por término no inferior a 180 días en el último año de servicio, los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978, la prima de vacaciones, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, y primas y bonificaciones que se hubieren otorgado debidamente con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

Por manera que, los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efecto de liquidar las cesantías de los empleados públicos cobijados por el régimen prestacional del nivel territorial, eran los contemplados por el Decreto No. 2712 de 1999, pero luego con la entrada en vigencia del Decreto No. 1919 de 2002, es decir, a partir del 1º de septiembre de 2002, estos empleados territoriales cuentan con el mismo régimen de prestaciones sociales establecido para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público Nacional y precisamente, los factores de liquidación del Auxilio de Cesantías de los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional se encuentran regulados por el artículo 45 del Decreto No. 1045 de 1978, norma que en consecuencia es la que se debe aplicar a los empleados regidos por el régimen prestacional territorial al momento de liquidar sus cesantías.”



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.*  
*Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.*  
*Expediente: 150012333000201700164-00.*  
*Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

#### **4.- NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS DOCENTES OFICIALES EN CUANTO A SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS**

Al respecto es del caso indicar que, atendiendo a que la Ley 91 de 1989 solo estipula los regímenes de cesantías aplicables a los docentes y no contempla la sanción moratoria por el pago tardío de las mismas, se presentaron diversos criterios sobre la aplicación o no al personal docente de las normas generales que la establecen, no existiendo por tanto uniformidad frente al tema. Esta discusión fue zanjada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (N.I. 4961-2015), en la que preciso que los docentes pueden tener derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, conforme lo establece el régimen general; así, ampliamente dicha Corporación explicó:

“31. La Corte Constitucional en ejercicio de la facultad de revisión prevista en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991<sup>6</sup>, seleccionó la anterior decisión judicial y se pronunció sobre la materia objeto de estudio, mediante la Sentencia de Unificación SU 336/17<sup>7</sup>, en la cual señaló que los educadores estatales no se encuentran contemplados dentro de ninguna de las categorías de servidores públicos, y expuso que, de conformidad con el artículo 125 superior, los *empleados públicos* conforman una categoría residual, a la que pertenecerían todos aquellos funcionarios del Estado que no encuadran en ninguno de tales grupos.

32. De ese modo, la Corte entendió que la normatividad especial que regula a los docentes los define como «*empleados oficiales de régimen especial*», tal como se transcribe a continuación:

*«[...] De conformidad con los pronunciamientos de este Tribunal, si bien los educadores oficiales no están expresamente rotulados dentro de ninguna de estas categorías de los servidores públicos, lo cierto es que el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución<sup>8</sup> los definió como empleados*

<sup>6</sup> «Artículo 31. Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

**Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.**» (Se resalta)

<sup>7</sup> M.P. Iván Humberto Escrueria Mayolo

<sup>8</sup> Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 2.



151

Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

oficiales de régimen especial, mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos<sup>9</sup> y la Ley General de Educación<sup>10</sup>, expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron servidores públicos de régimen especial, definiciones que pueden ser asumidas como de contenido equivalente. Así mismo, debe decirse que existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, por lo que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies, han de ser considerados empleados públicos.»

33. Ahora bien, el tribunal constitucional sostuvo por un lado que la situación de los docentes oficiales permite asimilarlos como servidores públicos, y por otro, destacó la finalidad de las cesantías como un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, por lo que unificó su jurisprudencia, para señalar que les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer en su favor la sanción por el pago tardío de las cesantías reconocidas, previo cumplimiento de los requisitos legales, en la medida que resulta ser la condición más beneficiosa y materializa los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

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

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

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

(iii) Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al

<sup>9</sup> Ley 60 de 1993, artículo 6, inciso 6, derogada por la Ley 715 de 2001.

<sup>10</sup> Ley 115 de 1994, artículo 105, parágrafo 2.



Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

*Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.*

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

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

34. En tal sentido, la Corte Constitucional estableció su doctrina en las sentencias C-741 de 2012 y SU-336 de 2017, «en el sentido de que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2º) los define como ‘empleados oficiales de régimen especial’; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2º 105, parágrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales.», por lo que es importante para la Sala, determinar si se encuentran incluidos en la categoría de servidor público, y definir si para tal efecto, son determinantes su especial situación en cuanto a la vinculación y finalidad de sus funciones.”

Más adelante, en la misma providencia y a manera de conclusión, la alta corporación, señaló:

“81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales<sup>11</sup>, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995<sup>12</sup> y 1071 de 2006<sup>13</sup>, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores

<sup>11</sup> Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

<sup>12</sup> «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

<sup>13</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.»



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.”

De lo anterior, se observa que actualmente no hay duda de que el personal docente puede tener derecho a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías en aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues pertenecen a la categoría de servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que al ser considerados servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política, no solo les es aplicable la interpretación que sobre la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías realiza el Consejo de Estado en la sentencia de unificación anteriormente transcrita -según la cual tienen derecho al reconocimiento y pago de tal sanción en aplicación las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006-; sino que también les es aplicable toda aquella interpretación que sobre las normas que regulan el tema ha efectuado la citada Corporación.

Así las cosas, se encuentra que además de observar la condición de servidor público para el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, el Consejo de Estado también verifica el tipo de régimen de cesantía de quien pretende dicho reconocimiento, pues realizado el estudio de las normas que contemplan tales regímenes ha determinado que la sanción moratoria únicamente ha sido consagrada para aquellos que tienen derecho al régimen de cesantías anualizadas y no a quienes son beneficiarios del régimen de cesantías retroactivas; así, taxativamente explica la citada Corporación:

“Señalado lo anterior, la Sección Segunda<sup>14</sup> del Consejo de Estado se ha pronunciado en varias ocasiones frente al tema de la sanción moratoria y ha manifestado que «el ordenamiento jurídico colombiano regula tres sistemas diferentes de liquidación del auxilio de cesantías, sobre estos la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 22 de agosto de 2000 sostuvo:

«[ ... ] Del recuento normativo se concluye que en la actualidad existen tres sistemas diferentes de liquidación y manejo de cesantías para servidores públicos del orden territorial, a saber (sic) y una situación generada por el tránsito legislativo, a la que se hará alusión posteriormente:

<sup>14</sup> Ver sentencias: Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00638-01(2873-15)Actor: CLARA LUZ RAMBAO CERA y Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00162-01(4469-15)Actor: MARLENE GIL MENA



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

1°.- Sistema retroactivo: las cesantías se liquidan con base en el último sueldo devengado, sin lugar a intereses. Se rige por la ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan y es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

2°.- Sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la ley 50 de 1990: incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador; cobija a las personas vinculadas a estos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del decreto 1582 de 1998.

3°.- Sistema del Fondo Nacional de Ahorro: desarrollado en el artículo 5° y demás normas pertinentes de la ley 432 de 1998; rige para los servidores que a él se afilien y contempla la liquidación anual de cesantías, pago de intereses por parte del Fondo, protección contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y, además, contribuye a la solución del problema de vivienda y educación. [ ... ]»

Frente al primer sistema, esta Sala de Subsección<sup>15</sup> ha señalado que los trabajadores vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, como es el caso de la demandante, que no se hayan acogido de manera expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías que trata la ley 50 de 1990, **no tienen derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, consistente en el pago un día de salario por cada día de retardo, toda vez que dicha penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual, de conformidad con la Ley 244 de 1995.**<sup>16</sup>»

Lo anterior ha sido reiterado por el Consejo de Estado a lo largo de su jurisprudencia, así, en reciente sentencia del 06 de diciembre de 2018<sup>17</sup> señaló:

“Esta Sala de Subsección<sup>18</sup> ha señalado que los trabajadores vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, como es el caso de la demandante, que no se hayan acogido de manera expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, no tienen derecho al reconocimiento de la

<sup>15</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 7 de diciembre de 2017. Radicación: 44001 23 33 000 2013 00089-01 (3048-14)

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 08001-23-33-000-2012-00037-02(1458-15)

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00786-01(0328-16)

<sup>18</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 7 de diciembre de 2017. Radicación: 44001 23 33 000 2013 00089-01 (3048-14)



133

*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

sanción por mora en el pago de las cesantías, consistente en el pago un día de salario por cada día de retardo, toda vez que dicha penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual.”

En este sentido, se observa que si bien el Consejo de Estado ha determinado que el personal docente pueden tener derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías en aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, lo cierto es que la misma Corporación ha sido clara en señalar que dicha sanción moratoria fue consagrada únicamente para el régimen de liquidación anualizado y no para el régimen de cesantía retroactiva, de conformidad con la misma Ley 244 de 1995.

## 5. DE LOS ELEMENTOS PROBATORIOS

Dentro del caudal probatorio, se observan las siguientes pruebas que constituyen piezas importantes en la resolución del asunto:

- Copia de la Resolución N° 003037 del 16 de mayo de 2016, mediante la cual la Secretaria de Educación de Boyacá aceptó la renuncia presentada por el señor Adriano Coconubo Coconubo al cargo de docente, a partir del 24 de junio de 2016 (fl. 15)
- Certificado de factores salariales devengados por el señor Adriano Coconubo Coconubo durante el tiempo comprendido entre mayo de 2015 a junio de 2016, expedido el 02 de agosto de 2016. En este se indica que el docente demandante pertenecía al régimen nacionalizado, que mensualmente se efectuaron los descuentos de ley y que devengó en el periodo mencionado los siguientes factores salariales: (i) Asignación básica; (ii) Auxilio de movilización; (iii) Bonificación de difícil acceso 15%; (iv) Bonificación Decreto 1566/2014; (v) Prima de alimentación; (vi) Prima de grado; (vii) Prima rural del 10%; (viii) Prima de servicio; (ix) Prima de vacaciones; (x) prima de navidad (fls. 16-19)
- Copia de la Resolución No. 007116 del 14 de octubre de 2016, expedida por el Secretario de Educación de Boyacá, mediante la cual se reconoce al demandante la cesantía definitiva. En este acto administrativo se indica que la solicitud para el reconocimiento y pago de la cesantía se presentó



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

el 16 de agosto de 2016 y que se tuvieron en cuenta los siguientes factores salariales para su liquidación: (i) Asignación básica; (ii) Bonificación Decreto 1566/2014; (iii) Auxilio de movilización; (iv) Prima de grado; (v) Prima de alimentación; (vi) Prima rural del 10%; (vii) Prima de vacaciones; (viii) prima de navidad (fls. 20-22).

- Copia del desprendible de nómina expedido por el banco Agrario de Colombia, en el que consta que al demandante se le pagó por concepto de cesantía la suma de \$95.589.339 el día 29 de diciembre de 2016 (fl. 23)
- Copia del cuaderno administrativo que reposa en la Secretaria de Educación de Boyacá, a nombre del señor Adriano Coconubo Coconubo, con relación al trámite de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías (fls. 87-120)
- Certificado de tiempo laborado por el señor Adriano Coconubo Coconubo, en el que consta que estuvo vinculado como docente desde el 18 de noviembre de 1980 hasta el 23 de junio de 2016 (fls. 122-123)

## **5.- CASO CONCRETO:**

El presente asunto se centra en establecer; (i) si el señor Adriano Coconubo Coconubo tiene derecho al reajuste, liquidación y pago de las cesantías definitivas reconocidas por la entidad demandada mediante la Resolución N° 007116 del 14 de octubre de 2016, y a que se tengan en cuenta todos los factores salariales devengados durante el año inmediatamente anterior al momento de su causación; y (ii) si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de sanción moratoria en los términos solicitados.

En consecuencia, y a fin de darle orden al presente caso, se procede a analizar los anteriores aspectos de manera separada.

### **5.1. De la liquidación de la cesantía del demandante:**



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

Dentro de las presentes diligencias se encontró probado, conforme al certificado de tiempo laborado, que el demandante se vinculó como docente de la Secretaria de Educación de Boyacá el **18 de noviembre de 1980**, por lo que el reconocimiento y pago de sus cesantías se encuentra regulado por el numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, disposición legal que como ya se expuso, ordenó la aplicación del sistema de cesantías retroactivo a **los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**; en consecuencia es indudable que el demandante al haber sido vinculado como territorial y haber tomado posesión del cargo el 18 de noviembre de 1980, tiene derecho a que sus cesantías sean liquidadas en forma retroactiva, esto es que su auxilio equivalga 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 (...)”*

Teniendo claro el régimen de cesantía del docente demandante (retroactivo) y verificado en el acto acusado que en efecto fue aplicado por la entidad demandada al momento del reconocimiento de la prestación, se procede a establecer los factores salariales que deben tenerse en cuenta para su liquidación.

Para efecto de lo anterior es del caso recordar –como se expuso en acápite anterior- que como quiera que el numeral 1º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 contempla que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, el Consejo de Estado ha explicado que la norma que debía aplicarse para efectos de la base salarial de la liquidación de las cesantías correspondía al Decreto 2712 de 1999 *“Por el cual se expiden disposiciones en materia prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial”*, el cual en su artículo 2º, estableció los factores salariales para la liquidación de las cesantías de estos servidores, siempre y cuando hubiesen sido autorizados mediante norma de carácter legal.

No obstante, con posterioridad se expidió el Decreto 1919 de 2002 que estipulo que a partir de su vigencia, esto es del 01 de septiembre de 2002, las prestaciones sociales de los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

departamentales y municipales, serán liquidadas con base en los factores salariales contemplados en las normas que regulan el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

Así, el auxilio de cesantías para los empleados de la Rama Ejecutiva Nacional, se encuentra regulado por el Decreto 1045 de 1978, “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”, el cual en su artículo 45, enlista los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de cesantías, dentro de los cuales se encuentra la **prima de servicios**.

Ahora bien, el Decreto 1545 de 2013, mediante el cual se crea la prima de servicios para el personal docente, en su artículo 5º también estipula que ésta constituye factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías, así:

*“ARTÍCULO 5. Liquidación de otras prestaciones económicas. La prima de servicios que se establece en el artículo 1 de este Decreto, constituye factor salarial desde el momento de su causación, para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas:*

1. Vacaciones.
2. Prima de Vacaciones.
3. Cesantías.
4. Prima de Navidad.”

Ahora, verificado el acto administrativo acusado, se observa que, conforme lo contempla el literal A del numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, en éste se tuvo en cuenta lo devengado en el último año de prestación de servicio, dado que el último mes tuvo variaciones en cuanto a los factores salariales percibidos.

No obstante, también se evidencia que en el pluricitado acto administrativo se omitió tener en cuenta la prima de servicios, pese a; **(i)** Que el certificado de factores salariales devengados en el último año de servicios, este es el comprendido entre el 24 de junio de 2015 al 24 de junio de 2016, señala que por el señor Adriano Coconubo Coconubo devengo la prima de servicios; y a **(ii)** Que, como se indicó con anterioridad, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, enlista dentro de los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de cesantías, la prima de servicios.



Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
 Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
 Expediente: 150012333000201700164-00.  
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Por tanto, como lo consideró el Ministerio Público, el accionante tiene derecho a que se reajuste la liquidación de su cesantía definitiva con la inclusión de la prima de servicios devengada durante el último año de prestación de servicios.

Ahora, en lo que tiene que ver con el factor salarial denominado bonificación de difícil acceso del 15%, se observa que una bonificación de tal naturaleza no se encuentra en los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de cesantías que enlista el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, por tanto no habría que incluirse en la liquidación de las cesantías del demandante. Esto aunado a las siguientes precisiones respecto de dicha bonificación:

La bonificación por laborar en zonas de difícil acceso ha estado regulada entre otras normas en el artículo 37 del Decreto 2277 de 1979, el artículo 134 de la Ley 115 de 1994 y el artículo 24 de la Ley 715 de 2001.

Así, el artículo 37 del Decreto 2277 de 1979 previó:

“Tiempo doble. A los educadores con título docente que a partir de la fecha de expedición de este decreto desempeñen sus funciones en escuelas unitarias, áreas rurales de difícil acceso y poblaciones apartadas, se les tendrá en cuenta como doble el tiempo de servicio para efectos del ascenso en el escalafón.

El Gobierno Nacional determinará los criterios para definir dichas áreas y población.”

Por su parte, el artículo 134 de la Ley 115 de 1994 señaló:

“*Incentivo especial para ascenso en el escalafón.* Los docentes estatales que presten sus servicios en zonas de difícil acceso o en situación crítica de inseguridad o mineras, disfrutarán, además, de una bonificación especial y de una disminución en el tiempo requerido para el ascenso dentro del escalafón, según reglamentación que expida el gobierno nacional.”

De otra parte, el artículo 24 de la Ley 715 de 2001, vigente, dispone en su inciso 6º:

“Los docentes que laboran en áreas rurales de difícil acceso podrán tener estímulos consistentes en bonificación, capacitación, y tiempo, entre otros, de conformidad con el reglamento que para la aplicación de este artículo expida el Gobierno Nacional.”

En tema a la bonificación, la referida norma fue reglamentada por el Decreto 1171 de 2004 que en su artículo 5º advirtió:



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.*  
*Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.*  
*Expediente: 150012333000201700164-00.*  
*Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

“Bonificación. Los docentes y directivos docentes que laboren en establecimientos educativos estatales, cuyas sedes estén ubicadas en áreas rurales de difícil acceso, tendrán derecho a una bonificación equivalente al quince por ciento (15%) del salario que devenguen. Esta bonificación no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto y para su reconocimiento por parte de la entidad territorial, requerirá previa disponibilidad presupuestal.

Esta bonificación se pagará proporcionalmente al tiempo laborado durante el año académico en las sedes de los establecimientos educativos estatales, ubicadas en áreas rurales de difícil acceso. Se dejará de causar si el docente es reubicado temporal o definitivamente en otra sede que no reúna las condiciones para el reconocimiento de este beneficio o cuando la respectiva sede del establecimiento pierda el carácter señalado en este decreto. No tendrá derecho a esta bonificación el docente que se encuentre suspendido en el ejercicio de su cargo o en situaciones administrativas de licencia o comisión no remuneradas.”

El precitado Decreto 1171 de 2004 fue derogado por el Decreto 521 de 2010 que respecto a su condición, porcentaje así como su no carácter salarial y prestacional dispuso en el artículo 5º:

“Bonificación. Los docentes y directivos docentes que laboren en establecimientos educativos estatales, cuyas sedes estén ubicadas en zonas rurales de difícil acceso, tendrán derecho a una bonificación equivalente al quince por ciento (15%) del salario básico mensual que devenguen. Esta bonificación no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto, se pagará mensualmente, y se causará únicamente durante el tiempo laborado en el año académico. Se dejará de causar si el docente es reubicado o trasladado, temporal o definitivamente, a otra sede que no reúna la condición para el reconocimiento de este beneficio, o cuando la respectiva sede del establecimiento pierda la condición de estar ubicada en zona rural de difícil acceso.

No tendrá derecho a esta bonificación quien se encuentre suspendido en el ejercicio de su cargo o en situaciones administrativas de licencia o comisión no remuneradas.”

Según se aprecia por la Sala, inicialmente el beneficio previsto como tiempo doble para ascenso en el escalafón (Decreto 2277 de 1979) se amplió a tiempo doble y bonificación (Ley 115 de 1994), hasta llegar en la ley actual que le da sustento y su reglamentación a que *los docentes que laboran en áreas rurales de difícil acceso (pueden) tener estímulos consistentes en bonificación, capacitación, y tiempo*, en tanto que en lo que refiere a la bonificación, aquella *no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto.*



156

*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

En Sentencia C-103 de 2003 siendo Magistrado Ponente JAIME CORDOBA TRIVIÑO, la Corte Constitucional al analizar la facultad reglamentaria del ejecutivo en torno al tema de los incentivos por laborar en zonas de difícil acceso, señaló como *ratio decidendi*:

“Ahora bien, aspecto adicional a la consagración legislativa de los estímulos a docentes, es su concreción a través de decretos reglamentarios puesto que, como se señaló, en esta materia se acude a la participación de dos autoridades: el legislador que fija los estímulos y sus elementos esenciales, y el Gobierno que determina las condiciones específicas para otorgarlos. Por consiguiente, el reglamento especifica los destinatarios, montos, modalidades, frecuencia y oportunidad de reconocimiento y pago de los estímulos, y señala los demás instrumentos requeridos para hacerlos efectivos.

El artículo 24 de la Ley 715 de 1994, al igual que lo hicieron en su momento el Decreto-ley 2277 de 1979 y la Ley 115 de 1994, consagra el estímulo a favor de los docentes y señala los parámetros generales para su reconocimiento. Señala, además, que las bonificaciones, capacitación y tiempo, entre otros estímulos, se harán efectivos de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional. Adicionalmente, es de resaltar el hecho que la norma acusada no fije porcentajes ni cuantifique los factores allí señalados, así como tampoco defina ni señale las áreas geográficas en las cuales se reconocerán, lo cual se explica en la medida que estas determinaciones corresponden al ámbito de competencia del Gobierno Nacional.

Así entonces, en el presente caso no se está ante el desconocimiento por el legislador de derechos adquiridos por los docentes que prestan sus servicios en las zonas señaladas en el artículo 134 de la Ley 115 de 1994, puesto que se trata de un asunto inherente al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Gobierno Nacional. Ello es así, en la medida en que la ley anterior y la actual condicionan el reconocimiento y pago de los estímulos a la reglamentación que para el efecto expida el Ejecutivo. El propio actor así lo reconoce en su demanda, cuando afirma que "Estas normas constituyeron un derecho para los docentes que se les ha venido reconociendo y pagando la bonificación consagrada en el Decreto 707 de 1996 Fl. 2 del expediente.

Un argumento adicional para resaltar el papel que juega el reglamento en el reconocimiento de este tipo de estímulos lo constituye las modificaciones que introduce el Gobierno Nacional a los decretos reglamentarios, aunque la norma legal que reglamenta sea la misma. El Artículo 37 del Decreto-ley 2277 de 1979, que consideraba como doble el tiempo de servicio para efectos de ascenso en el escalafón docente, fue reglamentado en diferentes oportunidades: Decretos 2669 de 1981; 177 de 1982; 2147 de 1986 y 267 de 1988.

(...)

Por lo tanto, en la medida en que la norma acusada conserva el reconocimiento de los estímulos a los docentes, no admite su cuestionamiento por vulneración de los derechos adquiridos ni de la confianza legítima. Debate diferente sería si la Ley 715 se



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

hubiese limitado a derogar el artículo 134 de la Ley 115, sin consagrar un principio sobre la materia. Pero ese no es el asunto que ahora corresponde conocer a la Corte.

En suma, al precisar que depende del reglamento el reconocimiento o pago efectivo de la bonificación, capacitación y tiempo, entre otros estímulos, a los docentes que prestan sus servicios en las áreas o zonas señaladas por el legislador, carece de objeto el debate propuesto ante esta jurisdicción, dado que la acción pública de inconstitucionalidad tiene como propósito confrontar los preceptos legislativos con los postulados constitucionales, para determinar su conformidad o no con la Carta Política, no así las normas reglamentarias. De tal suerte que los cargos por violación de los artículos 2º y 58 Superiores y el principio de la confianza legítima no están llamados a prosperar, toda vez que no se advierte que el inciso sexto del artículo 24 de la Ley 715 de 2001 desconozca, por sí mismo, eventual derecho adquirido alguno a los destinatarios de la norma. Por ello, se declarará su exequibilidad. Corresponde sí al Gobierno Nacional el oportuno desarrollo del precepto acusado, a fin de dar cumplimiento efectivo a la voluntad del legislador en esta materia.”

Según se concluye, al Gobierno Nacional correspondía el desarrollo de los beneficios dispuestos por el Legislador en el caso de la labor desempeñada en las denominadas zonas de difícil acceso, quien en ejercicio de dicha facultad dispuso que aquellos no constituyen factor salarial ni prestacional para ningún efecto.

Aunado a lo anterior, la norma reglamentaria no ha sido suspendida o declarada nula por su Juez natural, esto es el Consejo de Estado, - según reconoce la misma Corte -, por cuanto conforme al numeral 2º del artículo 237 de la Carta Política, a este le corresponde conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

En este sentido, es claro que los incentivos por laborar en zonas de difícil acceso no constituyen factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales de los docentes, toda vez que el reglamento respectivo así lo dispuso y la Corte Constitucional ha amparado la competencia del ejecutivo en la materia; en consecuencia es procedente su exclusión de la liquidación de la cesantía definitiva del demandante.

Por consiguiente, es dable declarar la nulidad parcial de la Resolución N° 007116 de 2016 y ordenar el reajuste de la cesantía definitiva reconocida al demandante con la inclusión del factor salarial correspondiente a la **prima de**



151

*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

**servicios** desde el momento de su causación, y no del factor denominado bonificación de difícil acceso del 15%.

En relación con el restablecimiento del derecho, se debe indicar que de las sumas que arroje la liquidación correspondiente, la entidad demandada deberá reajustar los valores de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el correspondiente a la prestación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor por el DANE (vigente para la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago).

#### **5.2. De la sanción moratoria por el presunto no pago oportuno del auxilio de cesantías al demandante:**

De la Resolución No. 007116, mediante la cual se reconoce al demandante la cesantía definitiva, se advierte que la solicitud para el reconocimiento y pago de la cesantía fue presentada por el señor Adriano Coconubo Coconubo el 16 de agosto de 2016, y que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Secretaria de Educación de Boyacá, expidió dicho acto administrativo el día 14 de octubre de 2016, reconociendo al docente demandante por dicha prestación la suma de \$95.589.330<sup>19</sup>, siendo notificada tal resolución el día 24 de octubre de 2016 como consta en el adverso del folio 22.

El artículo cuarto de la Resolución No. 007116 señaló que contra dicho acto administrativo procedería el recurso de reposición, el cual podía interponerse dentro de los 10 días siguientes a su notificación, de conformidad con el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011; recurso que no fue interpuesto por el señor Adriano Coconubo Coconubo.

---

<sup>19</sup> Folios 20 a 22.



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.*

*Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.*

*Expediente: 150012333000201700164-00.*

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

El monto de cesantías reconocido mediante la Resolución No. 007116 del 14 de octubre de 2016, fue pagado a la cuenta de ahorros del demandante el 29 de diciembre de 2016, según consta en el comprobante expedido por el banco Agrario de Colombia que reposa a folio 23.

Ahora, el demandante pretende el reconocimiento de la sanción moratoria, por cuanto –a su juicio- se desconoció que el pago total de la obligación prestacional debió realizarse en término no superior a los 65 días hábiles, y además considera que dicha sanción debe cancelarse hasta que se haga efectivo el pago del reajuste.

Al respecto es del caso recordar –como se expuso en acápite anterior- que si bien el Consejo de Estado sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, determinó que el personal docente puede tener derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías en aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, lo cierto es que la misma Corporación ha sido clara en señalar a lo largo de su jurisprudencia que dicha sanción moratoria fue consagrada únicamente para el régimen de liquidación anualizado y no para el régimen de cesantía retroactiva, de conformidad con la misma Ley 244 de 1995.

Así las cosas, y como quiera que el señor ADRIANO COCONUBO COCONUBO es beneficiario del régimen de cesantías retroactivas –como arriba se determinó-, es claro que no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues –se insiste- tal penalización no fue consagrada para el régimen al que pertenece, por tanto la pretensión será negada.

Pero además de lo anterior, se observa que aun cuando fuese beneficiario del régimen anualizado de cesantías, la pretensión tendiente a que se pague la sanción moratoria hasta que se pague el reajuste por la no inclusión del factor salarial de prima de servicios –analizado en acápite anterior-, tampoco tiene vocación de prosperidad, pues se advierte que dicha figura no tiene por finalidad sancionar a la entidad pagadora de la cesantía cuando la misma no liquida en debida forma la prestación sino que tiene por finalidad sancionar a dicha entidad ante la negligencia de la misma en el trámite para el pago de las cesantías, así se puede determinar de la citada Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 del 25



158

*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

agosto de 2016 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que también se analizó la naturaleza penalizadora de la sanción moratoria, señalando lo siguiente:

“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.”

En consecuencia tampoco sería procedente condenar a la accionada al pago de la sanción moratoria después de la fecha en que se hizo efectivo el pago de las cesantía y hasta que se pague el ajuste por la no inclusión del factor salarial de prima de servicios, pues lo presentado en el caso bajo análisis fue un desacuerdo en la forma en que la entidad liquidó la cesantía del demandante, y no una negligencia de la misma frente al trámite que le dio a la solicitud de liquidación de cesantías.

En conclusión, la pretensión tendiente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria no se encuentra llamada a prosperar.

## 5. CONCLUSIONES

Como corolario de lo expuesto en precedencia, la Sala arriba a las siguientes conclusiones que sustentan la decisión:

- El señor Adriano Coconubo Coconubo se vinculó como docente de la Secretaria de Educación de Boyacá el **18 de noviembre de 1980**, por lo que el reconocimiento y pago de sus cesantías se encuentra regulado por el numeral 3 del artículo 15 de la ley 91 de 1989, disposición legal que como ya se expuso, ordenó la aplicación del sistema de cesantías retroactivo a **los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**; sistema según el cual el auxilio equivale a “(...) un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

*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 (...)*”

- En virtud de lo consagrado en el Decreto 1919 de 2002, la cesantía definitiva del demandante debe liquidarse con los factores salariales enlistados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, dentro de los cuales se encuentra la **prima de servicios**;
- La prima de servicios para el personal docente fue creada mediante Decreto 1545 de 2013, el cual en su artículo 5º también estipula que ésta constituye factor salarial para efectos de la liquidación de las cesantías.
- El acto administrativo acusado omitió tener en cuenta la prima de servicios, pese a; (i) Que el certificado de factores salariales devengados en el último año de servicios, este es el comprendido entre el 24 de junio de 2015 al 24 de junio de 2016, señala que por el señor Adriano Coconubo Coconubo devengo la prima de servicios; y a (ii) Que, como se indicó con anterioridad, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, enlista dentro de los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de cesantías, la prima de servicios.
- Por lo anterior el accionante tiene derecho a que se reajuste la liquidación de su cesantía definitiva con la inclusión de la prima de servicios devengada durante el último año de prestación de servicios.
- Respecto del factor salarial denominado bonificación de difícil acceso del 15%, se encuentra que no hay lugar a incluirlo en la liquidación de las cesantías del demandante, pues una bonificación de tal naturaleza no se encuentra en los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de cesantías que enlista el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, además de que, de conformidad con las normas que regulan dicho incentivo por laborar en zonas de difícil acceso, el mismo no constituye factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales de los docentes.
- Si bien el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, determinó que el personal docente puede



159

*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

tener derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías en aplicación de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, lo cierto es que la misma Corporación ha sido clara en señalar a lo largo de su jurisprudencia que dicha sanción moratoria fue consagrada únicamente para el régimen de liquidación anualizado y no para el régimen de cesantía retroactiva, de conformidad con la misma Ley 244 de 1995.

- Por lo anterior, y como quiera que el señor ADRIANO COCONUBO COCONUBO es beneficiario del régimen de cesantías retroactivas, es claro que no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues tal penalización no fue consagrada para el régimen al que pertenece.
  
- Aun cuando el demandante fuese beneficiario del régimen anualizado de cesantías, tampoco es procedente condenar a la accionada al pago de la sanción moratoria después de la fecha en que se hizo efectivo el pago de las cesantía definitiva y hasta que se pague el ajuste por la no inclusión del factor salarial de prima de servicios, pues lo presentado en el caso bajo análisis fue un desacuerdo en la forma en que la entidad liquidó la cesantía del demandante, y no una negligencia de la misma frente al trámite que le dio a la solicitud de liquidación de cesantías.

## 7. COSTAS

En cuanto a las **costas**, no hay lugar a su condena, de conformidad con lo previsto en el numeral 5° del Artículo 365 del C.G.P.<sup>20</sup>, en consideración a que las pretensiones prosperaron parcialmente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 5 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

<sup>20</sup> C. G. P. Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:(...)

1. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. (...).



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad parcial de la Resolución N° 007116 del 14 de octubre de 2016, mediante el cual se reconoció la cesantía definitiva al docente **ADRIANO COCONUBO COCONUBO**, en tanto dejó de incluir la prima de servicio como factor salarial para la liquidación de la cesantía definitiva.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reajustar en debida forma, reconocer y pagar la liquidación de la cesantía definitiva al señor **ADRIANO COCONUBO COCONUBO** con la inclusión del factor salarial de prima de servicio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Condenar a la entidad demandada, a pagar la indexación de la suma que arroje el ajuste de la liquidación de la cesantía del demandante con la inclusión de la prima de servicios, conforme a lo dispuesto en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$\begin{array}{c} \text{Índice Final} \\ R=Rh \text{ -----} \\ \text{Índice Inicial} \end{array}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de ésta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

**CUARTO:** Las cantidades líquidas que se reconozca como consecuencia de la condena devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia como lo prevé el inciso 3° del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.



*Demandante: Adriano Coconubo Coconubo.  
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro.  
Expediente: 150012333000201700164-00.  
Nulidad y Restablecimiento del Derecho.*

**QUINTO:** NEGAR las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo indicado.

**SEXTO:** Sin condena en costas en ésta instancia.

**SÉPTIMO:** En firme la presente providencia, **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

*[Handwritten signature]*  
**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
Magistrado

*[Handwritten signature]*  
**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**  
Magistrado

*[Handwritten signature]*  
**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**  
Magistrado

*HOJA DE FIRMAS*

*Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: Adriano Coconubo Coconubo  
Demandado: Nación - Ministerio de Educación- FOMAG  
Expediente: 150012333000201700164-00*

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ  
NOTIFICACION POR ESTADO  
El auto anterior se notifica por estado  
No. 072 de hoy 10 2 MAY 2019  
EL SECRETARIO