



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Tercera de Decisión-

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

REFERENCIA:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO:	70-001-33-33-008-2015-00210-01
DEMANDANTE:	EDITH BOHORQUEZ ARRIETA
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el día 31 de agosto de 2017, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual resolvió conceder parcialmente las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

a. La demanda.¹

La demandante **pretende** mediante el presente medio de control, que se declara la nulidad del acto administrativo SED-LAPF 700.11.03 de fecha 22 de julio de 2015, expedido por la Secretaría de Educación Departamental de Sucre en representación del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el cual se le niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

¹ Folio 1 a 11 cuaderno principal

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se condene al ente demandado al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, con ocasión de la tardanza generada en el pago de las cesantías parciales reconocida en Resolución No. 0627 del 14 de junio de 2012, de conformidad con la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario diario por cada día de retardo.

Asimismo, se condene a la entidad al pago de intereses moratorios que se generen desde la ejecutoria de la sentencia, y se le condene en costas procesales.

Como **fundamentos fácticos**, se afirmó en la demanda que:

La señora EDITH BOHORQUEZ ARRIETA, es docente oficial afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG en adelante. El día 18 de abril de 2012, radicó ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, petición con el objeto que se le reconociera el retiro y pago de las cesantías parciales, siendo resuelta de manera favorable mediante Resolución No. 0627 del 14 de junio de 2012.

Como consecuencia, el FOMAG a través de la fiducia que la administra sus recursos, hizo efectivo el pago de las cesantías parciales ordenada en la Resolución No. 0627 de 2012, solo hasta el día 28 de septiembre de 2012.

Para la actora, el FOMAG incurrió en mora en el pago de las cesantías parciales, puesto que conforme la Ley 1071 de 2006 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicho pago debió hacerse dentro de los sesenta y cinco (65) días siguientes a la radicación de la petición de reconocimiento del derecho, por lo que tenía hasta el día 3 de agosto de 2012 para efectuar el desembolso, el cual solo ocurrió el día 28 de septiembre de 2012, esto es, cincuenta (55) días después del plazo máximo previsto para tal fin.

Así que, conforme la Ley 1071 de 2006, cuando la entidad incurra en mora en el pago de las cesantías parciales, se configura la sanción moratoria a favor del empleado que equivale a un día de salario por cada día de retardo. Por tanto, para el caso, al haber retardo en el pago de las cesantías parciales, se configura la mencionada sanción, que equivale

a cinco (55) días de salario, liquidada con base en la asignación mensual devengada al momento de incurrir en mora el FOMAG.

En sentido, la demandante elevó petición ante la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, el día 3 de junio de 2015, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, por pago extemporáneo de las cesantías parciales. La anterior, fue resuelta mediante Oficio N° SED-LAPF 700.11.03 de julio 22 de 2015, negando la sanción pretendida.

Como **normas violadas**, la parte actora en su demanda, señaló como infringidos los artículos 1, 23, 25 y 53 de la C. P., Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y artículos 5 y 6 de la Ley 1071 de 2006.

En el **concepto de la violación**, explicó que la sanción moratoria de que trata las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, se concibe con un castigo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de las mencionadas normas.

Sostuvo que aquella sanción moratoria, se contabiliza a partir del día sesenta y cinco (65) al cual se presentó la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, finalizando el día en que se verifique el efectivo pago de aquella prestación. Por tanto, con base a esto, se observa que la cesantías parciales fueron canceladas mucho tiempo después del término señalado, luego entonces, el acto demandado infringe las disposiciones contenidas en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, aplicables a los docentes del sector oficial.

b. Contestación de la demanda².

El **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**, a través de apoderada judicial contestó la demanda, señalando que la pretensión solicitada, no está ajustada a derecho, porque desconoce el ordenamiento jurídico de manera integral.

² Folios 44 a 55 cuaderno de primera instancia.

Afirmó que si bien esta entidad tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, existe un trámite ante las Secretarías de Educación y una sociedad fiduciaria que se encarga de la administración de los recursos del fondo, que para este caso es la FIDUPREVISORA S.A, la cual atendiendo la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y de Crédito Público, no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías.

Para el caso específico de los docentes señala que las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento indicado en la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye un procedimiento especial, por lo tanto no se puede extender la aplicación de una sanción que no está prevista en la norma que regula la prestación de cesantías en el régimen docente.

De conformidad con lo anterior, concluyó que no le asiste derecho a la actora al pago de la sanción moratoria pretendida, porque en las disposiciones que regulan el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al fondo de prestaciones, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno, por lo que dicho pago está sujeto a la condición suspensiva de disponibilidad presupuestal.

Se opuso en consecuencia a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, buena fe, pago, cobro de lo no debido y la excepción genérica o innominada.

c. La sentencia apelada³.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia escrita el día 31 de agosto de 2017, en la cual accedió a las súplicas de la demanda, aduciendo que conforme a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y los pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Sucre, los docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento a los requisitos legales, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías prevista en las Leyes 244 y 1071 de 2006, respectivamente.

3 Folios 97 a 106 cuaderno de primera instancia.

En ese sentido, manifestó que observado el caso concreto, *"partiendo de la presentación de la solicitud de liquidación parcial de cesantías que fue el 18 de abril de 2012, la entidad contaba con 30 días hábiles para expedir el acto administrativo de reconocimiento (término integrado por los 15 días que establece la Ley 1071 de 2006 y 15 días para la aprobación ante la Fiducia que establece el Decreto 2831 de 2005), es decir, que la entidad tenía plazo para expedir la Resolución de reconocimiento el día 1º de junio de 2012; sin embargo la expidió el día 14 de junio de 2012, por lo que a partir del 4 de junio de 2012, contaba con 5 días para efectuar la notificación personal, que vencían el 8 de junio de 2012, y posterior a dicho término, se procede a contar el término de ejecutoria que es de 5 días como se señaló arriba, que se agotan el día 19 de junio de 2012, y a partir del día siguiente, es decir del 20 de junio de 2012, se inicia el término de los 45 días hábiles para efectuar el pago de forma oportuna (...), los cuales vencieron el día 27 de agosto de 2012."*

Seguidamente, dijo *"siendo que el pago de las cesantías parciales debió efectuarse a más tardar el día 27 de agosto de 2012 y solo hasta el día 3 de septiembre de 2012 se realizó el mismo, se ocasionó una mora de 6 días, y no de 65 días como alega la parte demandante. Sanción moratoria que deberá liquidarse conforme al salario que devengaba la actora al momento de ocasionarse la misma, es decir, agosto de 2012."*

Por tales consideraciones, concluyó que el acto demandado es nulo, condenado a la entidad demandada al pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías parciales, según los lineamientos expuestos en antecedencia.

d. El recurso de apelación⁴.

La parte demandada inconforme con la sentencia de primera instancia, formuló recurso de apelación solicitando su revocatoria, con fundamento en lo siguiente.

Expresó que es fundamental entender que la disponibilidad presupuestal de la FIDUPREVISORA S.A. es esencial, pues es a partir de esta que se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo al estricto turno de

⁴ Folios 110 a 116 cuaderno de primera instancia.

radicación. Razón por la cual no puede endilgarse negligencia alguna a los demandados porque solo siguen los trámites de procedimiento que establecen los lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal, que se llevó a cabo adecuadamente, y en atención al principio de igualdad.

Indicó que las reclamaciones de cesantías se rigen por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, que constituye el procedimiento especial aplicable, por lo que no se puede hacer extensiva la aplicación de una sanción establecida en una norma general, a saber, la Ley 1071 de 2006, para un procedimiento regulado por una norma especial.

Señaló que no fue analizado por el Despacho el hecho de que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad demandada, como quiera que tanto el reconocimiento de la pretensión como la negación del pago de la sanción moratoria se realizó por parte de la Secretaria de Educación y no contiene la manifestación de la voluntad del Ministerio de Educación Nacional- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, que consiste en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a atender las prestaciones que los entes territoriales reconocen a su planta de docentes, por lo tanto, el reconocimiento de la prestación no está a cargo de la entidad demandada atribuyéndose de esta forma falta de competencia del Ministerio de Educación Nacional, pues este no interviene en el reconocimiento ni en el trámite de pago de la prestación, razón por la cual no le asiste legitimación para ser parte como demandada en este proceso, ya que el acto del que se solicita la declaración de nulidad no fue emitido por él, ni en virtud de delegación, ni de la desconcentración de funciones, toda vez que la competencia radica legalmente en las entidades territoriales empleadoras.

e. El trámite en segunda instancia.

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 10 de julio de 2018 (F. 4, c. 2). Con proveído del 22 de agosto de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F. 12, c. 2), término dentro del cual no se pronunciaron las partes procesales.

Asimismo, el Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

a. La competencia.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

b. Problema jurídico.

Para resolver la presente alzada, dentro de los límites de competencia previsto en los artículos 320 y 328 del CGP, la Sala deberá establecer, si a la demandante en su condición de docente afiliada al FNPSM, le son aplicables las prerrogativas que regulan la sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías parciales, contempladas en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

c. Marco legal de la sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de cesantías de los servidores públicos.

El ordenamiento legal prevé una sanción a cargo de la administración – nominadora, por la mora en el evento en que realice el pago de las cesantías, bien sea de carácter definitivas o parciales, por fuera del término legal estipulado para ello.

Al efecto, términos para el pago oportuno de las cesantías parciales, y las consecuencias económicas en contra del empleador por no pagarlas en el debido tiempo, se encuentran regulados en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, "*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*", disponiendo:

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

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

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

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

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

De lo anterior, en consonancia con la jurisprudencia que el H. Consejo de Estado⁵ sobre la materia, se infiere que la sanción por mora equivale a un día de salario por cada día de retardo, a favor de los servidores públicos y en contra del nominador incumplido.

A su vez, conforme la misma jurisprudencia, esta mora inicia una vez hayan transcurrido o superado sesenta y cinco (65) días hábiles después de la presentación de la solicitud de pago de las cesantías ante la administración, y culmina hasta que se verifique su efectivo pago. Esta premisa, es desarrollada por el H. Consejo de Estado, al referirse sobre el término consagrado en la Ley 244 de 1995, el cual fue ratificado en la ley 1071 de 2006, en los siguientes términos⁶:

⁵ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sentencia del 27 de marzo de 2007. C. P., Jesús María Lemos Bustamante. Actor José Bolívar Caicedo Ruiz. Exp. No. 200002513 01. // Sección Segunda. Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013). Radicación número: 08001-23-31-000-2007-0021001(2664-11). Actor: José Luis Acuña Henríquez. // Sección Segunda. Subsección "B". Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación Número: 05001-23-31-000-2004-03719-01(0222-11). Actor: Juan Darío Ángel Campuzano. Demandado: Instituto Cejeño de la Recreación y el Deporte. // Subsección "B". Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación Número: 23001-23-31-000-200700214-01(0210-11). Actor: Nayibe del Socorro Assis Contreras. Demandado: E.S.E. Camu Prado de Cerete.// Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación: No. 080012331000200401499 01. Expediente: No. 1274-2010. Actor: Humberto Mariano Ferrer.

⁶ C.E. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2007. C. P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Actor José Bolívar Caicedo Ruiz. Exp. No. 200002513 01.

"(...) conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarreen perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria."

Debe aclararse que los cinco (5) días de ejecutoria a los que hace referencia la jurisprudencia citada, es para aquellas solicitudes presentadas en vigencia del Código Contencioso Administrativo, en tanto que las peticiones radicadas con posterioridad al de 2 de julio de 2012 - fecha en la que entró en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - el término de ejecutoria que debe contabilizarse es de 10 días.

Siendo así, el empleador que no responda y pague de manera efectiva las solicitudes de retiro de cesantías parciales, e inclusive las definitivas, dentro del plazo previsto en los artículo 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006, debe soportar a sus costas, el pago a favor del servidor, una sanción por mora que equivale de un día de salario por cada día de retardo, contabilizados desde el vencimiento de los sesenta y cinco (65) días⁷ O setenta (70) días⁸, según sea el caso, hasta que efectúe el efectivo pago de las cesantías.

⁷ Siempre que se trate que la petición hubiese sido radicada en vigencia del CCA.

⁸ Atendiendo que la petición se presenta en vigencia del CPACA.

d. Sanción moratoria por no pago oportuna de las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG.

Inicialmente, debe decirse que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, estipularon expresamente el ámbito de aplicación de las previsiones que se consagran en ellas, concretamente, en lo atinente a los términos para el pago de las cesantías y la sanción que se genera cuando no se cumplen con los plazos establecidos para su pago, encontrándose en ese ámbito todos los servidores públicos, sin que se haga mención a los docentes afiliados al FOMAG.

No obstante, la Corporación considera que es plausible la aplicabilidad de estas normas a los mencionados docentes, bajo el argumento de que si bien en virtud al principio de especialidad en la aplicación de la normas, se concluiría que a los docentes no le es aplicable la Ley 1071 de 2006, toda vez que para ellos aplica un régimen especial de prestaciones sociales, contenido en la Ley 91 de 1989, lo cierto es que tal como lo ha retirado en su jurisprudencia el H. Consejo de Estado, el principio de especialidad solo debe aplicarse *"en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general; lo contrario implicaría que una prerrogativa conferida por una Ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad"*⁹.

En efecto, el régimen prestacional de los docentes, previsto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁰, no prevé un término en el cual debe surtir

⁹ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A." "Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., 8 de mayo de 2008. Radicación número: 76001-2331-000-2003-04045-01(1371-07) Actor: Maricela López Villabuena.

¹⁰ ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan

el pago de las cesantías reconocidas, como menos se indica las consecuencias adversas al empleador derivadas del no pago de tal prestación social. Sin embargo, tal situación no debe ir en perjuicio de los derechos prestacionales de los educadores oficiales, pues la ausencia de normativa expresa sobre los plazos para los pagos de sus cesantías, no impide que por analogía o en virtud del principio de condición más beneficiosa, sea posible aplicar las normas generales sobre esta materia prevista para los demás empleados públicos del Estado, sin que sea admisible excluir la aplicabilidad de estas preceptivas a los docentes bajo el pretexto que éstos ostentan un régimen especial que no regula esta situación, por lo que no les son aplicables las premisas sobre oportunidad de pago de cesantías y las sanciones derivadas de su extemporaneidad.

Esta discusión sobre la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, al sector oficial docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo que respecta a la sanción originada por la mora en el pago de las cesantías definitivas y/o parciales, ha sido zanjada por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado, donde se afirma de manera categórica, luego de razonar sobre la calidad de los docentes oficiales al interior de la estructura del Estado, que sí se encuentran cobijados por las normas mencionadas, no existiendo justificación razonable para excluirlos de sus efectos, pese a que no están expresamente señalado como destinatarios de las mismas.

Así pues, primeramente, fue la H. Corte Constitucional en sentencia SU – 336 de mayo 18 de 2017, quien concluyó tal argumento, que por su pertinencia y relevancia para el caso, se transcribe de la siguiente manera:

"9. Conclusiones

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

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

al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."

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

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

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

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

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.

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

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

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

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecuaba mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos

constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

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

9.3. Con los elementos de juicio explicados en los capítulos precedentes, entrará la Sala Plena a evaluar el caso concreto.”

Por su parte, la Sala Plena de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación¹¹, sentó las reglas jurisprudenciales en materia de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías definitivas y/o parciales, regulada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, a favor de los docentes oficiales, afirmando que dichas preceptivas sí aplicas a éstos, dado que están inmersos dentro de la categoría de servidores públicos¹², conclusión a la que llegó luego de analizar aspectos como: (i) el servicio público esencial de la educación en la comunidad; (ii) el encuadramiento de los docentes dentro de la estructura orgánica del Estado; y (iii) la forma de vinculación, asenso y retiro en la carrera docente.

Por la importancia para el caso, se trae colación el pronunciamiento frente a este punto, así:

"(...)

3.1.5. Conclusión

77. De acuerdo con lo señalado, la Sala de Sección concluye en primer lugar, que conforme a la soberanía que reside en el pueblo y del cual emana el poder público, cuya manifestación se materializó a través de la Constitución Política¹³, no puede existir ninguna categoría jurídica de empleado público que no se origine en la norma superior.

78. En segundo lugar, es preciso señalar que dado el criterio finalista tenido en cuenta por la Asamblea Nacional Constituyente al establecer el artículo 123 de la Constitución Política, se consideró que dentro de la categoría de servidores

¹¹ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018, de fecha 18 de julio de 2018, expediente 73001-23-33-000-2014-00580-01, radicado interno 4961-2015, C. P. Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

¹² Contrario a la Sentencia SU 336 de mayo 18 de 2017, quien dijo que los docentes oficiales no son servidores públicos, sino empleados oficiales del régimen especial, que por la naturaleza del cargo, se asimilan a los servidores públicos, luego entonces, se les aplican las prerrogativas de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías.

¹³ «Artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.»

*públicos se encontraban quienes prestaran sus servicios a la comunidad y por ende, ejercieran una función pública de forma permanente. Al respecto, según se expuso, los docentes oficiales prestan un **servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general**.*

*79. Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central – la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la **descentralización** administrativa, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado.*

*80. Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la **carrera administrativa** prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.*

*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 oficiales¹⁴, 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 1995¹⁵ y 1071 de 2006¹⁶, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.***

(...)

193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

¹⁴ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

¹⁵ «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.»

¹⁶ «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.»

3.5.1 Unificar jurisprudencia en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

(...)”

Así las cosas, es prolija la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, en cuanto al derecho que tiene los docentes afiliados al FOMAG, de reconocerle en su favor, si se causare bajo las previsiones de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, una sanción con cargo al empleador equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por no pago oportuno de las cesantías.

De otro lado, en cuanto al responsable del reconocimiento y pago de esta sanción moratoria, a favor de los docentes oficiales, se tiene que en virtud del artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 3752 de 2003, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio representado por el Ministerio de Educación Nacional, el pago tanto de las cesantías de aquellos servidores como de las sanciones derivadas por el no pago oportuno de éstas, sin que la Secretaría de Educación certificada tenga responsabilidad alguna, dado que su competencia en este escenario es el trámite para encausar todas las solicitudes dirigidas al fondo, quien actúa en nombre de ella en esos eventos, pero su representación esta en cabeza de la Cartera de Educación Nacional.

Vertido lo anterior, pasa la Sala a resolver el fondo del caso, ateniéndose estrictamente a los argumentos que se duele la entidad apelante en el recurso de alzada, ello de conformidad con los artículos 320 y 328 del CGP.

e. Solución del caso.

Abordando el *sub examine* la Sala centrará su atención en los dos aspectos objeto de apelación por parte de la entidad demandada. El primero, apunta la inaplicabilidad de las normas que regulan la sanción moratorio por no pago oportuno de cesantías definitivas y/o parciales, a los docentes oficiales, dado el régimen especial al que se encuentran sometidos, regulados por reglas propias para el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, previstos en la Ley 91 de 1989, Ley 962 de

2005, y especialmente, en el Decreto 2831 de 2005. Segundo, referido a que no le asiste legitimación ni responsabilidad en el pago de la sanción moratoria en comento.

Pues bien, siendo éstos los puntos de discordia de la entidad apelante contra la sentencia en alzada, de acuerdo con las razones expuestas en antecedencia, se advierte sin lugar ambages, que los docentes del sector oficial, como es el caso de la demandante, sí tienen derecho a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por el Ministerio de Educación Nacional, pague la sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de las cesantías definitivas o parciales, consistente en un día de salario por cada día de retardo, a los docentes que soliciten tal derecho cuyo pago se hizo por fuera del término legal, como sucedió en el presente caso. Siendo así, frente a esta arista de la apelación, la Sala la declara infundada en vista que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado es coincidente en decir que dicha institución sí tiene aplicabilidad en los docentes afiliados al FOMAG.

Cabe resaltar, que la Sala no entrará a detallar el término de mora como quiera que dicho punto no fue objeto de reproche en el recurso de apelación, limitándose la Corporación en esta oportunidad, a pronunciarse únicamente en lo desfavorable a la entidad demandada expuesto en el recurso de alzada, sin ir en desmedro al principio de *no reformatio in pejus*.

De otro lado, debe advertirse que las Secretarías de Educación debidamente certificadas, por mandato de la delegación establecida en el artículo 57 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, tienen competencia para efectos de tramitar las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de docentes del magisterio, en nombre de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, entidad que a su vez tiene la representación del FOMAG por expresa disposición de la Ley 91 de 1989, de ahí que deba entenderse que tales secretarías cumplen la misión de adelantar el trámite especial previsto para este tipo de situaciones de los docentes, y no de representación del FOMAG.

Luego entonces, se desecha el cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional expuesto en el recurso de apelación, relativo que no es responsable del pago de la sanción moratoria, por cuanto no fue la

autoridad que expidió el acto demandado, pues, claramente pese a que la Secretaría de Educación Departamental de Sucre suscribió el acto demandado, no lo hizo en su nombre sino como la encargada de atender las solicitudes de pago de prestaciones sociales en representación del FOMAG como lo dispone en el Decreto 2381 de 2005, siendo éste a través de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, el responsable de las prestaciones sociales y las sanciones de ellas derivadas, como la sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías.

Así las cosas, la Sala en respuesta al planteamiento jurídico, estima que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales, prevista en la Ley 1071 de 2006.

En consecuencia, se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo.

f. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante, y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de agosto de 2018, por el **Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo**, en consideración a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 39.

Notifíquese y cúmplase,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

Magistrado ponente

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado

ANDRÉS MEDINA PINEDA

Magistrado