



13001-3333-005-2016-00069-02

Cartagena de Indias D. T y C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-3333-005-2016-00069-02
Demandante	ANDRES RAFAEL BARRETO LOZANO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
Actuación	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
Tema	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintisiete (27) de marzo de (2017) proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

La parte actora por conducto de apoderada judicial pretende en síntesis:

De la Nulidad.

- 1.1. Que se declare la nulidad del oficio 2015 RE 1839 del 12 de mayo de 2015, frente a la petición presentada el día 23 de abril de 2015, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
- 1.2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague la Sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud



13001-3333-005-2016-00069-02

de las cesantías ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Del restablecimiento del derecho.

- 1.3.** Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – (vinculado el Distrito de Cartagena de Indias – Secretaría de educación Distrital del Cartagena de Indias, por tener interés en las resultas del proceso), a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. HECHOS.

2.1. El señor Andrés Rafael Barreto Lozano en calidad de accionante por conducto de apoderado judicial señala que laboró como docente en los servicios educativos estatales. Por este vínculo laboral solicitó el día 03 de octubre de 2012, el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho.

2.2 Por medio de la Resolución 5327 del 24 de julio de 2013, le fue reconocida las cesantías solicitadas, las cuales fueron canceladas el día 18 de noviembre de 2013, por intermedio de entidad bancaria.

2.3 Por lo anterior, el accionante indicó que solicitó la cesantía el día 03 de octubre de 2012, siendo el plazo para cancelarlas el día 10 de enero de 2013, pero se realizó el día 18 de noviembre de 2012, por lo que transcurrieron 307 días de mora contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelar las cesantías hasta el momento en que se efectuó el pago.

2.3 Con fecha 23 de abril de 2015, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías solicitadas a la entidad convocada y ésta resolvió negativamente las pretensiones invocadas, situación que conllevó de conformidad con el procedimiento administrativo a solicitarle a la Procuraduría la fijación de la audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos y sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible y por ello se adelanta el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.





13001-3333-005-2016-00069-02

3. Normas violadas y concepto de la violación.

El accionante por intermedio de apoderada judicial adujo que la expedición del acto administrativo ficto o presunto, desconoció la Ley 91 de 1989, la Ley 244 de 1995, Ley 344 de 1996 y el Decreto 3752 de 2003.

4. La contestación.

La parte accionada contestó lo siguiente:

"(...) El acto acusado no viola las disposiciones invocadas por la actora y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse. Las Prestaciones Sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, se encuentran reguladas por una norma de carácter especial, y no es posible incluirle sanciones fuera de su ámbito normativo. Además, el pago se encuentra sujeto al turno y la disponibilidad según lleguen las solicitudes, como se sustenta en las sentencias C 314 de 1998 y C 552 de 1998; en el caso de configurarse mora que sea a partir del día sesenta y uno (61) reconocer intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada.

No existió omisión, ni violación a derecho alguno en lo que expone el demandante, toda vez que a la docente se le pagó sus prestaciones sociales conforme a derecho.

Me opongo a todas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que avalen su prosperidad ya que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actúan conforme a las políticas expuestas por la misma ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, razón por la cual la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006 por la cual se adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, solo procede respecto de los plazos para trámite de las prestaciones económicas.

Frente a la solicitud de condenas para la Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actúan conforme a las políticas expuestas por la misma Ley especial de prestaciones e igualmente de acuerdo a los parámetros expuestos por el Consejo Directivo del Fondo, como máxima autoridad encargada de proferir los procedimientos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, razón por la cual la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006 por la cual se adición y modificó la Ley 244 de 1995, solo procede respecto de los plazos para trámite de las prestaciones económicas.

Frente a la solicitud de condenas para la Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, impetrada por el demandante, solicitamos respetuosamente al Señor Juez, se DENIEGUEN en su totalidad las pretensiones de la demanda.

Con sustento en las consideraciones, antecedentes y en consecuencia lógica de esto, no procede la imposición de las CONDENAS solicitadas por la actora (...)"

5. Sentencia de primera instancia.



13001-3333-005-2016-00069-02

El a quo argumentó entre otras cosas lo siguiente, (se transcribe):

"(...) Resultando procedente la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 para los docentes a quienes, como servidores del Estado, igualmente se les debe garantizar el pago oportuno de sus cesantías, así como se garantiza a otros empleados del Estado, sin existir justificación alguna razonable para dispensar un trato diferenciado frente a los docentes a la luz del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución. Atendiendo también a que la sanción moratoria prevista en la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 garantizan que las cesantías cumplan con la finalidad que le tiene prevista el legislador desde su creación. Siendo además un derecho irrenunciable el derecho a la prestación y su finalidad, frente a cualquier otra consideración como un trámite especial que aduce la entidad demandada. Aplicando también el principio de favorabilidad del artículo 53 de la Constitución.

Por lo anterior, el Despacho despachará favorablemente las pretensiones del demandante señor Andrés Rafael Barreto Lozano, toda vez que dentro del proceso se acreditó que presentó escrito solicitando el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el día 03 de octubre de 2012, y de acuerdo a los términos perentorios previstos en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio representado por el Ministerio de Educación Nacional, contaba con 65 días hábiles para efectuar el pago (incluido el término para expedir el respectivo acto administrativo por parte de su representante territorial); plazo que vencía el 10 de enero de 2013, sin embargo, las cesantías estuvieron disponibles para pago el 18 de noviembre de 2013 tal como se observa a folio 25 del expediente – recibo de Caja de entidad bancaria BBVA, lo que permite concluir que tales cesantías parciales fueron pagadas con 307 días de retardo, pues la mora sólo corrió hasta el día anterior a dicho pago, es decir, hubo mora entre el 11 de enero y 17 de noviembre de 2013.

Decisión.

En consecuencia, teniendo en cuenta que efectivamente se incurrió en mora en pago de las cesantías parciales reconocidas al demandante, se declarará la nulidad del oficio número 2015RE1883 de fecha 12 de mayo de 2015, por estar incurrido en causal de invalidez.

A título de restablecimiento del derecho, se reconocerá el derecho del demandante a que se le reconozca y pague la sanción moratoria correspondiente a 307 días de salario de un día, teniendo en cuenta el salario devengado por el demandante en el año 2013 (enero a noviembre de 2013).

No se observa prescripción toda vez que la reclamación administrativa presentada en el 23 de abril de 2015, interrumpió el término prescriptivo, siendo presentada la demanda el 05 de octubre de 2015.

EL Despacho no atenderá las pretensiones orientadas al reajuste de las sumas con base en el IPC, atendiendo el criterio jurisprudencial expuesto por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la reciente Sentencia del 17 de noviembre de 2016, - radicación número 660001-23-33-0000-2013-00190-01, número interno 1520-2014, Magistrado Ponente William Hernández Gómez, donde se expone que "debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria". Tomando como base igualmente lo que



13001-3333-005-2016-00069-02

expuso la Corte Constitucional en la sentencia C 448 de 1996, por lo que hacer dicho reconocimiento de la indexación y la sanción moratoria implicaría doble sanción.

Así las cosas, bajo el criterio jurisprudencial expuesto, el Despacho rectifica su posición y no hará reconocimiento de indexación,

Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA (...)."

6. Recurso de apelación.

La parte accionante, por haberle el Juez de Primera Instancia negado sus pretensiones, interpuso recurso de apelación aduciendo lo siguiente:

"(...) Se procede equivocadamente a sancionar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo al artículo 181 de la Ley 1769 de 2015, quien carece de competencia y facultades para variar algún derecho que ha sido reconocido directamente por el respectivo ente territorial, es precisamente este último, a través de su Secretaría de Educación, el encargado de comparecer al proceso, por ostentar y ejercer actualmente la potestad nominadora, la administración de las Instituciones Educativas y del personal docente y administrativo objeto de la demanda, por medio del cual se procedió a decidir la vacancia definitiva del cargo que venía desempeñando.

Por último, 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 Secretaría de Educación y no contiene la manifestación de la voluntad del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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 de la prestación no están 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 del pago de la prestación, razón por la cual no le asiste legitimación para 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 empleadoras.

Petición

Atendiendo a la sindéresis de la argumentación jurídica anteriormente esgrimida solicito, muy comedidamente, que se revoque la sentencia proferida en primera instancia dentro del proceso de la referencia, y en consecuencia se exonere de cualquier responsabilidad a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – La Fiduprevisora S.A".

7. Trámite procesal segunda instancia.

Mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2017, (folio 184, cuaderno de segunda instancia), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada contra la sentencia del 27 de marzo de 2017, y por auto de fecha 23 de enero de 2018, se ordenó correr traslado a las partes por el



13001-3333-005-2016-00069-02

término común de diez (10) días para que presenten por escrito sus alegatos de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

6. Concepto del ministerio público

En esta oportunidad, el Representante del Ministerio Público no emitió concepto.

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia sobre las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos de este circuito judicial.

2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

"Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los





13001-3333-005-2016-00069-02

planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quocantum appellatum*".

3. Problemas jurídicos.

Siguiendo la misma línea del Consejo de Estado en sentencia 00181 de 2018¹, se formularán para el caso *sub examine* los siguientes problemas jurídicos:

i). ¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?

ii). ¿Le asiste derecho a la parte accionante al pago de la sanción moratoria por la consignación inoportuna de las cesantías que solicitó el 03 de octubre de 2012 y que fueron pagadas el 18 de noviembre de 2013?

En el evento de reconocerse el derecho a la sanción moratoria a la parte accionante, deberá determinarse posteriormente lo siguiente:

iv). ¿Operó la prescripción trienal para el caso *sub júdice*?

4. Tesis.

Esta Corporación Judicial modificará la decisión de primera instancia, puesto que la parte accionante tiene derecho a un total de 304 días salario por concepto de sanción moratoria con fundamento en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, más no de 307 días como lo calculó el *a quo*, dado que la entidad accionada no consignó oportunamente las cesantías definitivas dentro de los (70²) días hábiles siguientes a la solicitud de la señalada prestación social.

5. Marco Jurídico aplicable al caso.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A" Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

² Para el caso *sub examine*, deberán contabilizarse 70 días hábiles y no 65 días, por cuanto la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías se presentó con posterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, es decir, después del 2 de julio de 2012, esto es el 3 de octubre de 2012. Lo anterior con fundamento en que adicionalmente a los 15 días para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, se debe sumar el tiempo de ejecutoria del acto, esto es: i) 5 días si la solicitud ante la administración se radicó en vigencia del CCA^o, ii) 10 días si se presentó en vigencia del CPACA. Consejo de Estado. Sentencia 00188 de 2018.



13001-3333-005-2016-00069-02

- **Auxilio de cesantías.**

La prestación social del auxilio de cesantías fue consagrada por la Ley con el propósito de amparar al empleado cuando se halle cesante o desempleado. Esta prestación está a cargo del empleador, quien tiene la obligación de reconocerlas al empleado al finalizar la relación laboral, en caso que no hayan sido depositadas en un fondo privado.

Aunado a lo expuesto, este auxilio se constituye en un ahorro disponible para los eventos en los que el trabajador requiere invertir en educación, vivienda o desempleo.

En este sentido, en la actualidad perviven las siguientes normas jurídicas que regulan las cesantías:

- El literal f del artículo 12 de La Ley 6 de 1945 consagró a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el literal a) del artículo 17 *ibídem* estableció que ese auxilio se reconocería con destino a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.
- El Decreto 1160 de 1947 «sobre auxilio de cesantías», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos para la administración de sus recursos, fijó los siguientes:

«pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»⁸, y «proteger dicho auxilio contra la depreciación monetaria»⁹,

Con tales finalidades, el artículo 3 del Decreto 3118 de 1968 determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; así mismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.



13001-3333-005-2016-00069-02

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibídem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el objetivo de administrar de manera eficiente las cesantías¹⁰, y dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo¹¹. Además, en los artículos 11 y 12 *ibídem*, fijó a favor de sus afiliados un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

En el evento en que el empleador no consigne dentro del término de ley las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, el artículo 6° *ibídem* dispone que el FNA tendrá derecho a cobrar a su favor intereses por mora, tal y como sigue:

“ARTÍCULO 6°.- Tránsito de cesantías de servidores públicos. En la fecha establecida para efectuar las consignaciones de los aportes a los sistemas general de pensiones y de seguridad social en salud, las entidades públicas empleadoras deberán transferir al Fondo Nacional de Ahorro una doceava parte de los factores de salarios que sean base para liquidar las cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior para los servidores públicos afiliados.

El incumplimiento de la obligación aquí establecida dará derecho al Fondo para cobrar a su favor intereses moratorios mensuales, equivalentes al doble del interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria, sobre las sumas respectivas para todo el tiempo de la mora”.

Mensualmente, las entidades públicas empleadoras enviarán al Fondo Nacional de Ahorro una certificación que contenga el valor total de los factores salariales que constituyan base para liquidar cesantías, devengados en el mes inmediatamente anterior.

Los funcionarios competentes de las entidades públicas empleadoras, que sin justa causa no hagan oportunamente las consignaciones de los aportes mensuales o el envío de los reportes anuales de cesantías debidamente diligenciados, incurrirán en causal de mala conducta que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente.

En todo caso, se debe señalar que la Ley 344 de 1996 «por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones», dio un paso





13001-3333-005-2016-00069-02

adicional encaminado a ampliar la cobertura del sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para la generalidad de los servidores públicos, al consagrar, en su artículo 13, lo siguiente:

ARTÍCULO 13.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, **a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:**

"a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo; (negrilla de la Sala)".

La norma vigente a la fecha de expedición de la previamente citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

ARTÍCULO 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

4. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

Finalmente, es necesario indicar que el Decreto 1582 de 1998 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, y precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, la Ley 432 de 1998, en sus artículos 5 y siguientes. Así lo determinó:

ARTÍCULO 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del



13001-3333-005-2016-00069-02

mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998. (Se resalta).

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de 1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores¹³.

La Ley 244 de 1995 «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» en su artículo 1 estableció el término de quince (15) días para que la administración expida el acto de reconocimiento de cesantías definitivas de los servidores públicos, que han de contarse desde la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido, en todo caso, determinó que en el evento de que la solicitud esté incompleta, el empleador debe manifestarlo así al peticionario, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen, pueda proferir el acto que reconozca la prestación, en el término inicialmente indicado.

Conforme a todo lo expuesto, entonces se definen tres regímenes distintos de liquidación de cesantías para el sector público, a saber:

- El Sistema retroactivo, donde 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.
- De liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados fondos de cesantías creados por la Ley 50 de 1990, que incluye el pago de intereses al trabajador por parte del empleador y cobija a las personas vinculadas a éstos a partir del 31 de diciembre de 1996, en los términos del Decreto 1582 de 1998.
- El Sistema del Fondo Nacional de Ahorro, el cual 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 educación³.
- **La sanción moratoria para los docentes.**

³ Tomado de la sentencia fechada 19 de julio de 2007, proferida por la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, dentro del expediente N° 9228-05, en la cual fue Consejero Ponente el Dr. Jaime Moreno García.



13001-3333-005-2016-00069-02

La Corte Constitucional en Sentencia SU 336 del año 17, se pronunció respecto a la sanción moratoria de docente de la siguiente manera:

“8.2.3. En virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se debe dar aplicación al criterio de la condición que resulte más beneficiosa al trabajador o beneficiario de la seguridad social.

8.2.3.1. Desde siempre, esta Corporación ha señalado que la implementación de regímenes específicos a favor de ciertos sectores no vulnera el derecho a la igualdad con respecto a aquellos que están sujetos al régimen general. Sobre el particular, ha sostenido que el legislador puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de pensionados, siempre que tales regímenes se dirijan a la protección de bienes o derechos constitucionalmente protegidos y no resulten discriminatorios.

En el mismo sentido, ha explicado que es razonable excluir del régimen general de seguridad social a aquellos sectores de trabajadores y pensionados que, gracias a sus reivindicaciones laborales, han obtenido beneficios mayores a los mínimos constitucional y legalmente protegidos en el régimen general. No obstante, si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.

8.2.3.2. Para el reconocimiento del auxilio de cesantía establecido a favor de los docentes oficiales se implementó el régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, el cual, a pesar de consagrar esta prestación, así como otros beneficios sociales, no estipuló lo concerniente a la sanción por la mora en el pago de la misma.

La creación de regímenes especiales para ciertos sectores tienden a otorgar mayores beneficios y ser más favorables que los establecidos en el régimen general; sin embargo, la Ley 91 de 1989 no pareciera ser más garantista, en lo que concierne al pago de la sanción moratoria. Al evidenciar esta circunstancia, la Sala reafirma que por tratarse de un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, con base en la voluntad misma del legislador, en aplicación de los postulados constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación y a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, a los docentes oficiales 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 a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas. Esta resulta ser la condición más beneficiosa para los trabajadores docentes del sector oficial y, en esa medida, se adecue mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

8.2.4. La aplicación del régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, a los docentes oficiales, se adecúa a los postulados constitucionales.

La aplicación del régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, a los docentes oficiales, en lo que tiene que ver con el pago de la sanción moratoria, se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes que les otorga un trato equivalente al de los empleados públicos, independientemente de que no estén catalogados de manera expresa como tales, y en la intención misma del legislador de fijar el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 para todos los funcionarios públicos y servidores



13001-3333-005-2016-00069-02

estatales de las tres ramas del poder, dentro de los cuales, según lo ha entendido esta Corporación, se entienden incluidos los docentes del sector oficial en razón a sus funciones y características.

Bajo ese entendido, la aplicación de este régimen a los docentes estatales se adecúa a los postulados constitucionales, 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 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.

8.2.5. Proferir decisiones contrarias en casos que se sustentan en los mismos supuestos fácticos, vulnera el derecho a la igualdad en las decisiones judiciales y contraría el principio de seguridad jurídica.

La interpretación y aplicación del derecho es una condición necesaria para la realización del orden justo porque solo a través de la garantía de esa prerrogativa los ciudadanos pueden identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, permite o prohíbe. Si las decisiones judiciales se tornan cambiantes e inestables los individuos no podrían tener la certeza de que su caso sea resuelto de la misma forma ante situaciones similares.

La disidencia de posturas entre las distintas secciones del órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa sobre el reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías a favor de los docentes estatales desconoce el derecho a



13001-3333-005-2016-00069-02

la igualdad de aquellas personas que se encuentran en la misma situación fáctica pero que reciben un trato diverso por parte de los jueces al momento de decidir sobre el reconocimiento de dicha prestación económica. De igual forma, contraría el postulado de la seguridad jurídica que pretende irradiar de estabilidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento por parte de los operadores jurídicos.

8.2.6: La postura según la cual a los docentes oficiales les es aplicable el régimen contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, en lo que tiene que ver con el reconocimiento del pago de la sanción moratoria se acompasa con la línea fijada por la Corte Constitucional.

Es preciso recordar que esta Corporación ha señalado en sede de control abstracto 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. Sobre el particular, ha reconocido que según se desprende de su propia naturaleza y del régimen legal que les es aplicable, podrían considerarse como notas características del trabajo de los docentes oficiales: (i) el hecho de pertenecer a la rama ejecutiva y cumplir 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 Ministerio de Educación Nacional; (ii) se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento, que en consecuencia da lugar a lo que el derecho administrativo conoce como una relación legal y reglamentaria; y (iii) por esas mismas razones, los educadores estatales no podrían ser considerados trabajadores oficiales.

La Corte ha considerado, además, que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, deben ser considerados como empleados públicos. Por ello, cuando el artículo 19 de la Ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.

Bajo esa línea de argumentación se entiende que la tesis que acepta el reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías a favor de los docentes estatales con sustento el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sigue los lineamientos adoptados por la Corte Constitucional y, por tanto, está acorde con los pronunciamientos jurisprudenciales que sobre la materia ha emitido este Tribunal.

Debe anotarse que si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho que se atacan en esta oportunidad (2015) aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto (C-486 de 2016) 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). Este aspecto será abordado posteriormente en el análisis de los casos concretos."

De acuerdo con todo este contexto, la Corte⁴ concluyó que el régimen sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los

⁴. Corte Constitucional, Sentencia SU-336, May. 18/17.

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.



13001-3333-005-2016-00069-02

servidores públicos es aplicable a los docentes oficiales, por ser la condición más beneficiosa y al no estar regulada la sanción moratoria de cesantías se debe aplicar el régimen general.

El Consejo de Estado⁵, resumió en forma práctica las normas correspondientes a la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías, aplicable también a los entes territoriales, que se considera oportuno citar por ser aplicable al caso en estudio:

"En el año de 1990 se expide la ley 50, que modificó el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla. Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

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

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

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].

(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 adecúa 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).

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN sentencia del 25 de noviembre de 2010, expediente N° 25000232500020040175401 (0814 - 2009). ACTOR: ERNESTO MANZANERA JIMÉNEZ DDO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CUNDINAMARCA - TELECUNDINAMARCA EN LIQUIDACIÓN.





13001-3333-005-2016-00069-02

llamados fondos de cesantías. Las características de este régimen anualizado, se concretaron en el artículo 99 de la misma ley.

El artículo 13 de la Ley 344 de 1996, hizo extensiva la liquidación anual de las cesantías a todas las personas que se vincularán a los órganos y entidades del Estado a partir del 31 de diciembre de 1996, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo"

Posterior a la Ley 344 de 1996, y en el marco de la Ley 4a de 1992, se expidió el Decreto 1582 de 1998, para reglamentar el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, en el cual se dispuso, entre otras cosas, dispuso:

"El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 22, 102, 104 Y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 50. y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998".

(...)

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 estableció lo siguiente:

ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

213.) El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

313. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo." (Negrillas de la Sala)

Así las cosas, mientras la Ley 344 de 1996 previó el nuevo régimen anualizado de cesantías y el sistema a aplicar para las personas vinculadas con el Estado a partir de diciembre de 1996, el Decreto 1582 de 1998, fue el que trajo consigo la sanción moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto (10 de agosto de 1998).



13001-3333-005-2016-00069-02

El nuevo régimen entonces, además de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador debe hacer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, ordenó que dicho valor se consignara antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo eligiera.

La sanción moratoria, se concreta en un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador no consigna la cesantía definitiva por la anualidad o fracción correspondiente, antes del 15 de febrero como ya se señaló.

En este punto, resulta importante diferenciar las sanciones contempladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del Decreto 1582 de 1998 y la prevista en la Ley 244 de 1996, dado que cada una tiene un origen y finalidad distinta. La primera, hace referencia a la indemnización derivada de la falta de consignación por parte del patrono antes del 15 de febrero de cada año, del auxilio de cesantía que le corresponde al trabajador por el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada a 31 de diciembre, en un fondo privado. Y la segunda, por su parte, se genera frente a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación legal o reglamentaria, habida cuenta, que la entidad tiene la obligación de reconocerla y pagarla dentro de los términos señalados en la ley, so pena de incurrir en la sanción prevista en el artículo 2 párrafo, de esa norma.

Lo anterior indica, que la sanción de la Ley 50 de 1999, se aplica hasta que esté vigente la relación laboral y será pagadera hasta el momento en que el trabajador se retira del servicio, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios a que tenga derecho. A diferencia de esta, la sanción de la Ley 244 de 1996, para el pago de la cesantía definitiva, se activa cuando el funcionario solicita ante la administración su cancelación.

En conclusión, el alcance de tales sanciones es diverso, su reconocimiento no es concurrente, sino por el contrario, es excluyente.

Finalmente y frente a la indexación, debe señalarse que esta procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 dado que esta última constituye la actualización del valor de la cesantía no pagada oportunamente.

(...)"

Sobre este tema, la Ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado, previó en su artículo 56 la manera en que debe ser llevado a cabo el procedimiento de reconocimiento y pago de dichas prestaciones. Contempla la norma:

"Artículo 56. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará



13001-3333-005-2016-00069-02

mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial."

Posteriormente se expidió por el Ministerio de Educación Nacional, el Decreto 2831 de 2005 con el fin de reglamentar, entre otras normas, el artículo transcrito anteriormente, señalando al respecto:

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

ARTÍCULO 2º. Radicación de solicitudes. **Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación,** o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

ARTÍCULO 3º. Gestión, a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, **la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas,** o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaria de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente deberá:

1. **Recibir y radicar** en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas **con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,** de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. **Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento,** dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo;
4. **Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo,** de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley.
5. **Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo** Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste,



13001-3333-005-2016-00069-02

junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

...

PARAGRAFO SEGUNDO: Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria** encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, **carecerán de efectos legales** y no prestarán mérito ejecutivo.

Frente al tema del reconocimiento de cesantías a docentes por parte del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, en pronunciamiento del 25 de marzo de 2010, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, precisó:

"(...) La Ley 91 de 1989 "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los **nacionalizados**, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, **son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976** y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

El artículo 4º de esta Ley señala, que el Fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes tanto nacionales como nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de su promulgación y con observancia de lo dispuesto por su artículo 2º, que a su turno en su numeral 2º establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975 así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión o entidades que hicieran sus veces y a las cuales venía vinculado este personal.

El Parágrafo del artículo 2º de esta Ley establece, que las prestaciones sociales del personal nacionalizado, hasta la fecha de su promulgación se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.

Por su parte, el Numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: 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, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, 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.

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



13001-3333-005-2016-00069-02

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 1° 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 1° 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.

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 1° 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 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.**" (Negritillas y subrayas fuera del texto)

De lo anterior se concluye que la competencia para el reconocimiento y pago del Auxilio de Cesantías de los docentes y demás prestaciones a las que haya lugar está en cabeza del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por ende, la legitimación por pasiva le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación, pues en materia de cesantías, aun cuando el trámite se adelanta a través de la Secretaría de Educación a la cual se encuentre vinculado el docente, su reconocimiento corresponderá a dicho Fondo.

En pronunciamiento más reciente el Consejo de Estado⁶ unificó criterios en materia de sanción moratoria de docentes, en el siguiente tenor:

"PRIMERO: 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 mora en el pago de las cesantías.

⁶ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia de unificación por Importancia jurídica. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018-SUJ-012-S2. Bogotá D.C., 18 de julio de 2018. Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01. No. Interno: 4961-2015. Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandados: Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima. Asunto: Sentencia de unificación sanción moratoria por pago tardío de las cesantías – aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.



13001-3333-005-2016-00069-02

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Señalar que el efecto de la presente sentencia de unificación será retrospectivo, y por ende, aplicable de manera obligatoria los trámites pendientes de resolver en sede gubernativa y judicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiva, respetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.

Así mismo, que al reconocer un derecho, será extensible en los términos previstos en los artículos 10, 102 y 269 del CPACA."

La sanción por la mora en el pago de la cesantía solicitada por la demandante se ha calculado en los términos planteados por la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha señalado:

"(...) 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



13001-3333-005-2016-00069-02

firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria⁷".

Por último, la Corte Constitucional en Sala Plena profirió otra sentencia de unificación sobre la sanción moratoria docente, reiterando lo que señaló el Consejo de Estado en la sentencia citada previamente.

En esta sentencia de Unificación, la Corte Constitucional sostuvo que los docentes se hallan en la misma categoría de los empleados públicos y que no existía razón que justificara que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Del mismo modo aseveró:

"Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación".

La anterior interpretación no resulta incompatible con el régimen especial que regula la figura del auxilio de cesantías de los docentes porque no afecta los requisitos, términos y competencia para su reconocimiento ni afecta el derecho de los docentes a esta prestación como tampoco genera exclusiones entre los docentes del magisterio, lo cual, al parecer, si se derivaría de la interpretación según la cual solo los docentes del sector territorial tendrían derecho a esta consecuencia legal por el incumplimiento de la consignación de la prestación social del auxilio de cesantías⁸".

Así mismo se concluyó en la sentencia SU 098 de 2018 de la Suprema Corporación de la Jurisdicción Constitucional que:

"Específicamente, la Sentencia SU 336 de 2017⁹ expuso como uno de los aspectos relevantes aplicable al presente caso que "(...) El propósito del Legislador al implementar el auxilio de cesantía así como la sanción por la mora en el pago de la misma, fue garantizar los derechos a la seguridad social y al pago oportuno de las prestaciones sociales de los trabajadores, tanto del sector público como del privado, a través de la implementación de un mecanismo ágil para la cancelación de un sustento que se torna básico para aquellos y sus familias"

Cabe anotar que en este pronunciamiento se aplicó el régimen general de las cesantías de los servidores públicos, en lo que concierne a la sanción moratoria por pago tardío que contempla la Ley 244 de 1995¹⁰ modificada por la Ley 1071 de 2006¹¹ a los docentes y, en este caso, como quedó visto, se trata de aplicar el régimen general de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías que consagra la Ley 50 de 1990, el cual en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y los Decretos 1582 de 1998 y 1252 de 2000 se extendió a los servidores públicos, categoría dentro de la cual caben, como ya se expuso, los docentes como empleados públicos".

⁷ Ver C.E. Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 14 de diciembre de 2015, Rad. 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ Corte Constitucional. SU 098 de 2018. Sentencia de 17 de octubre de 2018. Radicación: expediente T-6.736.200 Consejera Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.



13001-3333-005-2016-00069-02

Por lo tanto, la razón de la decisión de dicha sentencia de unificación es aplicable a este caso pues, excluirlo, implica apartarse de la racionalidad del mismo y desconocer la interpretación que más se ajusta a los postulados constitucionales a la luz del principio de favorabilidad y la cláusula de Estado Social de Derecho¹². (Negritas fuera del texto)¹³.

En resumen, la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995 y la de la Ley 50 de 1990, es aplicable al sector docente con fundamento en el principio de la favorabilidad y para garantizar derechos constitucionales.

Prescripción Trienal en la Sanción Moratoria.

En lo concerniente a la prescripción de la sanción moratoria consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; el Consejo de Estado puntualizó que por tratarse la sanción en comento de una expresión del derecho sancionador, no puede ser imprescriptible, siendo aplicable para la sanción moratoria la prescripción regulada por el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral¹⁴.

En este orden, sobre la sanción moratoria la Suprema Corporación de esta Jurisdicción declaró lo que viene a continuación:

"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 accesorios¹⁵ a la prestación "cesantías".

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador¹⁶ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se

¹³ Corte Constitucional. SU 098 de 2018. Sentencia de 17 de octubre de 2018. Radicación: expediente T-6.736.200 Consejera Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁴ **Código de Procedimiento Laboral. Artículo 151. Prescripción.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

¹⁵ Tal indemnización no tiene el carácter de accesorio a las cesantías; como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que, en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14) del Consejo de Estado.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C 448 de 1996. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Consideró que esta sanción busca "penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora".





13001-3333-005-2016-00069-02

ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

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

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969¹⁸, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990¹⁷.

En consecuencia, el Consejo de Estado concluyó entonces en la sentencia de unificación que la sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de la prescripción trienal y que la fecha desde la cual se contabiliza es a partir del momento en que se causa la obligación – sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción¹⁸.

5. Análisis Crítico de las Pruebas.

De acuerdo con las pruebas allegadas regular y oportunamente al proceso, se consigna por cierto que el señor Andrés Rafael Barreto Lozano, laboró como docente en los servicios educativos estatales y que la asignación básica mensual para el año 2013 fue por la suma de dos millones seiscientos treinta y cuatro mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos (\$ 2.634.485). Así consta en el certificado de comprobante de pago para el año de 2013 expedido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias (**folio 26**).

Por su vínculo laboral, se constata que el actor el día 03 de octubre de 2012 solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a la que tenía derecho por el periodo comprendido entre el año 1997 a 2012, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución número 5327 del 24 de julio de 2013, (**folio 22**), consignadas a la cuenta del banco BBVA del actor el 18 de noviembre de 2013 y reclamadas por ventanilla del mencionado Banco el 22 de noviembre de 2013 (**folio 25, comprobante de pago**).

¹⁷ Consejo de Estado. Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 08001-23-31-000-2011-00628-01 y número interno 0528-14.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia 00188 de 2018. Consejero Ponente: William Hernández Gómez.





13001-3333-005-2016-00069-02

A pesar de lo anterior, el señor Andrés Rafael Barreto Lozano mediante petición de fecha 23 de abril de 2015, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de la que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 (**folio 18 y 19**). pues las cesantías no fueron reconocidas ni pagadas dentro de los (70) días hábiles siguientes a su solicitud, toda vez que desde que se cumplió el plazo de los (70¹⁹) días hasta que se hizo efectivo el pago, transcurrieron exactamente 304 días de mora; desconociendo la entidad accionada el artículo 5 *ibídem*, en tanto que debían haberse cancelado las cesantías a más tardar el 17 de enero de 2013.

Frente a la petición de reconocimiento y pago de sanción moratoria, la parte accionada se pronunció sobre la misma a través de acto administrativo de fecha 12 de mayo de 2015 y notificado al accionante el 15 de mayo de 2015 (**folio 20 y 21**).

6. Razonamientos Jurídicos del Caso en Concreto.

Con base en el marco fáctico probado, se descenderá a resolver los problemas jurídicos formulados *ab initio*:

En lo que concierne al primer problema jurídico, la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, en virtud de que el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 consagra que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serán reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre el docente²⁰.

En ese orden, en lo que respecta al segundo problema sobre si le asiste derecho a la parte accionante a la sanción moratoria, debe decirse que el

¹⁹ Para el caso sub examine, deberán contabilizarse 70 días hábiles y no 65 días, por cuanto la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías se presentó con posterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, es decir, después del 2 de julio de 2012, esto es el 3 de octubre de 2012. Lo anterior con fundamento en que adicionalmente a los 15 días para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, se debe sumar el tiempo de ejecutoria del acto, esto es: i) 5 días si la solicitud ante la administración se radicó en vigencia del CCAº, ii) 10 días si se presentó en vigencia del CPACA. Consejo de Estado. Sentencia 00188 de 2018.

²⁰ Ley 962 de 2005. Artículo 56. Racionalización de trámites en materia del fondo de prestaciones sociales del magisterio. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.



13001-3333-005-2016-00069-02

señor Barreto Lozano tiene derecho a la señalada sanción consagrada por el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por cuanto la accionada debió reconocer y pagar las cesantías solicitadas por el actor a los 70 días hábiles siguientes a la solicitud, sin embargo, la entidad accionada efectuó el pago de las cesantías por fuera de ese término.

Lo anterior en razón a que la sanción moratoria se configura una vez se acredite la no cancelación dentro del término previsto por los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006²¹, y en el caso *sub júdice* el actor solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías el día 03 de octubre de 2012 debiendo reconocer la entidad accionada mediante acto administrativo la cesantía pedida a los 15 días hábiles siguientes a la solicitud, es decir, el 25 de octubre de 2012, y efectuar el pago transcurridos los (45) días hábiles siguientes a la ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento, esto es, hasta antes del 17 de enero de 2013.

A pesar de esto, la entidad demandada se pronunció sobre la solicitud de cesantías, por medio de Resolución número 5327 de 24 de julio de 2013, pagando las mismas el 18 de noviembre de 2013 (**folios 22, 23, 24 y 25**) es decir después de haber transcurrido alrededor de (9) meses después de presentada la petición de reconocimiento y pago de cesantías, por consiguiente, pagó extemporáneamente la cesantía, lo que genera que se le imponga a la accionada la sanción de un día de salario por cada día de retardo a partir del 17 de enero de 2013, pero contados desde el 18 de enero de 2013, pues en esta fecha se causó la exigibilidad de la sanción moratoria.

En estos términos, el señor Barreto Lozano en calidad de accionante es acreedor del derecho a recibir la sanción moratoria a cargo de la

²¹ **Ley 1071 de 2006. Artículo 4°. Términos.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

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

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

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

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



13001-3333-005-2016-00069-02

accionada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sanción equivalente a un total de 304 días de salario, contados los retardos desde el 18 de enero de 2013 (fecha en la que se causó la sanción) hasta el 17 de noviembre de 2013, en tanto que el 18 de noviembre de 2013 fue la fecha en que se hizo efectivo el pago de la cesantía adeudada.

Teniendo en cuenta que la asignación básica mensual del accionante es de dos millones seiscientos treinta y cuatro mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos (\$2.634.485) para el año 2013, la entidad accionada por los 304 días de mora en la consignación de las cesantías pedidas, deberá cancelarle la suma de veintiséis millones seiscientos noventa y seis mil ciento catorce pesos (\$ 26,696,114) por concepto de sanción moratoria.

Ahora bien, la accionada sostuvo que ésta sanción moratoria de la que trata la Ley 1071 de 2006 no es aplicable a los docentes conforme al criterio de especialidad establecido en la Ley 157 de 1887 y por el principio de inescindibilidad, pues no se ha creado una norma jurídica que consagre la sanción moratoria para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

A lo anterior, cabe señalar que no le asiste razón a la entidad accionada toda vez que la Corte Constitucional mediante sentencia SU 336 de 2017, precisó que, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, en aplicación de los postulados constitucionales y a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, pues ésta resulta ser la condición más beneficiosa para los trabajadores docentes del sector oficial y, en esa medida, se adecua mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, así mismo, el Consejo de Estado en sentencia 00181 de 2018²² reiteró que los docentes son acreedores de la sanción moratoria consagrada en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Siendo así las cosas, se reafirma el derecho que tiene la parte accionante a un total de 304 días de salario por concepto de sanción moratoria por la consignación inoportuna de la accionada dentro del término de los 70 días hábiles a los que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Prescripción



13001-3333-005-2016-00069-02

Para la sanción moratoria de la que es acreedor el accionante, no ha operado la prescripción extintiva, por cuanto la exigibilidad del derecho empezó el día 18 de enero de 2013, de manera que contabilizados tres años posteriores a dicha fecha, el señor Barreto Lozano debió presentar la reclamación administrativa solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria hasta antes del 18 de enero de 2016 para que el término de prescripción se interrumpiera por tres años más para la presentación de la demanda, lo que en efecto fue así, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria el 23 de abril de 2015, por lo que se interrumpió la prescripción trienal desde esa fecha, cumpliéndose los tres años hasta el 23 de abril de 2018 y el accionante presentó la demanda reclamando su derecho laboral antes de ésta última fecha, exactamente el 05 de octubre de 2015, en consecuencia no se configura prescripción del derecho a la sanción moratoria que le asiste al accionante.

7. Condena en Costas.

No se condenará en costas de segunda instancia a la parte accionada, en virtud de lo establecido en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "*a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación*", y en el caso *sub examine* no se le resolvió desfavorablemente la apelación al apelante, pues la condena al recurrente por sanción moratoria fue rebajada de 307 días a 304 días de salario, resultando beneficiosa para el mismo.

Así las cosas, no se condenará en costas debido a que el recurso no fue resuelto desfavorablemente al apelante.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

1º. MODIFÍCASE los numerales uno y dos de la sentencia apelada, quedando así:

"Primero: DECLÁRASE la nulidad del acto administrativo expedido por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena de fecha 12 de mayo de 2015, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada el 23 de abril de 2015, generada por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución 5327 de 24 de julio de 2013.



13001-3333-005-2016-00069-02

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que reconozca y pague por concepto de sanción moratoria 304 días de salarios, por haber retardado el pago de las cesantías a partir del 18 de enero de 2013 hasta el 17 de noviembre de 2013.

2°. CONFÍRMASE las demás determinaciones adoptadas por el *a quo*.

3°. Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

4° DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

