



13001-3333-008-2016-00028-00

Cartagena de Indias D. T y C., veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-3333-008-2016-00028-00
Demandante	RENE ENRIQUE OJEDA BELEÑO
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 veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

La parte actora pretende en síntesis:

De la Nulidad.

- 1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el día 21 de octubre de 2014, frente a la petición presentada el día 21 de julio de 2014, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de 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.

Del restablecimiento del derecho.

- 1.2. Que a título de restablecimiento del derecho se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de



13001-3333-008-2016-00028-00

Bolívar al reconocimiento y pago de la sanción por mora consagrada en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a favor del demandante.

2. HECHOS.

2.1. El accionante señala que laboró como docente en los servicios educativos estatales le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 30 de julio de 2013 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

2.2 Por medio de la Resolución 0431 de 04 de febrero de 2014, le fue reconocida cesantías solicitada, las cuales fueron canceladas el día 28 de abril de 2014, por intermedio de la entidad bancaria.

2.3 Por lo anterior, el accionante indicó que solicitó la cesantía el día 30 de julio de 2013 siendo el plazo para cancelarlas el día 01 de noviembre de 2013, pero se realizó el día 28 de abril de 2014, por lo que transcurrieron 176 días de mora contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.

2.3 Con fecha 21 de julio de 2014 se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad convocada y ésta resolvió negativamente en forma ficta 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 e, y por ello se adelanta el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

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:

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





13001-3333-008-2016-00028-00

"(...) 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.

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



13001-3333-008-2016-00028-00

"Teniendo en cuenta lo dicho en la parte inicial de estas consideraciones el Despacho procederá a establecer el tiempo con que contaba la entidad hoy demandada para expedir el acto administrativo de reconocimiento del auxilio de cesantías parciales que le fuera solicitado, y de esta manera determinar si se configura la mora en el pago que está siendo alegada por la parte demandante, aclarando que dichos términos para efecto de reconocimiento son los contemplados en el Decreto 2831 de 2005, por ser dicha norma especial y especificada para los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

Por tanto, a 08 de octubre de 2013 vencía todo el trámite establecido en el Decreto 2831 de 2005 para efecto de reconocimiento de las cesantías parciales por parte de la Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Con fundamento en lo previamente expuesto, los 45 días hábiles, contados a partir de la firmeza de que disponía la entidad para proceder al pago de la cesantía parcial solicitada por el docente, se cumplieron el 08 de octubre de 2013, y el pago efectivo de las cesantías que fueron reconocidas mediante Resolución No. 0431 de 04 de febrero de 2014, se llevó a cabo el 28 de abril de 2014.

De manera que, entre el 09 de octubre de 2013, día siguiente a la fecha en la que se debió cancelar la cesantía parcial de la parte demandante, hasta la fecha en que efectivamente se hizo el pago, 28 de abril de 2014, transcurrieron 199 días de mora, que deben liquidarse a razón de un día de salario por cada día de retardo, pues ese es el efecto dispuesto por el Legislador en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, normas citadas como violadas por la apoderada de la parte actora. En consecuencia, se tiene un total de 199 días de mora que deberán ser cancelados por la demandada por concepto de sanción moratoria.

Por lo tanto, el acto ficto demandado que negó el pago de la sanción moratoria deprecada, generada por el pago tardío de las cesantías parciales de la demandante, deberá ser anulado, pues es evidente que la parte actora si es acreedora a la sanción moratoria reclamada, pero en los términos y condicionamientos indicados en este fallo.

Las sumas reconocidas por concepto de sanción moratorias serán indexadas dando aplicación al artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Los intereses reclamados por la parte actora serán cancelados en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta sentencia.

(...)

Decisión

Primero. Declarar la nulidad del acto negativo ficto de fecha 21 de octubre de 2014, que negó el pago de la sanción moratoria deprecada, generada por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución número 0431 de 04 de febrero de 2014, a favor del demandante señor Rene Ojeda Beleño, identificado con la cédula de ciudadanía número 72.208.095.





13001-3333-008-2016-00028-00

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. Reconocer y pagar a favor del demandante, por concepto de sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

(...)”.

6. Recurso de apelación.

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

“(...) En relación, con las conclusiones a la que llego su señoría me permito manifestar que no comparto el análisis ni la aplicación de las normas en las que se fundamentaron para llegar a estas conclusiones, pues al emitir un fallo se desconocen los derechos fundamentales de mi cliente a obtener un trato igualitario al de los demás funcionarios públicos; pues, es inconcebible que a un funcionario público se le reconozca una sanción moratoria por la demora en el pago de sus cesantías (aplicación Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006) y que a otros funcionarios públicos como los docentes no les sea aplicable dicha norma, por el hecho de que una norma especial (Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005) que establece el procedimiento para pago de prestaciones de los docentes tiene un vacío respecto a la situación de la sanción moratoria.

En relación con la condena en costas y agencias en derecho, considero que no se debió condenar a mi cliente al pago de estas y menos por unos montos tan excesivos, en vista de que lo que mi cliente está haciendo es reclamado su derecho a obtener la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías, en ningún caso está actuando con temeridad ni con mala fe respecto de las entidades demandadas.

De esta manera y sin necesidad de abundar más, queda demostrado que mi representado tiene todo el derecho de que se le reconozca y se le pague la sanción moratoria reclamada; por tal razón se debe reconsiderar la decisión y en cambio se debe reconocer y ordenar a las entidades demandadas y a las llamadas en garantía para que se realicen el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Petición

De conformidad con los argumentos esbozados solicito su señoría, que se modifique la sentencia apelada y en consecuencia se reconozcan las pretensiones de la demanda; y por lo tanto que se declarara la nulidad de la comunicación de fecha 25 de noviembre de 2012, y se ordene a las entidades demandadas a reconocer y a pagar a favor del señor Alfredo Ramos Patrón, la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías; y por lo tanto se revoque la condena en costas y las agencias en derecho fijadas en la sentencia”.

7. Trámite procesal segunda instancia.

Mediante auto de fecha 28 de julio de 2016 (folio 234, cuaderno de segunda instancia), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia de 18 de enero de 2016 y por auto de fecha



13001-3333-008-2016-00028-00

26 de mayo de 2017, se ordenó correr traslado a las partes por el 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.



13001-3333-008-2016-00028-00

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 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 05 de octubre de 2011 y que fueron pagadas el 8 de octubre de 2012?

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 la sanción moratoria con fundamento en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, dado que la entidad accionada no consignó oportunamente las cesantías definitivas dentro de los (65) días hábiles siguientes a la solicitud de la señalada prestación social.

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





13001-3333-008-2016-00028-00

5. Marco Jurídico aplicable al caso.

- 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



13001-3333-008-2016-00028-00

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.

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



13001-3333-008-2016-00028-00

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 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



13001-3333-008-2016-00028-00

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 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



13001-3333-008-2016-00028-00

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 educación².
- **La sanción moratoria para los docentes.**

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,

² 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.





13001-3333-008-2016-00028-00

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 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



13001-3333-008-2016-00028-00

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 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





13001-3333-008-2016-00028-00

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 Corte³ concluyó que el régimen sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los

³. 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.

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].



13001-3333-008-2016-00028-00

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 Estado⁴, 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 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 vincularan 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:

(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).

⁴ 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 JIMENEZ DDO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE CUNDINAMARCA - TELECUNDINAMARCA EN LIQUIDACIÓN.





13001-3333-008-2016-00028-00

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).

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.



13001-3333-008-2016-00028-00

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



13001-3333-008-2016-00028-00

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

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

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

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





13001-3333-008-2016-00028-00

administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

...

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.



13001-3333-008-2016-00028-00

De manera particular, en lo que a las **cesantías** hace referencia, el numeral 3° de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, **para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año. **Y para los docentes que se vinculen a partir del 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 mantendrán 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.** (Negrillas 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.



13001-3333-008-2016-00028-00

En pronunciamiento más reciente el Consejo de Estado⁵ 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.

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.

⁵ 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.



13001-3333-008-2016-00028-00

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 firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria⁶".

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 Laboral⁷.

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 accesorios⁸ a la prestación "cesantías".

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.





13001-3333-008-2016-00028-00

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 sancionador⁹ 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 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 1990¹⁰.

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 prescripción¹¹.

5. Análisis Crítico de las Pruebas.

⁹ 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".

¹⁰ 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.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia 00188 de 2018. Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



13001-3333-008-2016-00028-00

De acuerdo con las pruebas allegadas regular y oportunamente al proceso, se consigna por cierto que el señor Rene Enrique Ojeda Beleño, laboró como docente en los servicios educativos estatales y que las asignaciones básicas mensual para los años 2013 y 2013, fueron por la suma de dos millones trescientos trece mil ciento ochenta y nueve (\$ 2.313.189) y dos millones trescientos ochenta y un mil ciento noventa y siete (\$2.381.197). Así consta en el certificado de factores salariales expedido por la Secretaría de Educación Departamental (**folios 24 y 25**).

Por su vínculo laboral, se constata que el actor el día 30 de julio de 2013, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales a la que tenía derecho por el periodo comprendido entre el año 1995 a 2011, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución número 0431 del 04 de febrero de 2014 (folio 20, 21 y 22) y pagadas el 28 de abril de 2014 por el Banco BBVA (**folio 23**).

A pesar de lo anterior, el señor Alfredo Ramos Patrón solicitó mediante petición de 21 de julio de 2014, 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 (65) días hábiles siguientes a su solicitud, toda vez que desde que se cumplió el plazo de los (65) días hasta que se hizo efectivo el pago, transcurrieron exactamente 177 días de mora; desconociendo la entidad accionada el artículo 5 *ibídem*, en tanto que debían haberse cancelado las cesantías a más tardar el 1 de noviembre de 2013.

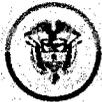
Frente a la petición de reconocimiento y pago de sanción moratoria, la parte accionada no se pronunció sobre la misma dentro del término de (3) meses, configurándose por dicho silencio administrativo¹², acto ficto o presunto negando la sanción moratoria requerida.

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

¹² Ley 1437 de 2011. Artículo 83. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa. (...).



13001-3333-008-2016-00028-00

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 serían 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 docente¹³.

En ese orden, en lo que respecta al segundo problema sobre sí le asiste derecho a la parte accionante a la sanción moratoria, debe decirse que el señor Rene Enrique Ojeda Beleño 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 65 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 2006¹⁴, y en el caso *sub júdice* el actor solicitó el

¹³ **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.

¹⁴ **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 petitionarios, 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 petitionario 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





13001-3333-008-2016-00028-00

reconocimiento y pago de las cesantías el día 30 de julio de 2013, debiendo reconocer la entidad accionada mediante acto administrativo la cesantía pedida a los 15 días hábiles de la solicitud, es decir, el 22 de agosto de 2013 y efectuar el pago transcurridos los (45) días hábiles siguientes, esto es, hasta antes del 1 de noviembre de 2013.

A pesar de esto, la entidad demandada se pronunció sobre la solicitud de cesantías, por medio de Resolución número 0431 del 04 de febrero de 2014, pagando las mismas el 28 de abril de 2014 (**folio 23**), es decir después de haber transcurrido alrededor de nueve (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 01 de noviembre de 2013, pero contados desde el 02 de noviembre de 2013, pues en esta fecha se causó la exigibilidad de la sanción moratoria.

En estos términos, el señor Rene Enrique Ojeda Beleño en calidad de accionante es acreedor del derecho a recibir la sanción moratoria a cargo de la accionada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sanción equivalente a un total de 177 días de salario, contados los retardos desde el 02 de noviembre de 2013 (fecha en la que se causó la sanción) hasta el 27 de abril de 2014, en tanto que el 28 de abril de 2014 fue la fecha en que se hizo efectivo el pago de la cesantía adeudada.

Teniendo en cuenta que la última asignación básica mensual del accionante es de dos millones trescientos trece mil cientos ochenta y nueve (\$ 2.313.189) para el año 2013 y dos millones trescientos ochenta y un mil ciento noventa y siete (\$2.381.197) para el año 2014, de manera que la accionada le adeuda 60 días de retardo con el salario del año 2013 equivalentes a cuatro millones seiscientos veinte seis mil trescientos setenta y ocho (\$ 4,626,378) y 117 días de mora con el salario de 2014, equivalentes a nueve millones doscientos ochenta y seis mil seiscientos sesenta y ocho (\$ 9,286,668); en consecuencia la entidad accionada le adeuda por concepto de sanción moratoria la suma de trece millones novecientos trece mil cuarenta y seis (\$13,913,046).

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.





13001-3333-008-2016-00028-00

Ahora bien, el *a quo* 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 al Juez de Primera Instancia 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 2018¹⁵ 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 177 días de salario por concepto de sanción moratoria por la consignación inoportuna de la accionada dentro del término de los 65 días hábiles a los que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Prescripción y Caducidad.

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 02 de noviembre de 2013, de manera que contabilizados tres años posteriores a dicha fecha, el señor Rene Enrique Ojeda Beleño debió presentar la reclamación administrativa solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria hasta antes del 02 de noviembre 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, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria el 21 de julio de 2014, por lo que se interrumpió la prescripción trienal desde esa fecha, cumpliéndose los tres años hasta el 21 de julio de 2017 y el accionante presentó la demanda

¹⁵ Consejo de Estado



13001-3333-008-2016-00028-00

reclamando su derecho laboral antes de ésta última fecha, exactamente el 01 de febrero de 2016, en consecuencia no se configura prescripción del derecho a la sanción moratoria que le asiste al accionante.

7. Condena en Costas.

Se condenará en costas a la parte accionada, en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará en costas debido a que el recurso fue resuelto favorable 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

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

Primero: DECLÁRASE la nulidad del acto ficto o presunto negativo de fecha 21 de octubre de 2014, por medio de la cual negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada el 21 de julio de 2014, generada por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución número 0431 de 04 de febrero de 2014.

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 177 días de salarios, por haber retardado las cesantías a partir del 2 de noviembre de 2013 hasta el 27 de abril de 2014".



13001-3333-008-2016-00028-00

2°. **CONDÉNASE** en costas a la parte demandada. De conformidad con lo dispuesto en lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

3°. **CONFÍRMASE** las demás determinaciones adoptadas por el *a quo*.

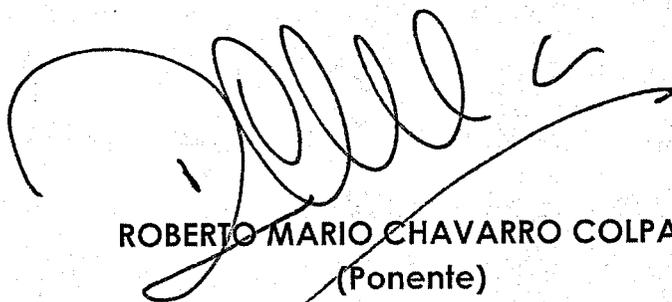
4° Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

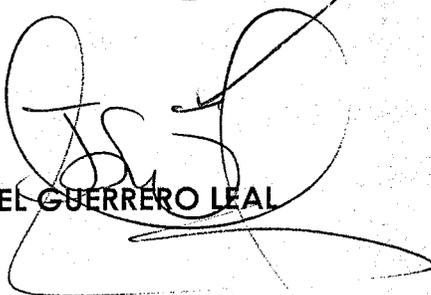
5°. **DEVÚELVASE** el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

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 ALVAREZ