



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

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-0013-2015-00514-01
Demandante	ANA CRITINA CUSTODE VIVANCO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	<i>Sanción moratoria docente</i>
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte la demandada, contra la sentencia dictada en audiencia inicial el día 26 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Décimo Tercero (13) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

2.1.1 Pretensiones.

La demandante solicita como pretensión principal, en síntesis, lo siguiente:

la nulidad del acto ficto configurado el 15 de marzo de 2015, frente a la petición presentada el día 15 de diciembre de 2014, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora a la actora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

Declarar que la accionante tiene derecho a que la accionada, reconozca y pague la sanción por mora establecida en las leyes antes citada, interés y a indexación de los valores.

2.1.2. Hechos

Se resumen así:

Por medio de resolución nº 0769 del 11 de abril de 2013, le fue reconocida las cesantías solicitadas a la actora, las cuales fueron canceladas el día 03 de octubre de 2013, por medio de la entidad bancaria.





La actora solicitó la cesantía el día 26 de noviembre de 2012, siendo plazo para cancelarla el día 28 de febrero de 2013, pero se realizó el día 03 de octubre de 2013, por lo que transcurrieron 214 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.

Con fecha 15 de diciembre de 2014, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad convocada y esta resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas.

2.1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- Ley 91 de 1989.
- Ley 244 de 1995.
- Ley 1071 de 2006.

2.2. LA CONTESTACIÓN

2.2.1. FOMAG.

Expone que las pretensiones de la accionante, no está justada a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manare integral, las pretensiones de los docentes, están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; en cuanto al trámite de reconocimiento lo regula el art. 56 de la ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2005, por su parte contiene lo relativo al reconocimiento de prestaciones sociales.

En ese orden de ideas, el Fondo es la que tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, sin embargo, se diseñó un trámite en el que las secretarias con encomendadas en la expedición del acto, y tramite de solicitudes en general, y, por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria la administración de los recursos del fondo t pagar las prestaciones.

Cabe señalar, que la Fiduciaria la Previsora S.A. procede con los pagos prestacionales, luego de contar con el acto administrativo emitido por la secretaria de educación y previo trámite legal para su concesión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentro del salario

del docente; conforme a derecho y a la mayor brevedad posible según la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito





Público, pues es de tener en cuenta que no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encuentran en trámite.

Se deduce, que no pueden generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero que se le reconoció y pago efectivamente a la demandante, es aquella que se le reconoció y pago efectivamente a la demandante, es aquel producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

En el caso de cesantías de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales, estas también se incluyen dentro del decreto 2831 de 2005 y por tanto no están cobijadas por las demás normas respecto al tema, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.

Por lo anterior, se concluye que el actor no le asiste derecho a sanción moratoria pretendida, siendo que en las disposiciones que regula el auxilio de cesantías de los docentes afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio, no se contempla la indemnización moratoria por el no pago oportuno y señala que el pago está sujeto a la condición suspensiva de la disponibilidad presupuestal.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 98-103)

El Juzgado Décimo Tercero Oral Administrativos de Cartagena en sentencia del 26 de enero de 2017, concedió las pretensiones de la demanda, toda vez que dentro del proceso se acreditó que presentó escrito solicitando el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales el día 26 de noviembre de 2012 y de acuerdo a los términos perentorios previstos en la ley 244 de 1995 modificada por la ley 1071 de 2006, el FOMAG, contaba con 65 días hábiles para efectuar el pago; plazo que vencía el 12 de abril de 2013; sin embargo la consignación y pago de las cesantías del demandante se efectuó el día 10 de octubre de 2013, lo que permite concluir que tales cesantías parciales fueron pagadas con 176 días de retardo, pues la mora solo corrió hasta el día anterior a dicho pago, es decir, hubo mora entre el 13 de abril de 2013 y el 10 de octubre de 2013.





4. RECURSO DE APELACIÓN

De la parte demandada (fs.116-122)

La parte demandada en su recurso de apelación sostiene que es completamente trascendental sostener que la disponibilidad presupuestal para la fiduciaria como ente eminentemente administrador de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es fundamental, ya que a partir de ella se efectúan las asignaciones prestacionales de acuerdo al estricto turno de radicación. Por lo tanto, no puede endilgarse una negligencia por parte de la defendida debido a que el reconocimiento de las cesantías sigue un procedimiento por sujeción expresa a lineamientos legales, turno de atención y disponibilidad presupuestal, que se llevó a cabo adecuadamente y en atención del principio de igualdad.

Por otro lado, alega que, para el caso específico de los docentes, las reclamaciones de cesantías se rigen por el procedimiento fijado por la ley 91 de 1989 y el decreto 2831 de 2005, que constituyen entonces el procedimiento especial aplicable, de lo que se precisa que dicho procedimiento, en lo que respecta a los términos y formalidades para acceder a la solicitud, difiere sustancialmente de lo estipulado por la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, por tanto, no se puede pretender hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no pago oportuno del auxilio de cesantías.

Se procedió equivocadamente a sancionar al Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo al art. 81 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 Secretaria 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 de los planteles educativos y es quien expidió el acto administrativo objeto de la demanda, por medio del cual se procedió a decidir la vacancia definitiva del cargo que venía desempeñando.

No fue analizado por el despacho la mencionada falta de competencia del Ministerio de Educación Nacional, pues este no intervino en el reconocimiento ni en el trámite del pago de la prestación, razón por la cual no le asiste legitimación para ser parte como demandada en este proceso, ya que el acto del que se solicita la declaración de funciones, toda vez que la competencia radica legalmente en las entidades territoriales empleadoras.





5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 07 de noviembre de 2017 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada dentro del presente asunto (fls. 131), en firme el auto de conformidad con el numeral 4 del art. 247 de la Ley 1437 de 2011, corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos por escrito.

6. ALEGACIONES

La parte demandante no presento sus alegatos.

La parte demandada presentó sus alegatos. (fls. 137-145)

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció control de legalidad de las mismas – artículo 207 CPACA -. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III.- CONSIDERACIONES

Competencia

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

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 los artículos 320 y 328 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.

Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.”

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 quantum appellatum*”¹.

¹ El principio contenido en el aforismo latino *Tantum Devolutum Quantum Appellatum*, indica que, en la apelación, la competencia del superior solo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación.





PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, corresponde a esta Sala establecer si le asiste o no derecho a la señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO, de que se le reconozca la sanción que estipula la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de las cesantías definitivas parciales.

Tesis

La Sala de decisión confirmará parcialmente la sentencia apelada, por encontrarse ajustada a la realidad legal y jurisprudencial vigente; y modificará el numeral segundo de la sentencia apelada.

Caso concreto.

La controversia radica en determinar si la señora Ana Cristina Custode Vivanco, tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozcan y paguen la sanción moratoria regulada la Ley 50 de 1990, aplicable al sector público en virtud de la Ley 244 de 1995, correspondiente a la cesantía definitiva parciales.

Actos Administrativos Acusados

En el caso sub examine, se persigue la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Acto ficto presunto, configurado el día 15 de marzo de 2015, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 15 de diciembre de 2014.

Pruebas obrantes en el expediente.

Con el fin de resolver lo pertinente, procede la Sala a revisar el material probatorio obrante en el expediente:

- Escrito suscrito por la señora ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO a través de apoderado, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006. (fl. 25-26)
- Resolución 0769 de 11 de abril de 2013, por la cual se reconoce el pago de una cesantía parcial para la compra de vivienda a la docente ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO. (Fls. 19-21)



- Formato único para la expedición de certificados de salarios. (fl. 23-24)
- Volante de pago expedido por el BBVA.(fl.18)

Del material probatorio obrante en el expediente, se desprende que la señora Ana Cristina Custode Vivanco, fue vinculada a la planta de personal de docentes del Departamento de Bolívar, desde el año 1985, y que, según lo narrado en la demanda y de la resolución de reconocimiento de cesantías, está afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se trata entonces de establecer si la señora Ana Cristina Custode Vivanco, en su calidad de docente Departamental, vinculado desde el año 1985, tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción moratoria consagrada en el conjunto normativo Ley 244 de 1996 y Ley 1071 de 2006.

DE LAS CESANTÍAS.

Como es bien sabido, las cesantías son una prestación social² a la que tienen derecho todos los empleados públicos, entre ellos los del orden territorial y en general tienen el siguiente marco normativo:

- La Ley 6ª de 19 de febrero 1945 que en su artículo 17 estableció el auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios;
- El artículo 1º de la ley 65 de 1946, dispuso que todos los asalariados de carácter permanente al servicio de la Nación o en cualquiera de las ramas del poder público tiene derecho a partir del 1 de enero de 1942 al auxilio de la cesantía por todo el tiempo trabajado, sin importar la causa del retiro;
- El artículo 60. del Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947, por el cual se modificaron disposiciones sobre la base para liquidar el monto de las cesantías de los asalariados nacionales, departamentales, intendencias, municipales y particulares;
- El Decreto 3118 de 1968, creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27 estableció las liquidaciones anuales y con carácter definitivo a partir del 1 de enero de 1969 para los trabajadores de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado;

² Consejo de Estado, Sección segunda, Subsección "B", Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil cinco (2005). Radicación número: 73001-23-31-000-2000-01910-01(4656-03), Actor: JOSE ROLANDO ALVAREZ,





- En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre figuraban a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 1975;
- Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual, y previo el pago de intereses de la misma con cargo al Fondo Nacional del Ahorro;
- La Ley 41 de 1975 dispuso el abono anual de los intereses a las cesantías en las cuentas del FNA, sobre las cantidades que le figuren al empleado al 31 de diciembre de cada año inclusive sobre la parte de cesantías que se encuentren en poder de establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47 del Decreto 3118 de 1968;
- El Decreto 1045 de 1978, fijó reglas generales para la administración pública del orden nacional sobre prestaciones sociales y señaló los factores sobre los cuales debe liquidarse el auxilio de cesantía;
- La ley 91 de 28 de diciembre de 1989 creó el Fondo Nacional del Magisterio, y en su artículo 5° dispuso que las prestaciones sociales de personal nacional causadas hasta la fecha deben pagarse según los Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978;
- El artículo 99 de la Ley 50 de 1990, creó un nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, con las siguientes características:

"1.- El 31 de diciembre de cada año se hará 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 proporcional 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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

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





5.- Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto..."

En consecuencia, existen dos regímenes de cesantías: i) Pago de cesantías con liquidación anual, que se caracteriza por el reconocimiento y pago de intereses sobre el valor anual, y ii) Régimen de cesantías con liquidación retroactiva, que se realiza al final de la relación laboral con el último sueldo devengado y no contempla el pago sobre intereses a las cesantías.

- De la sanción moratoria de docentes.

Corte Constitucional, Sentencia SU-336, May. 18/17, 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[69].

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[70].

8.2.3.2. Para el reconocimiento del auxilio de cesantía establecido a favor 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.

Las creaciones 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 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 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 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.





servidores públicos es aplicable a los docentes oficiales, por ser la condición más beneficiosa y al no estar regulado el tema 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

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].

(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.





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:

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.

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.

(...)"

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 cesantías".

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 2017 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 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 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".

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 Derecho".

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.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se tiene entonces que la señora Ana Cristina Custode Vivanco, como docente de la planta de personal del departamento de Bolívar, solicitó ante el respectivo ente – FOMAG-, el pago de la sanción moratoria por la no consignación de los auxilios de cesantías, correspondientes a las cesantías parciales.

El FOMAG, no contestó la petitoria.

Se encuentra probado en el expediente que la demandante está afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde 1985, en los términos establecidos en el Decreto 3752 de 2003.

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."

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 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 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 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. **Prevía 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, 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 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 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.**" (Negritas 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.

Una vez analizados los elementos probatorios allegados al infolio, se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 0769 del 11 de abril de 2013, emanada de la Secretaría de Educación Del Departamento de Bolívar, se reconoció y ordenó el pago de unas cesantías parciales, en favor de la actora, el cual fue notificado el día 19 de abril de 2013 (fls. 19-21).

Igualmente se acreditó que el auxilio de cesantía parcial reconocido a la demandante, fue pagado el **03 de octubre de 2013** tal como se extrae del certificado expedido por el BBVA, visible a folio 18 del expediente.



Así mismo se encuentra demostrado que la actora, por intermedio de apoderado, había elevado solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 26 de noviembre de 2012, tal como se indica en la Resolución No 0769, por la cual se reconoce el pago de una cesantía parcial con destino a la compra de vivienda a la docente Ana Cristina Custode Vivanco. También se acreditó que la docente en la vigencia fiscal 2012, una asignación o sueldo básico mensual de \$ 2.546.872.00 (fl. 23).

Visto lo anterior se tiene que la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales es elevada por la demandante ante el FOMAG el día **26 de noviembre de 2012**, solicitud que fue atendida por esa dependencia mediante **Resolución No. 0769 del 11 de abril de 2013**, y el depósito o consignación de dichas cesantías fue realizado el día **03 de octubre de 2013**, fecha desde la cual estaba a disposición de la actora.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, resulta claro que a partir de la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales por parte de la actora el **26 de noviembre de 2012** y la expedición del acto de reconocimiento el **11 de abril de 2013**, se superó el término de 15 días hábiles señalado en el artículo 4º de la Ley 1071 de 2006. Posterior a la expedición del acto de reconocimiento, se procede a la consignación de los recursos destinados al pago de las cesantías parciales de la actora, el **03 de octubre de 2013** generándose una mora en el pago de las cesantías si se tiene en cuenta que los **70** días hábiles contados a partir de la radicación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales vencían el **07 de marzo de 2013**. En el presente caso y en razón al reconocimiento tardío de la prestación, la contabilización de la mora debe iniciar a partir del vencimiento del término fijado por la ley para el reconocimiento y pago de la prestación (70 días hábiles, vigencia de la Ley 1437 de 2011, termino para ejecutoria de los actos administrativos 10 días) y no desde la expedición del acto de reconocimiento.

Se reitera, que la administración omitió el cumplimiento de los términos consagrados en la Ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías reclamadas por la demandante, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías, 10 más que corresponden al término de la ejecutoria – Ley 1437 de 2011 – y 45 días dentro de los cuales debía realizar el pago, contados los cuales, se entiende que el pago debió producirse a más tardar el 07 de marzo de 2013, pero solo se hizo hasta el 03 de octubre de 2013, es decir, en forma tardía.





El Despacho acoge el criterio expuesto por el Consejo de Estado⁵, según el cual, el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 (que modificó la Ley 244 de 1995 e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, toda vez que la anterior normativa únicamente la previó para las definitivas), cubre a todos los empleados y trabajadores del Estado, así quedó consagrado en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa, al advertir que "la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial"⁶, por ello, no existen motivos para excluir a los docentes del sector oficial, del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, pues al igual de los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales.⁷

Por otra parte, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías consagrada en la Ley 1071 de 2006 no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5° de la Ley 91 de 1989⁸, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que no contraría las condiciones ni la competencia para el reconocimiento de la prestación,

⁵ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00455-01(2190-15). Actor: LUIS ALEJANDRO CURREA DE BRIGARD. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

⁶ Consulta realizada en la página web senado.gov.co. Proyecto de Ley No. 44 de 2005.

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

⁸ Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

3. Cesantías:

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

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





ni tampoco se ve afectado el derecho del empleado docente a recibir un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, de manera que no se menoscaba el régimen especial a favor de los docentes afiliados al Fondo, en cambio, si se complementa con la fijación de unos términos perentorios para el reconocimiento y pago oportuno de la prestación.

Para concluir, podemos afirmar que en el presente caso, la entidad demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incumplió los términos fijados en la Ley 1071 de 2006, para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas del demandante señora Ana Cristina custode Vivanco, razón por la cual, es responsable de la sanción moratoria por el retardo en el pago de dichas cesantías parciales reconocidas mediante la Resolución No. 0769 del 11 de abril de 2013, emanada de la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar.

Ahora bien, realizando la contabilización de los 70 días hábiles que establece la norma a partir de la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales, para el pago de las mismas, se cumplían el **07 de marzo de 2013**, pero el Juez de primera instancia expreso que la entidad tenía plazo máximo para pagar el día **12 de abril de 2013**, y la entidad realizó el pago el día **03 de octubre de 2013**.

Lo anterior, quiere decir que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas, en los términos que lo prevé la Ley 244 de 1995, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía parciales, se generaron desde el día siguiente en que la obligación se hizo exigible, **08 de marzo de 2013**, hasta el día anterior a dicho pago, **02 de octubre de 2013**, por lo que se deberá modificar el numeral segundo de la sentencia apelada.

Por último, pese a que no fue objeto del recurso de apelación, el a-quo ordeno la indexación de la sanción, por lo que, esta Sala encuentra pertinente señalarle que la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹ en reiteradas ocasiones ha indicado la incompatibilidad entre la indexación y la sanción moratoria, al considerar que esta última no es un derecho laboral, sino una penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, por lo que, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, en tanto, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni

⁹ Sentencia del 31 de enero de 2008, Expediente 7749-05; Sentencia del 5 de agosto de 2010, Expediente 1521-09; Sentencia del 11 de julio de 2013, Radicación 1496-11; Sentencia del 14 de diciembre de 2015, Radicación 1498-14; Sentencia del 17 de noviembre de 2016, Radicación 1520-14.





menos remunerarlo; motivo por el cual se modificará el numeral anteriormente referido.

Por lo expuesto, la Sala modificará el numeral segundo de la sentencia apelada, y confirmará los demás numerales.

Condena en costas en segunda instancia.

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 1º 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, no se condenará en costas dado que el recurso fue resuelto parcialmente 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

PRIMERO. MODIFIQUESE el numeral segundo de la sentencia dictada en audiencia inicial el veintiséis (26) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. El cual quedará así:

"Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a favor de la accionante ANA CRISTINA CUSTODE VIVANCO por concepto de sanción moratoria, en los términos que prevé la Ley 244 de 1995, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía parcial, desde el 08 de marzo de 2013 hasta el 02 de octubre de 2013, teniendo en cuenta para ello, el salario básico devengado por la demandante en dicho periodo."

SEGUNDO: CONFIRMASE los demás numerales de la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condenas en costas en esta instancia.

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



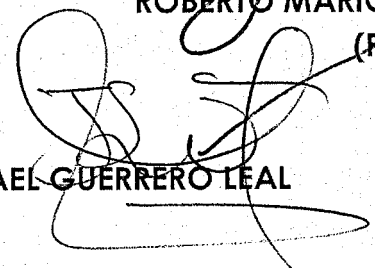
QUINTO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

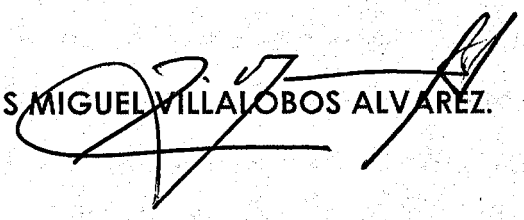
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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 ALVAREZ.