Cartagena de Indias D. T. y C, treinta (30) de enero de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00204-01
Demandante	RAFAEL ANGEL ROMERO MUÑOZ
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Tema	*Sanción moratoria docente*
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 adiada el 22 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

2.1.1 Pretensiones.

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

Declaratoria de existencia de un acto ficto configurado el día 05 de febrero de 2015, producto de la reclamación de la sanción moratoria presentada el día 05 de noviembre de 2014, por el pago tardío de las cesantías al actor.

Nulidad del acto ficto, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora al demandante establecido en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

Y como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento pago de la sanción moratoria.

2.1.2. Hechos

Se resumen así:

El actor labora como docente en los servicios educativos estatales, le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales

del Magisterio, el día 03 de octub[redacted]de 2013, el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho.

Por medio de resolución No. 0515[redacted]l 27 de febrero de 2014, le fue reconocida la cesantía solicitada; esta fue [redacted]ncelada el día 11 de junio de 2014, por intermedio de entidad bancaria.

El actor solicito las cesantías el 0[redacted]e octubre de 2013, siendo el plazo para cancelarlas el día 10 de enero d[redacted]2014 pero se realizó el día 11 de junio de 2014, por lo que transcurrieron 150[redacted]s de mora contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad pa[redacted]cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

El 05 de noviembre de 2014 se sol[redacted]ó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesa[redacted]a a la entidad convocada y esta resolvió negativamente en forma ficta las[redacted]etensiones invocadas.

2.1.3 Normas violadas y cargos d[redacted]ulidad.

El demandante señaló como norm[redacted]violadas las siguientes:

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

2.2. LA CONTESTACIÓN

2.2.1. FOMAG. (fls.61-71)

Considera que es menester toma[redacted]n cuenta la pretensión de la accionante, no está ajustada a derecho, toda [redacted]que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Las prestaciones sociales de los d[redacted]entes, están a cargo del Fondo Nacional de prestaciones sociales del m[redacted]isterio; que en cuanto al trámite de reconocimiento se tiene la Ley 9[redacted]de 2005, reglamentada por el Decreto Nacional 2831 de 2005.

La sociedad fiduciaria encargad[redacted]del manejo de los recursos del Fondo implementara un sistema de radic[redacted]ión único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones[redacted]conómicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales[redacted]el Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certi[redacted]ada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer [redacted]ctrónicamente el estado de su trámite.

En este orden de ideas, vemos que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales es quien tiene la función encomendada del pago de las prestaciones, sin embargo, se diseñó un trámite en el que las secretarias son encomendadas en la expedición del acto, y trámite de solicitudes en general y, por otro lado, se encarga a una sociedad fiduciaria la administración de los recursos del fondo y pagar las prestaciones sociales.

Cabe señalar, que Fiduciaria procede con los pagos prestacionales, luego de contar v 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.

A partir de lo anterior, 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 aquel producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal destinada para tal efecto de acuerdo al principio de igualdad.

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.

Ello se debe a que no es posible extender la aplicación de una sanción, que no está prevista en la norma que regula la prestación de cesantías del régimen de los docentes, puesto que en materia sancionatoria, al igual que en el derecho penal, opera el principio de interpretación restrictiva de la norma, es decir, que las normas que establecen sanciones o que fijan limites a los derechos se deben interpretar a la determinación literal de la conducta que se sanciona , quedando proscrita todo tipo de interpretación extensiva, analógica o deductiva.

2.2.2. Departamento de Bolíva[illegible] Fls.41-54)

Se resiste a la prosperidad de tod[illegible] cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en contra del de[illegible]tamento de Bolívar; propuso la excepción de inexistencia de la obligación y [illegible]ta de legitimación en la causa por pasiva, argumentando, que es el fondo [illegible]prestaciones sociales del Magisterio quien debe hacer efectivo el pago [illegible]la sanción moratoria. Posteriormente en sentencia del 22 de junio de [illegible]017, proferida por el juzgado Octavo Administrativo del Circuito de C[illegible]agena, se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTAN[illegible]A (fs. 99-106)

El Juzgado Octavo Administrativ[illegible]el Circuito de Cartagena en sentencia del 22 de junio de 2017, concedió lo[illegible]retensiones de la demanda, toda vez que se demostró, que desde la fecha[illegible] que la parte accionante radicó en debida forma la solicitud de pago de c[illegible]ntías parciales, ello es el 03 de octubre de 2013, hasta la fecha de su pago[illegible]ectivo, 11 de junio de 2014, transcurrieron 5 meses y 27 días, por tanto, a 13[illegible] diciembre de 2013 vencía todo el tramite establecido en Decreto 2831 d[illegible]2005, y el pago efectivo de las cesantías mediante resolución No.0515, se[illegible]vó a cabo el 11 de junio de 2014.razon por la cual y a título de restableci[illegible]nto del derecho se ordenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacion[illegible]ondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al pago de la sanció[illegible]oratoria deprecada.

4. RECURSO DE APELACIÓN

De la parte demandada (fs.108-[illegible])

La parte demandada en su re[illegible]rso de apelación sostiene que la sanción señalada en la Ley 1071 de 200[illegible]r la cual se adiciono y modifico la Ley 244 de 1995, solo procede respecto[illegible] los plazos para trámite de las prestaciones económicas.

La fiduciaria la Fiduprevisora S.A[illegible]rocede con los pagos prestacionales, luego de contar con el acto administr[illegible]o emitido por la Secretaria de Educación y previo trámite legal para su cor[illegible]sión, que comprende los reportes de todos los entes comprometidos dentr[illegible]el salario del docente; conforme a derecho y a la mayor brevedad posible s[illegible]n la disponibilidad de recursos provenientes del Ministerio de Hacienda, pue[illegible]s de tener en cuenta que no se cuenta con los recursos suficientes para el p[illegible]o de todas las cesantías que se encuentran en trámite.

Por otro lado, es importante señalar que le procedimiento para el trámite de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, está consagrado en el Decreto 2831 de 2005, que reglamento el inciso 2 del art. 3 y el numeral 6 del art. 7 de la Ley 91 de 1989 y el art. 56 de la Ley 962 de 2005, el cual determina claramente las etapas, términos y demás formalidades para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; resaltando que conforme al art. 3 de la Ley 91 de 1989, las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que paga el FOMAG será efectuado a través de las Secretarias de Educación y es la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del fondo quien deberá llevar a cabo el respectivo pago, por lo que no existe responsabilidad por parte del Ministerio de Educación ya que de acuerdo a lo anterior no es la encargada de reconocer y tramitar la solicitud elevada por el accionante.

5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 26 de enero de 2018, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada dentro del presente asunto (fls. 124). Posteriormente por medio de auto adiado 16 de febrero de 2018, se corrió traslado, para que las partes presentaran por escrito sus alegatos de conclusión. (fl. 129)

6. ALEGACIONES

La parte demandante presentó por escritos sus alegatos de conclusión. (fls. 132-138).

La parte demandada presentó por escrito sus alegatos de conclusión. (Fls.139-148).

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.- C[illegible]SIDERACIONES

Competencia

Con fundamento en lo prece[illegible]ado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y d[illegible] Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer e[illegible]egunda instancia de la apelación de la sentencia referida.

MARCO JURÍDICO DEL RECURSO D[illegible]APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de l[illegible]ontroversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve comp[illegible]do el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, con[illegible]e señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial d[illegible]nitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaud[illegible]as en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia q[illegible]tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razon[illegible]de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la a[illegible]icación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recu[illegible] de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una dec[illegible]n judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confr[illegible]ar los argumentos que el Juez de primera instancia consideró para tomar [illegible]decisión, a efectos de solicitarle al Juez de superior jerarquía funcional que[illegible]ecida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda in[illegible]ncia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 320 y[illegible]8 del C.G.P., que consagra:

> "***Art. 320. Fines de la apelación.*** *El[illegible]urso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida,* ***[illegible]amente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante****, para q[illegible]el superior revoque o reforme la decisión.*
>
> *Artículo 328.* ***Competencia del sup[illegible]r. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos e[illegible]estos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los[illegible]sos previstos por la ley.***
>
> *Sin embargo, cuando ambas part[illegible]ayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el sup[illegible]r resolverá sin limitaciones.*
>
> *En la apelación de autos, el super[illegible]ólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ord[illegible]r copias.*
>
> *El juez no podrá hacer más desfa[illegible]able la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera in[illegible]ensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.*
>
> *En el trámite de la apelación no s[illegible]odrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán[illegible]garse durante la audiencia."*

En este orden de ideas, resulta c[illegible]o que para el Juez de segunda instancia, su marco de competencia lo c[illegible]stituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen[illegible]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 quuantum appellatum*[1]".

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del Juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el Juez de la segunda instancia, agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

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 al actor, 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 parciales.

Tesis

La Sala de decisión modificará el numeral segundo de la sentencia apelada, dado que, el a quo no tuvo en cuenta la vigencia de la Ley 1437 del 2011 con respecto a la contabilización de los días con que cuenta la entidad para el pago de las cesantías parciales y además por ordenar indexación de la sanción, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia del máximo órgano en lo contencioso, cuando se trata de sanción moratoria por el pago tardío no hay lugar a la indexación; y confirmará los demás numerales por estar acorde a derecho.

JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE LAS CESANTÍAS.

Como es bien sabido, las cesantías son una prestación social[2] a la que tienen derecho todos los empleados públicos, entre ellos los del orden territorial y en general tienen el siguiente marco normativo:

---

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

[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,

- La Ley 6ª de 19 de febrero 1 que en su artículo 17 estableció el auxilio de cesantía a razón de un m de sueldo por cada año de servicios;

- El artículo 1° de la Ley 65 de 946, dispuso que todos los asalariados de carácter permanente al se cio de la Nación o en cualquiera de las ramas del poder público tie derecho a partir del 1 de enero de 1942 al auxilio de la cesantía po odo el tiempo trabajado, sin importar la causa del retiro;

- El artículo 6o. del Decreto 0 de 28 de marzo de 1947, por el cual se modificaron disposiciones s e la base para liquidar el monto de las cesantías de los asalariados acionales, departamentales, intendencia les, municipales y particular

- El Decreto 3118 de 1968, ó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27 estableció las liq aciones anuales y con carácter definitivo a partir del 1 de enero de 9 para los trabajadores de los Ministerios, Departamentos Administra os, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industri s y comerciales del Estado;

- En el artículo 33 de la referi norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9 anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre figuraban a fav de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma de % en virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 1975;

- Con la expedición del De to 3118 de 1968 empieza en el sector público, el desmonte de la oactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual, y p o el pago de intereses de la misma con cargo al Fondo Nacional d horro;

- La Ley 41 de 1975 dispuso el ono anual de los intereses a las cesantías en las cuentas del FNA, sob as cantidades que le figuren al empleado al 31 de diciembre de cad año inclusive sobre la parte de cesantías que se encuentren en pod de establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales d stado que gocen del plazo previsto en el artículo 47 del Decreto 311 e 1968;

- El Decreto 1045 de 1978, f reglas generales para la administración pública del orden nacion obre prestaciones sociales y señaló los factores sobre los cuales de liquidarse el auxilio de cesantía;

- La Ley 91 de 28 de dicie e de 1989, creó el Fondo Nacional del Magisterio, y en su artículo 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 me favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se ot a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configu un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta [70].

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

La creación de regímenes espec s para ciertos sectores tienden a otorgar mayores beneficios y ser más favorable ue los establecidos en el régimen general; sin embargo, la Ley 91 de 1989 no ciera ser más garantista, en lo que concierne al pago de la sanción moratoria. A idenciar esta circunstancia, la Sala reafirma que por tratarse de un derecho del cu s sujeto todo trabajador sin distinción alguna, con base en la voluntad misma legislador, en aplicación de los postulados constitucionales, la jurisprudenc e esta Corporación y a la luz de los tratados internacionales ratificados por C mbia, a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de conocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previam reconocidas. Esta resulta ser la condición más beneficiosa para los trabajador docentes del sector oficial y, en esa medida, se adecue mayormente y de mejor nera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

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

La aplicación del régimen gener ontenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, a los docente ciales, en lo que tiene que ver con el pago de la sanción moratoria, se soporta en umentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los d ntes que les otorga un trato equivalente al de los empleados públicos, independie mente de que no estén catalogados de manera expresa como tales, y en la in sión misma del legislador de fijar el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2 para todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del po , dentro de los cuales, según lo ha entendido esta Corporación, se entienden inclu s los docentes del sector oficial en razón a sus funciones y características.

Bajo ese entendido, la aplicació e este régimen a los docentes estatales se adecúa a los postulados constitucionales, r las siguientes razones:

(i) El pago oportuno de las ce tías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguri social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prest n social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo estab do en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colom

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

(iii) Al igual que los demás serv es públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo c proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a l ualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pag e 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 po Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servid públicos.

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

Debe anotarse que si bien para omento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimien del derecho que se atacan en esta oportunidad (2015) aún no había sido profer el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto (C-48 2016) ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un tendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenci (sentencia C-741 de 2012). Este aspecto será abordado posteriormente en el a sis de los casos concretos."

De acuerdo con todo este contex la Corte[3] concluyó que el régimen sobre el reconocimiento y pago de la nción moratoria de las cesantías a los

---

[3] . Corte Constitucional, Sentencia SU-336, May. 18

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

Al no contemplar ese régimen especial disposición na que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, s el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué norma d pueden reclamarla.

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

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

(i) Lo que se busca con el pago de esta presta social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador cer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la segu social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene de o 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 categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, p anto, 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 norma d, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estat es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

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

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

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores p os a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa ida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitu les, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

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 Estado[4], 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:*
>
> *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:*

(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.

1a) El 31 de diciembre de co año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fra n correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferent r la terminación del contrato de trabajo.

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

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

Así las cosas, mientras la Ley de 1996 previó el nuevo régimen anualizado de cesantías y el sistema a aplic ara las personas vinculadas con el Estado a partir de diciembre de 1996, el Dec o 1582 de 1998, fue el que trajo consigo la sanción moratoria contenida en el a lo 99 de la Ley 50 de 1990, aplicable a partir de la entrada en vigencia de dich ecreto (10 de agosto de 1998).

El nuevo régimen entonces, emás de contemplar que a 31 de diciembre de cada año el empleador deb cer una liquidación definitiva de las cesantías por la anualidad o por la frac n correspondiente, ordenó que dicho valor se consignara antes del 15 de rero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el do de cesantía que él mismo eligiera.

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

En este punto, resulta impo te diferenciar las sanciones contempladas en el artículo 99 de la Ley 50 de 19 aplicable a los empleados territoriales por expreso mandato del artículo del De o 1582 de 1998 y la prevista en la Ley 244 de 1996, dado que cada una tien n origen y finalidad distinta. La primera, hace referencia a la indemnizaci erivada de la falta de consignación por parte del patrono antes del 15 de fe ro de cada año, del auxilio de cesantía que le corresponde al trabajador el año anterior o la fracción correspondiente a dicha anualidad liquidada de diciembre, en un fondo privado. Y la segunda, por su parte, se genera fr a la falta de pago de dicha prestación a la terminación de la relación l o reglamentaria, habida cuenta, que la entidad tiene la obligación de reco rla y pagarla dentro de los términos señalados en la ley, so pena de incurrir en anción prevista en el artículo 2 parágrafo, de esa norma.

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

En conclusión, el alcance d ales sanciones es diverso, su reconocimiento no es concurrente, sino por el con io, es excluyente.

Finalmente y frente a la dexación, debe señalarse que esta procede únicamente sobre el valor la sanción por no consignación oportuna de la cesantías en los términos enados 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 está última constituye la actualización del valor de la cesantía no pagada oportunamente.

(...)"

En pronunciamiento más reciente el Consejo de Estado[5] unifico 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 cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto e 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.

[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.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENC[illegible]n la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la [illegible]exación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin p[illegible]uicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Señalar que el efec[illegible]de la presente sentencia de unificación será retrospectivo, y, por ende, apli[illegible]e de manera obligatoria los trámites pendientes de resolver en sede gubernativ[illegible]udicial. Por lo anterior, esta providencia no podrá aplicarse de manera retroactiv[illegible]espetando así la cosa juzgada de los conflictos decididos con antelación.

Así mismo, que, al reconocer un[illegible]recho, será extensible en los términos previstos en los artículos 10, 102 y 269 del CP[illegible]A."

Se extrae de lo anterior que el doc[illegible]te oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 [illegible]us normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el [illegible]go de las cesantías.

Que en el evento en que el ac[illegible]que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del [illegible]rmino de Ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días [illegible]biles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que c[illegible]esponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutori[illegible]el acto; y iii) 45 días para efectuar el pago, tratándose de cesantías definitiv[illegible]

Y que el salario base para calc[illegible]r la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en q[illegible]e produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las ces[illegible]ías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la [illegible]gnación básica vigente al momento de la acusación de la mora sin que va[illegible]por la prolongación en el tiempo, y que es improcedente la indexación de [illegible]sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Esto, sin perjuicio de lo[illegible]puesto en el artículo 187 del CPACA.

DEL SUJETO PASIVO EN EL PAGO [illegible]A SANCIÓN MORATORIA DE DOCENTES.

En lo referente a cuál es la entid[illegible]encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pag[illegible]ardío de las cesantías, en el caso de los docentes se tiene lo siguiente:

La Ley 962 de 2005,- *por medio de[illegible]ual se dictaron disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos admini[illegible]vos de los organismos y entidades del Estado* -, previó en su artículo 56 la m[illegible]ra en que debe ser llevado a cabo el procedimiento de reconocimien[illegible]y pago de dichas prestaciones. Contempla la norma:

*"**Artículo 56.** Las prestac[illegible]s sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del [illegible]gisterio serán reconocidas por el citado Fondo mediante la aprobación d[illegible]oyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser e[illegible]brado por el Secretario de Educación de la entidad Territorial certificada corr[illegible]ndiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administr[illegible]o de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Se[illegible]rio 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 2°. Radicación de solicitudes.* ***Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación****, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*
>
> *La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.*
>
> *ARTÍCULO 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 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 rjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a e pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autori territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Na al de Prestaciones Sociales del Magisterio, **sin la previa aprobación de la iedad fiduciaria** encargada del manejo y administración de los recurso tal Fondo, **carecerán de efectos legales** y no prestarán mérito ejecutivo.*

Frente al tema del reconocimien de cesantías a docentes por parte del Fondo de Prestaciones Sociales de agisterio, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, en pronunc iento del 25 de marzo de 2010, con ponencia del Dr. Gustavo Eduard ómez Aranguren, precisó:

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

*En su artículo 1°, distingue a docentes nacionales de los **nacionalizados**, en el sentido de que los primero on los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los seg os, **son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes de de enero de 1976** y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con ispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

El artículo 4° de esta Ley señ que el Fondo atenderá las prestaciones sociales de los docentes tanto na ales como nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de su mulgación y con observancia de lo dispuesto por su artículo 2°, que a su turn n su numeral 2° establece, que las prestaciones sociales del personal nacio ado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975 así como los reajustes y la su ción de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las s de previsión o entidades que hicieran sus veces y a las cuales venía vincula ste personal.

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

*Por su parte, el Numeral 1° u artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacion nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, regirá de la siguiente manera: los **docentes nacionalizados** que figuren culados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestacion económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venid zando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, pa s mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleado blicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 19 que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.*

*De manera particular, en l e a las **cesantías** hace referencia, el numeral 3° de este mismo artículo señ que a partir de su vigencia, **para docentes nacionalizados vinculados ta el 31 de diciembre de 1989**, dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por ción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido m icado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio último año. **Y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 0 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fech ero 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."*** *(Negrillas y subrayas fuera del texto)*

Así las cosas, se extrae de lo anterior que, la Ley que regula el pago de cesantías establece que la entidad pública pagadora tendrá un plazo para pagar las cesantías y en dado que no lo haga dentro del término, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario una sanción.

En ese orden de ideas al ser el FOMAG la entidad pagadora de las cesantías tal y como lo prevé la Ley 91 de 1989, esta es la obligada a cancelarla.

Afirmación que se extrae de los pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado y del más reciente pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "A", sección en cargada de los temas laborares, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez, en providencia de diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), proferida en el proceso con Radicación: 66001-23-33-000-2013-00190-01 en el Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, donde funge como Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz y como Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En donde sintetizó que la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio., debido a que mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación,

con independencia patrimonial, c table y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está re sentada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otr es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Corolario de lo anterior, la comp ncia para el reconocimiento y pago del Auxilio de Cesantías de los doce es y demás prestaciones a las que haya lugar está en cabeza del Minister de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Mag erio y por ende, la legitimación por pasiva le corresponde a la Nación – M sterio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magis rio, pues en materia de cesantías, aun cuando el trámite se adelante a t és de la Secretaría de Educación a la cual se encuentre vinculado el docen su reconocimiento corresponderá a dicho Fondo, por ser el ente encargad el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mism por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación ortuna de las cesantías le corresponde a la misma.

CASO CONCRETO

La controversia radica en deter r si el señor Romero Muñoz, tiene derecho a que la Nación – Ministerio de cación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le recon n y paguen la sanción moratoria regulada la Ley 50 de 1990, aplicable al s or público en virtud de la Ley 244 de 1995, correspondiente a la cesantía p ial.

Descendiendo al caso que nos upa, se tiene entonces el señor Romero, como docente de la planta de sonal del Departamento de Bolívar, solicitó ante el respectivo ente – FOMA el pago de la sanción moratoria por la no consignación de los auxilios de esantías, correspondientes a las cesantías parciales.

El FOMAG, guardó silencio.

Del material probatorio obrante el expediente, se desprende que el señor Romero Muñoz, fue vinculado la planta de personal de docentes del Departamento de Bolívar, desd el año 1994, y que, según lo narrado en la demanda y de la resolución de conocimiento de cesantías, está afiliado al Fondo Nacional de Prestacion Sociales del Magisterio, en los términos establecidos en el Decreto 3752 2003.

Se trata entonces de establece el señor Romero Muñoz, en su calidad de docente Departamental, vincu o desde el año 1994, tiene derecho a que se le reconozca y pague la s ión moratoria consagrada en el conjunto normativo de las Leyes 244 de 5 y 1071 de 2006.

Una vez analizados los element robatorios allegados al infolio, se encuentra acreditado que mediante Res ción No. 0515 del 27 de febrero de 2014,

emanada de la Secretaría de Educación Departamental de Bolívar se reconoció y ordenó el pago de unas cesantías parciales con destino a la compra de vivienda, en favor del actor, el cual fue notificado el día 11 de marzo de 2014 (fls. 20-22).

Igualmente se acreditó que el auxilio de cesantías parciales reconocido al demandante, fue pagado el **04 de junio de 2014,** tal como se extrae del comprobante de retiro del Banco BBVA, visible a folio 23 del expediente.

Así mismo, se encuentra demostrado que el actor, 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 03 de octubre de 2013, tal y como se indica en la Resolución No.0515, por la cual se reconoce el pago de una cesantía parcial al docente Romero Muñoz. También se acreditó que el docente en la vigencia fiscal 2014, una asignación o sueldo básico mensual de $ 2.711.939.00 (fl. 25).

Visto lo anterior se tiene que la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales es elevada por el demandante ante el FOMAG el día **03 de octubre de 2013**, solicitud que fue atendida por esa dependencia mediante **Resolución No. 0515 del 27 de febrero de 2014**, y el depósito o consignación de dichas cesantías fue realizado el día **04 de junio de 2014**, fecha desde la cual estaba a disposición del actor.

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 del actor el **03 de octubre de 2013** y la expedición del acto de reconocimiento el **27 de febrero de 2014,** se superó el término de 15 días hábiles señalado en el artículo 4° 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 del actor, el **04 de junio de 2014**, generándose una mora en el pago de las cesantías si se tiene en cuenta que los 70 días – en vigencia de la Ley 1437 de 2011- hábiles contados a partir de la radicación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales **vencían el 17 de enero de 2014**.

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 y no desde la expedición del acto de reconocimiento.

Fecha de la **reclamación** de las cesantías definitivas	03/10/2013	
Vencimiento del término para el **reconocimiento** - días (Art. 4 L. 1071/2006	25/10/2013	**Fecha de reconocimiento:** 27/02/2014
Vencimiento del término de **ejecutoria** – 10 días (1437 de 2011)	12/11/2013	**Fecha de pago:** 04/06/2014
Vencimiento del término para el **pago** - 45 días (Ar L. 1071/2006)	17/01/2014	**Período de mora:** 18/01/2014 – 03/06/2014

Se reitera, la administración [illegible]itió el cumplimiento de los términos consagrados en la Ley tanto par[illegible]l reconocimiento como para el pago de las cesantías reclamadas por la d[illegible]andante, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento de las ce[illegible]ntías, 10 más que corresponden al término de la ejecutoria – en vigencia de[illegible] Ley 1437 de 2011 – y 45 días dentro de los cuales debía realizar el pago, co[illegible]ados los cuales, se entiende que **el pago debió producirse a más tardar el [illegible]de enero de 2014, pero solo se hizo hasta el 04 de junio de 2014, es decir, e[illegible]rma tardía**.

Si bien es cierto, el Juez de primer[illegible]stancia expresó que la entidad tenia plazo máximo para pagar el día 13 de [illegible]iembre de 2013, haciendo el computo de 65 días hábiles, cuando debió re[illegible]arlo por el término de 70 días hábiles, por estar en vigencia la Ley 1437 del[illegible]1.quiere decir que el FOMAG tenía plazo para pagar las cesantías parci[illegible] al actor hasta el 17 de enero de 2014; motivo por el cual se modificará [illegible]umeral segundo del proveído.

Para concluir, podemos afirm[illegible] que en el presente caso, la entidad demandada Nación – Ministerio [illegible] Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magist[illegible]o incumplió los términos fijados en la Ley 1071 de 2006, para el reconoci[illegible]nto y pago de las cesantías parciales del demandante señor Romero Mu[illegible], razón por la cual, es responsable de la sanción moratoria por el retard[illegible]n el pago de dichas cesantías parciales reconocidas mediante la Resol[illegible]ón No. 0515 del 27 de febrero de 2014, emanada de la Secretaría de Ed[illegible]ación Departamental de Bolívar

Por último, pese a que no fue obj[illegible] del recurso de apelación, el a-quo ordeno la indexación de la sanción, p[illegible] lo que, esta Sala encuentra pertinente señalarle que la jurisprudencia d[illegible]Consejo de Estado[6] en reiteradas ocasiones ha indicado la incompatibilidad[illegible]tre la indexación y la sanción moratoria, al considerar que esta última no e[illegible]n derecho laboral, sino una penalidad de carácter económico que sancio[illegible]la negligencia del empleador en la gestión

[6] Sentencia del 31 de enero de 2008, Expedien[illegible]49-05; Sentencia del 5 de agosto de 2010, Expediente 1521-09; Sentencia del 11 de julio de 2013, Radicación [illegible]-11; Sentencia del 14 de diciembre de 2015, Radicación 1498-14; Sentencia del 17 de noviembre de 2016, Rad[illegible]ón 1520-14.

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 menos remunerarlo; motivo por el cual se modificará el numeral segundo del proveído.

Por lo expuesto, la Sala Modificará el numeral segundo de la sentencia apelada, al percatarse que el *a quo* no tuvo en cuenta la vigencia de la Ley 1437 del 2011, con respecto a la contabilización de los días con que cuenta la entidad para el pago de las cesantías parciales, a su vez, negará la indexación de la sanción contenida en el mismo numeral, por ser incompatible con la jurisprudencia; 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 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, no se condenará en costas debido a que a la recurrente se le resolvió parcialmente favorable el recurso.

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. MODIFÍCASE el numeral segundo la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, el veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017); el cual quedara así:

> "SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar al señor Rafael Ángel Romero Muñoz, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, 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 parcial, desde el 18 de enero de 2014 hasta el 03 de junio de 2014, teniendo en cuenta para ello, el salario básico devengado por el demandante en dicho periodo. "

SEGUNDO. Confirmase los demás de la sentencia apelada.

TERCERO. Sin condenas en costas.

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

QUINTO. 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)

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL **LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ.**