



Cartagena de Indias D. T. y C. veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2017-00113-01
Demandante	GIOVANNI ESPENCER BALCACER MARRUGO
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 31 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Sexto (06) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente 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:

Que se declare la nulidad del oficio 2017RE289 del 06 de febrero de 2017, frente a la petición presentada el día 23 de enero de 2017, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora al actor, establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 y como consecuencia de la nulidad se ordene a la demandada que reconozca y pague la sanción por mora, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud y hasta cuando se hizo efectivo su pago.

2.1.2. Hechos

Se resumen así:

El actor, por laborar como docente en los servicios educativos estatales, le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 07 de septiembre de 2015, el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho.





Por medio de resolución No. 7470 del 04 de noviembre de 2015, le fue reconocida la cesantía solicitada; esta fue cancelada el día 03 de marzo de 2016, por intermedio de entidad bancaria.

El actor solicitó las cesantías el 07 de septiembre de 2015, siendo el plazo para cancelarlas el día 11 de diciembre de 2015, pero se realizó el día 03 de marzo de 2016, por lo que transcurrieron 81 días de mora contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

El 23 de enero de 2017, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de la cesantía a la entidad convocada y esta resolvió negativamente 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. (fls.46-57)

Considera que es menester tomar en cuenta la pretensión del accionante, no está ajustada a derecho, toda vez que no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico de manera integral.

Las prestaciones sociales de los docentes, están a cargo del Fondo Nacional de prestaciones sociales del magisterio; que en cuanto al trámite de reconocimiento se tiene la Ley 962 de 2005, reglamentada por el Decreto Nacional 2831 de 2005.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo implementara 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 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.





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 secretarías 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 y 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.

Elo 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 límites 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.



3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 96)

El Juzgado Décimo Sexto (06) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia dictada en audiencia inicial el 31 de octubre de 2017, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, condenando a la accionada a reconocer y pagar al demandante, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas a que tenía derecho, correspondiente al periodo del 12 de diciembre de 2015 hasta el 2 de marzo de 2016.

Por último el *a quo* no atendió las pretensiones orientadas a la indexación.

4. RECURSO DE APELACIÓN

De la parte demandada (fs.102-111)

La parte demandada en su recurso de apelación sostiene que la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006 por la cual se adiciono y modifico la Ley 244 de 1995, solo procede respecto de los plazos para trámite de las prestaciones económicas.

La fiduciaria la Fiduprevisora 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, pues es de tener presente, que no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encuentran en trámite.

Por otro lado, es importante señalar que el 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 Secretarías 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 23 de marzo 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 26 de abril de 2018, se corrió traslado, para que las partes presentaran por escrito sus alegatos de conclusión. (fl. 128)

6. ALEGACIONES

La parte demandante presentó por escrito sus alegatos de conclusión. (Fls.137-143)

La parte demandada presentó por escrito sus alegatos de conclusión. (fls.131-136)

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público recomendó confirmar el fallo de primera instancia en su integridad.

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

IMPEDIMENTO DEL DR. JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL.

El H. M. Dr. Jose Rafael Guerrero Leal, se declara impedido para conocer el presente proceso, en virtud de que concurre en la causal de impedimento prevista en el numeral 12º del artículo 141 del C.G.P; ello porque fungió como procurador, emitiendo concepto en el sentido estricto.

La Sala, luego de revisar los hechos en que se fundamenta el impedimento y la causal invocada, la encuentran procedente, debido a que emitió concepto de fondo en el presente asunto, que puede afectar su imparcialidad; por lo





que aceptará el impedimento manifestado por el H. M. Dr. Jose Rafael Guerrero Leal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 131 del C.P.A.C.A.

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.”

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 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 definitivas.

Tesis

La Sala de decisión modificará el numeral tercero de la sentencia apelada, al evidenciarse una incorrecta contabilización del periodo de mora en que incurrió la entidad en el pago de las cesantías definitivas al actor; y confirmará los demás por encontrarse acorde a la realidad legal y jurisprudencial vigente.

JURISPRUDENCIA EN MATERIA 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:

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 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, intendentia les, 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;
- 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 3º 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 5º 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.*

La creación de regímenes especiales para ciertos sectores tienden a otorgar mayores beneficios y ser más favorables que los establecidos en el régimen general; sin embargo, la Ley 91 de 1989 no pareciera ser más garantista, en lo que concierne al pago de la sanción moratoria. Al evidenciar esta circunstancia, la Sala reafirma que por tratarse de un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, con base en la voluntad misma del legislador, en aplicación de los postulados constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación y a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas. Esta resulta ser la condición más beneficiosa para los trabajadores docentes del sector oficial y, en esa medida, se adecue mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

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

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

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.





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 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 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 retire 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.

(...)"

En pronunciamiento más reciente el Consejo de Estado⁵ unificó criterios en materia de sanción moratoria de docentes, en el siguiente tenor:

"PRIMERO: UNIFICAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el docente oficial, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías.

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

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

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en 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 JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

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

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

Se extrae de lo anterior 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.

Que 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, 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 acusación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo, y que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Esto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

DEL SUJETO PASIVO EN EL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA DE DOCENTES.

En lo referente a cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes se tiene lo siguiente:

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 secretaria de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

1. **Recibir y radicar** en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario 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 perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria** encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, **carecerán de efectos legales** y no prestarán mérito ejecutivo.

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

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

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

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

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

Por su parte, el Numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: los **docentes nacionalizados** que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

De manera particular, en lo que a las **cesantías** hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, **para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario 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 1º 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 1º 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 1º 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 1º 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 laborales, 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, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación





Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Corolario de lo anterior, 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-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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, por ser el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías le corresponde a la misma.

CASO CONCRETO

La controversia radica en determinar si el señor Giovanni Spencer Balcácer Marrugo, 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 las cesantías definitivas.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se tiene entonces que el señor Balcácer Marrugo, como docente de la planta de personal del Distrito de Cartagena de Indias, 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 definitivas.

La Secretaria de Educación Distrital de Cartagena de Indias, dio respuesta a la solicitud, manifestando, que no era posible acceder a la pretensión de reconocimiento y pago de intereses moratorios, puesto que, la misma no es de restablecimiento automático, basado en el principio de la buena fe que se presume a favor del empleador.(20-21)

Del material probatorio obrante en el expediente, se desprende que el señor Balcácer Marrugo, fue vinculado a la planta de personal de docentes del Distrito de Cartagena de Indias, desde el año 2013, y que, según lo narrado en la demanda y de la resolución de reconocimiento de cesantías, está afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos establecidos en el Decreto 3752 de 2003.

Se trata entonces de establecer si el señor Balcácer Marrugo, en su calidad de docente Distrital, vinculado desde el año 2013, tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción moratoria consagrada en el conjunto normativo de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.





Una vez analizados los elementos probatorios allegados al infolio, se encuentra acreditado que mediante Resolución No.7470 del 04 de noviembre de 2015, emanada de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena de Indias, se reconoció y ordenó el pago de unas cesantías definitivas, en favor del actor, el cual fue notificado el día 17 de noviembre de 2015 (fls. 22-23).

Igualmente se acreditó que el auxilio de cesantías definitivas reconocidas al demandante, estuvo a disposición de pago el **03 de marzo de 2016**, tal como se extrae del sello de caja del BBVA, visible a folio 22-23 del expediente.

Así mismo, se encuentra demostrado que el actor, por intermedio de apoderado, había elevado solicitud de reconocimiento y pago de cesantías definitivas ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 07 de septiembre de 2015, tal y como se indica en la Resolución No.7470, por la cual se reconoce el pago de las cesantías definitivas al docente Balcácer Marrugo. También se acreditó que el docente en la vigencia fiscal 2015, una asignación o sueldo básico mensual de \$ 1.492.462.00 (fl. 24).

Visto lo anterior se tiene que la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas es elevada por el demandante ante el FOMAG el día **07 de septiembre de 2015**, solicitud que fue atendida por esa dependencia mediante **Resolución No. 7470 del 04 de noviembre de 2015**, y el depósito o pago de dichas cesantías fue realizado el día **03 de marzo de 2016**.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, resulta claro que a partir de la radicación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas por parte del actor el **07 de septiembre de 2015** y la expedición del acto de reconocimiento el **04 de noviembre de 2015**, 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 definitivas al actor, el **03 de marzo de 2016**, 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 definitivas **vencían el 18 de diciembre de 2015**. 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 parciales	07/09/2015	Fecha de reconocimiento: 04/11/2015
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	28/09/2015	





Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (ley 1437 de 2011)	13/10/2015	Fecha de pago: 03/03/2016
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	18/12/2015	Período de mora: 19/12/2015 – 02/03/2016

Se reitera, 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 el demandante, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías, 10 más que corresponden al término de la ejecutoria – en vigencia de la 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 18 de diciembre de 2015, pero solo se hizo hasta el 03 de marzo de 2016, es decir, en forma tardía.**

Por lo anterior, 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 señor Balcácer Marrugo, razón por la cual, es responsable de la sanción moratoria por el retardo en el pago de dichas cesantías definitivas reconocidas mediante la Resolución No. 7470 del 04 de noviembre de 2015, emanada de la Secretaría de Educación del Distrital de Cartagena de Indias.

Ahora bien, el Juez de primera instancia, determinó que el tiempo de mora en que incurrió la entidad en el pago de las cesantías definitivas al actor, se generó desde el 12 de diciembre de 2015 a 02 de marzo de 2016; sin embargo, observa la Sala que la correcta contabilización de la sanción moratoria es el periodo comprendido entre el día siguiente del vencimiento del término para el pago de la cesantía definitiva, 19 de diciembre de 2015, hasta el día anterior en que estuvo a disposición de pago las cesantías del actor, 02 de marzo de 2016; por tal motivo, se modificará el numeral tercero de la sentencia en apelada

Por último, esta Sala reafirma la determinación adoptada por el *a quo* consistente en negar la indexación de la sanción, dado que, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁶ 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,

⁶ 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.





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 mucho menos remunerarlo.

Por lo expuesto, La Sala de decisión modificará el numeral tercero de la sentencia apelada, al evidenciarse una incorrecta contabilización del periodo de mora en que incurrió la entidad en el pago de las cesantías definitivas al actor; y confirmará los demás por encontrarse acorde a la realidad legal y jurisprudencial vigente.

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. DECLÁRASE fundado el impedimento manifestado por el doctor José Rafael Guerrero Leal, como Magistrado integrante de la Sala de Decisión nº 1, de este Tribunal, en consecuencia, aceptase y sepárese del conocimiento del presente proceso.

SEGUNDO. MODIFÍCASE el numeral segundo de la sentencia dictada en audiencia inicial, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Sexto (06) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. El cual quedará así:

"como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, condénese a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIOANAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar al demandante señor Giovanni Spencer Balcácer Marrugo identificado con CC No.1.047.393.588, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, en los términos que lo prevé la Ley 244





de 1995, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de la cesantía definitiva, desde el 19 de diciembre de 2015 hasta el 02 de marzo de 2016, teniendo en cuenta para ello el salario básico devengado por el demandante en el periodo 2015."

TERCERO. CONFÍRMASE los demás numerales de la sentencia apelada.

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)

Impedida
JOSÉ RAFAÉL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ.