REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No 2

Tunja, 28 AGO 2019

Medio de Control	:	**Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante	:	**Alvaro Poveda Camargo**
Demandado	:	**Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**
Expediente	:	**15001-33-33-006-2017-00021-01**

Tema: Confirma sentencia de primera instancia que ordenó el reconocimiento de la sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 –revoca numeral cuarto para negar la actualización de la condena de que trata el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Magistrado ponente: **Luís Ernesto Arciniegas Triana**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2018, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Se concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se concedan las siguientes:

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante se concedan las siguientes pretensiones:

Declarar la nulidad del oficio No 10414 del 4 de noviembre de 2016 y del oficio No 20160171506961 del 28 de diciembre de 2016, por medio del cual se remitió petición a la FIDUPREVISORA S.A y se negó la misma respectivamente, las cuales resolvían la petición elevada por la parte actora, atinente a la concesión de la sanción moratoria por el pago tardía de cesantías, de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006. Debe aclararse que dicho número fue enunciado por la parte demandante en el

acápite de hechos, pero el No real del oficio es 20160171413901 del 7 de diciembre de 2016

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar a la demandante, la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por no haber hecho el pago oportuno de las cesantías reconocidas en la resolución No 006341 del 5 de octubre de 2015, entre el 16 de septiembre de 2015 y el 12 de septiembre de 2016; que se ordene el pago de la condena indexada; que la sentencia se cumpla e los términos del artículo 189 y 192 de la Ley 1437 de 2011; y que se condene en costas a la demandada.

2. Fundamentos fácticos

Narra la demanda que previa solicitud elevada por la demandante, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio mediante resolución No 006341 del 5 de octubre de 2015 reconoció al demandante cesantía por valor de $ 17.056.881, la cuales se pagaron el 12 de septiembre de 2016, esto es, cuando ya se encontraba en mora, conforme a lo señalado en la Ley 1075 de 2006.

3. Fundamentos de derecho

- Normas invocadas: Artículos 25, 53, de la Constitución Política de 1991; Leyes 244 de 1995; 1071 de 2006.

- Concepto de la violación:

Previa enunciación de los derechos constitucionales al trabajo, a la remuneración equitativa y satisfactoria, igualdad, remuneración mínima vital y móvil, irrenunciabilidad a los beneficios laborales, indicó que el pago de las cesantías y de a la sanción moratoria es consustancial al Estado Social de Derecho.

Señaló que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de estado, la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías contenida en la Ley 244 de 1995 y Ley

1071 de 2006, cobija a los docentes oficiales. No obstante, verificados los requisitos contenidos en las normas en cita, se evidencia que la entidad demandada realizó un pago extemporáneo de las cesantías y por ende debe proceder al reconocimiento de la sanción moratoria.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 21 de febrero de 2017[1] ante el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, quien mediante proveído del 19 de junio de 2017[2] admitió la demanda ordenando notificar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio., a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P. Solicitó además a la parte demandada allegar el expediente administrativo objeto del proceso, conforme al parágrafo primero del artículo 175 del C.P.A.C.A.

1. Contestación de la demanda[3]

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó escrito de contestación en los siguientes términos:

Adujo que de conformidad con la Ley 60 de 1993 y la Ley 715 de 2001 se dio la descentralización del sector educativo y desde entonces la demandada perdió la facultad de ente nominador, la cual la ostentan las entidades territoriales. Por su parte el Decreto 2831 de 2005 trasladó la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes a las entidades territoriales, por lo que la demandada carece de competencia y legitimidad para realizar dichas funciones.

Además, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentra administrado por la Fiduciaria la Previsora S.A. y es a esta, a quien le corresponde garantizar el patrimonio del fideicomitente. Entonces, por virtud del contrato de

[1] Ver folio 1 del expediente
[2] Ver folios 37 a 39 del expediente.
[3] Ver folios 48 a 55 del expediente.

fiducia, es a la Fiduciaria a quien le corresponde gestionar y defender los intereses del patrimonio autónomo, y es responde por los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, tales como el pago de prestaciones sociales a los maestros afiliados al Fondo.

En cuanto al fondo del asunto se opone a las pretensiones de la demanda en tanto la Ley 1071 de 2006 no es aplicable al caso de los docentes que gozan de legislación especial y por ende no es procedente el reconocimiento pretendido en este proceso, a lo que debe sumarse que el oficio demandado y expedido por FIDUPREVISORA S.A fue expedido conforme a la normatividad vigente y no presenta vicio alguno que provoque su nulidad.

Adujo que el Decreto 2831 de 2005 estableció que la atención de la solicitudes reclamadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuado a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas o la dependencia que haga sus veces, quien remitirá a la FIDUPREVISORA el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, el cual será aprobado o no en el término de 15 días. Dicho trámite también es procedente para el reconocimiento de las cesantías de los docentes.

Argumentó que los docentes cuentan con un régimen especial de cesantías y por ende no le son aplicables las disposiciones de sanción moratoria señaladas en la demanda como lo son las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues estas son aplicables a servidores públicos diferentes a los docentes, a quien al respecto, debe aplicarse el procedimiento expreso regulado en la Ley 91 de 1989 reglamentada por el Decreto 2831 de 2005. No obstante, tampoco es dable hacer extensiva la sanción no establecida en el procedimiento especial.

Propuso como excepciones de mérito:

FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA, por cuanto en virtud de la descentralización de la educación, las entidades territoriales expiden los actos de reconocimiento de prestaciones económicas y por ende allí no se encuentra involucrada la voluntad de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, sumado

al argumento ya expuesto sobre la fiducia respecto del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

RECONOCIMIENTO Y TRÁMITE DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A CARGO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y no a cargo del Ministerio de Educación Nacional, quien en nada interviene para el efecto.

PRESCRIPCIÓN. Los derechos laborales prescriben en tres años, la cual debe ser decretada en caso de que las pretensiones sean prósperas.

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 30 de noviembre de 2017 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1° del artículo 180 del C.P.A.C.A.[4]

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial, evacuadas las etapas de ésta y decretadas las pruebas que se consideraron pertinentes, se fijó fecha para realización de audiencia de pruebas de conformidad con el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011[5]

3. Audiencia de pruebas

El 25 de enero de 2018 se celebró audiencia de pruebas, incorporando las recaudadas, cerrando etapa probatoria, y concediendo a las partes el término de 10 días para presentar alegatos de conclusión[6]. Dentro de dicho término se pronunció la parte demandante y la parte demandada

[4] Ver folio 63 del expediente
[5] Ver folios 65 a 70 del expediente
[6] Ver folios 77 y 78 del expediente

4. Alegatos de conclusión

4.1. Alegatos de conclusión presentados por la parte demandante [7]

Señaló que de las documentales obrantes en el expediente se evidencia que la entidad demandada incurrió en mora en el pago de sus cesantías, toda vez que entre la expedición de la resolución de reconocimiento – 12 de septiembre de 2016 – y el pago – transcurrió un término de 361 días, que deben ser reconocidos como la mora pretendida, en razón a que los docentes tienen derecho a la aplicación de la Le 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

4.2. Alegatos de conclusión presentados por la entidad demandada[8]

Reiteró los argumentos presentados con la contestación de la demanda. Insistió, que entre el Ministerio de Educación Nacional y la demandante no existe relación laboral alguna, toda vez que por el proceso de descentralización de la educación dicha entidad no presta el servicio educativo, siendo las entidades territoriales las que lo hacen, y las que además ostentan la calidad de ente nominador respecto de los docentes vinculados a su planta de personal. En consecuencia, al Ministerio de Educación no le asiste competencia para expedir el acto administrativo de reconocimiento del derecho reclamado, máxime cuando quien administra y defiende los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la FIDUPREVISORA S.A.

Adujo que los docentes tienen norma especial para el reconocimiento de sus cesantías, diferente al contenido en la ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, pues dicho trámite se encuentra regulado en el Decreto 2831 de 2005, procedimientos que difieren entre si, y cuya aplicación debe ser preferente en torno a la especialidad de la norma.

Insistió que en caso de prosperidad de las pretensiones debe declararse la excepción de prescripción.

[7] Ver folios 93 y 94 del expediente
[8] Ver folios 80 a 91 del expediente

III. FALLO RECURRIDO

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante fallo proferido el 23 de marzo de 2018[9], accedió a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Adujo que la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 señalaron que es obligación de las entidades la expedición del acto administrativo de reconocimiento de cesantías, de manera expedita, y pagar de manera oportuna la suma reconocida so pena de verse obligada al pago de la sanción moratoria.

Señaló que frente a la aplicación específica de dichas normas al caso de los docentes oficiales, han existido posturas disímiles, que fueron zanjadas con la expedición por parte de la Corte Constitucional de la sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, en la que indicó que los docentes tienen características similares a los servidores públicos, por lo que debe aplicárseles las leyes 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, ya que ello garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales en condiciones de igualdad con los demás servidores del Estado, a quiénes se les garantiza el pago oportuno de sus prestaciones, además de garantizar la condición más beneficiosa y que se adecúa a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales.

Argumentó que de otro lado no se están aplicando dos regímenes disimiles frente a un mismo derecho, pues, el derecho a las cesantías es uno y el derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de dicha prestación es otro; esta última, es un concepto diferente que surge como consecuencia de la mora en el pago, sin importar el régimen de cesantías aplicable y que por consiguiente ha de aplicarse a todos los trabajadores del estado sin distinción alguna. Concluyó entonces que es viable complementar las disposiciones especiales docentes de que trata la Ley 91 de 1989, con las generales previstas en la ley 1071 de 2006, cuyo ámbito de aplicación se extiende incluso a los educadores, materializando así el derecho a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Constitución Política.

[9] Ver folios 96 a 106

Reconoció entonces el a quo el derecho pretendido por la parte actora, desde el 24 de septiembre de 2015 hasta el 24 de agosto de 2016, en razón de un día de salario por cada día de retardo. Ordenó el ajuste de valor a partir el 25 de agosto de 2016, ya que después de dicha fecha no se siguió causando más capital por concepto de sanción moratoria. La fecha límite de indexación será la sentencia, pues a partir de su ejecutoria, se producen interese moratorios.

IV. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

Los motivos de inconformidad expuestos por el apoderado de la parte demandada[10], reiteran los planteamientos esbozados en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia, que se contraen en lo fundamental a lo siguiente:

Que entre el Ministerio de Educación Nacional y la demandante no existe relación laboral alguna, toda vez que por el proceso de descentralización de la educación dicha entidad no presta el servicio educativo, siendo las entidades territoriales las que lo hacen y las que además ostentan la calidad de ente nominador respecto de los docentes vinculados a su planta de personal; en consecuencia, al Ministerio de Educación no se asiste competencia para expedir el acto administrativo de reconocimiento del derecho reclamado, máxime cuando quien administra y defiende los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la FIDUPREVISORA S.A.

Además indicó que dentro de procedimiento establecido por el Decreto 1075 de 2015 para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales a cargo del FOMAG no existe intervención alguna del Ministerio de Educación Nacional, pues es un trámite propio de la entidad territorial empleadora y de la FIDUPREVISORA S.A en calidad de administradora de los recursos del FOMAG.

De otra parte manifestó que dentro del trámite referido para el reconocimiento de la prestación social interviene la voluntad del ente territorial empleador del docente y

[10] Ver folios 109 a 121 del expediente<

además la de la FIDUPREVISORA, no es posible determinar cuál fue la entidad que incurrió en la mora aludida.

Señaló que no es aplicable a los docentes el contenido de la Ley 1071 de 2006 en tanto la misma contiene una disposición de carácter general y los docentes por su parte cuentan con norma especial respecto del reconocimiento de cesantías contenida en la ley 91 de 1989.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad de Tunja concedió en el efecto suspensivo para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.[11]

Mediante providencia del 31 de agosto de 2018 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada.[12]

A través de proveído de 21 de septiembre de 2018 se abstuvo el despacho de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4° del artículo 247 del CPACA [13], término dentro del cual presentó escrito la entidad demandada y rindió concepto el Ministerio Público.

1. Alegatos de conclusión presentados por la entidad demandada[14]

Reiteró que entre el Ministerio de Educación Nacional y la demandante no existe relación laboral alguna, razón por la cual no le asiste competencia para expedir el acto administrativo de reconocimiento del derecho reclamado, máxime cuando quien administra y defiende los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la FIDUPREVISORA S.A.

---

[11] Ver folios 137 a 139 del expediente
[12] Ver folio 144 del expediente
[13] Ver folio 148 del expediente
[14] Ver folios 152 al 161 del expediente

Indicó que dentro de procedimiento establecido por el Decreto 1075 de 2015 para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales a cargo del FOMAG no existe intervención alguna del Ministerio de Educación Nacional, pues es un trámite propio de la entidad territorial empleadora y de la FIDUPREVISORA S.A en calidad de administradora de los recursos del FOMAG.

De otra parte manifestó que el acto administrativo que le reconoció la prestación al docente por concepto de cesantía, expresamente señaló en su parte resolutiva que el valor reconocido será cancelado cuando exista disponibilidad presupuestal para tal fin y corresponda el turno de atención de la solicitud de acuerdo con la destinación de la prestación, disposición que se encuentra contenida en la Ley 344 de 1996 que indicó que las cesantías sólo podrán reconocerse, liquidarse y pagarse cuando existe apropiación presupuestal para el efecto.

Entonces, de conformidad con el artículo 345 constitucional y el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, opera la suspensión frente al pago, que no puede realizarse mientras no exista presupuesto y le corresponda el turno de atención. En otras palabras, el reconocimiento de tal derecho subjetivo no implica que el pago de la prestación deba hacerse de manera inmediata, pues para que pueda exigirse el cumplimiento del acto, debe demostrarse que no hay otro docente con derecho anterior al del demandante no que existe el presupuesto que permite el pago de la prestación.

De otra parte, toda vez que dentro del trámite referido para el reconocimiento de la prestación social interviene la voluntad del ente territorial empleador del docente y además la de la FIDUPREVISORA, no es posible determinar cuál fue la entidad que incurrió en la mora aludida.

Señaló que no existe jurisprudencia pacífica en cuanto a la aplicación que deba hacerse a los docentes del contenido de la Ley 1071 de 2006 en tanto la misma contiene una disposición de carácter general y los docentes por su parte cuentan con norma especial respecto del reconocimiento de cesantías contenida en la ley 91 de 1989.

Por lo anterior solicita se declare probada la excepción de inexistencia de la obligación y en consecuencia se revoque la sentencia de primera instancia.

2. Concepto presentado por el Ministerio Público.[15]

Previo a realizar un estudio sobre la normatividad existente en materia de cesantías tanto de docentes como de servidores públicos y de poner de presente la disparidad de criterios que en los últimos años ha existido en lo tocante a la aplicación o no del de la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 específicamente en la concesión de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías a docentes, concluyó trayendo a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional[16] – que ha señalado que los docentes debe aplicarse lo dispuesto en las referidas normas – porque una interpretación diferente contraría la voluntad del legislador y transgrede los fundamentos constitucionales en los cuales se sustentaron los proyecto de ley que regulan la sanción moratoria

Solicita entonces aplicar el precedente de unificación jurisprudencial anotado concediendo a favor del docente demandante la pretendida sanción moratoria por pago tardío de cesantías y en consecuencia solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

De la falta de competencia del Ministerio de Educación Nacional para resolver la petición de sanción moratoria por pago tardío de cesantías, alegada en el recurso de apelación

Ha insistido la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - incluso en el recurso de apelación - en que dentro del procedimiento para el reconocimiento de la prestación reclamada no se

[15] Ver folios 163 a 168 del expediente.
[16] SU 336 de 2017

encuentra inmersa su voluntad, ya que por ley, esta obligación se encuentra en cabeza de la entidad territorial certificada, y de la sociedad fiduciaria quien administra y paga con recursos del Fondo las obligaciones que en materia de prestaciones sociales reclamen los docentes afiliados al FOMAG.

Al respecto, considera la Sala que es **la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag**, conforme a las facultades que le ha conferido la Ley 91 de 1989, el Decreto 2831 de 2005 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la que debe reconocer y pagar las prestaciones sociales a los educadores, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual debe ser elaborado y firmado por el secretario de educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente.

Ahora bien, el ente territorial al cual el docente presta sus servicios no tiene competencia autónoma e independiente y mucho menos descentralizada en materia de reconocimiento de cesantías. Lo anterior, obedece a que si bien la suscripción del acto administrativo correspondiente la realiza el respectivo secretario de educación territorial, tal actuación la despliega investido de la facultad que por virtud de la Ley le ha delegado la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En definitiva, que el Fondo carezca de personería jurídica es la razón por la cual se dirige la demanda a la Nación - Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En conclusión, las cesantías deben ser reconocidas y pagadas por la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien se encuentra legitimado en la causa por pasiva, en últimas, porque ha sido el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, quien le atribuyó la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes[17].

[17]Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 63001233300020140014301 (41872015). Nov. 18/16.Vonsejera Ponente: Sandra Lisett Ibarra.

Ahora bien, en cuanto a la fiduciaria **LA PREVISORA,** se precisa que si bien, es concebida como una sociedad de economía mixta, que al tenor del numeral 2° del artículo 38 de la Ley 489 de 1998 pertenece al sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, y por tal motivo pertenece al derecho público aunque se rige por el régimen privado ya que está sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, en atención a que la participación del Estado es superior al 90%, también lo es, que ésta no ejerce autoridad pública en lo que respecta al estudio y posterior decisión sobre el pago de las prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado.

Así las cosas, y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la **FIDUPREVISORA S.A**, y las obligaciones contenidas en el contrato de fiducia, se infiere que aquella no tiene aptitud jurídica para resolver solicitudes que ante ésta se elevan por concepto de pago de prestaciones sociales de los docentes al servicio del Estado, toda vez que, se insiste, quien ostenta la atribución legal para desatar tales pedimentos es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad que reemplaza a los empleadores públicos en el pago de prestaciones sociales.

En esa dirección, es factible inferir que una cuestión es el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, y otra muy diferente, es el desembolso de los dineros por concepto de aquellos, pues la **FIDUPREVISORA**, solo realiza esta última actividad, porque su función administrativa, está relacionada exclusivamente a ser la administradora de los recursos dados en fiducia por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, quien a su vez, verifica la existencia de la respectiva disponibilidad presupuestal para efectuar el pago, por tal motivo, el titular de la obligación o responsable en el pago o no de los emolumentos prestacionales, en este caso de la prestación social reclamada, es el citado Fondo, por ser quien resuelve si le asiste el derecho o no al docente de percibir aquellos factores.

En razón a ello, se advierte que la obligación que cumple el Fondo es de resultado, en el sentido, que éste es el competente y en últimas responsable de resolver de fondo las solicitudes de reconocimiento y pago de derechos prestacionales, y por el contrario, la obligación de la FIDUPREVISORA S. A., es de medio, por cuanto ésta solo ejecuta la voluntad del fondo plasmada en el acto administrativo de

reconocimiento y pago, esto es, desembolsar únicamente el valor de las prestaciones sociales conforme con la Ley 91 de 1989, en las cuentas de los docentes vinculados al fondo, sin perjuicio de su deber de impartir la respectiva aprobación al proyecto de acto administrativo y devolverlo al secretario de educación para su expedición y notificación[18].

En consecuencia dicho, planteamiento esbozado por la demandada en su recurso de apelación, no prospera, siendo además oportuno señalar, que el oficio demandado en este proceso, si bien fue expedido por FIDUPREVISORA S.A, el mismo contiene la manifestación de voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con la negativa a la concesión de la sanción moratoria discutida, y ello lo hace un acto administrativo demandable.

2. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

3. -Problema jurídico

Teniendo en cuenta los argumentos planteados en la sentencia de primera instancia y los esbozados en el recurso de apelación, debe éste Tribunal determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo por el pago tardío de sus cesantías, o si por el contrario como lo plantea la demandada, debe negarse las pretensiones en razón a que los docentes cuentan con un régimen prestacional especial y no le son aplicables las disposiciones generales contenidas en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006.

[18] Postura acogida por la H. Corte Constitucional en Sentencia SU – 014 de 2002, M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, en los siguientes términos: "Pero lo anterior no exime a la Fiduciaria de su deber de limitarse a cumplir con su obligación de poner un visto bueno a la liquidación y devolver los expedientes a la oficina coordinadora del Fondo, porque, como ella misma lo ha reconocido, **solo tiene obligaciones de medio** y, si nada le compete respecto de la emisión del acto administrativo en curso, no le es permitido impedir que éste sea dictado".

El plan del caso que seguirá la corporación será: i) régimen de cesantías docentes; ii) sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; iii) La sanción moratoria por el pago tardío de cesantías docentes en el régimen retroactivo y anualizado iv); de los presupuestos para la mora por el pago tardío de las cesantías; v) Caso concreto.

a) Régimen de cesantías docente

La Ley 91 de 1989 en su artículo 15 estableció:

> "Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad **al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones**:
>
> 1. 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.
>
> Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales 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.
> (...)
>
> 3 Cesantías:
>
> A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.
>
> B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."

Las disposiciones transcritas sobre cesantías docentes, han permitido identificar dos regímenes, el retroactivo y el anualizado, respecto de los cuales, el Consejo de Estado se ha pronunciado así:

> "De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3° de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año. Y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.
>
> Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.
>
> Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.
>
> En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses".[19]

Sin embargo, la norma en cita no contempló disposición alguna sobre la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, razón por la cual, y ante la existencia de disparidad de criterios sobre si es dable o no aplicar dicha penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado

[19] *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).*

emitió pronunciamiento de unificación en sentencia del 18 de julio de 2018[20], en la que concluyó que la sanción moratoria contenida en la ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006 si es aplicable a los docentes en su calidad de servidores públicos.

Sea el momento para indicar que al tratarse de pronunciamiento de unificación, el mismo constituye precedente vertical de obligatorio acatamiento para esta Corporación y por lo mismo se acogerá y lo allí dispuesto se aplicará de manera íntegra a este caso. Lo anterior en concordancia con el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, que señaló:

> **"ARTÍCULO 270. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL.** Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009".

Por su parte, el artículo 10 de la norma en cita, indicó:

> **"ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas."[21]

Al efecto, en la sentencia de unificación que será analizada por la Sala en esta providencia, el Consejo de Estado, señaló:

> "Este reconocimiento normativo de la jurisprudencia y su influencia sobre otro tipo de decisiones judiciales se enmarca en el nuevo enfoque del Estado Constitucional de Derecho, con el cual se superan las concepciones tradicionales que limitaban el

[20] Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 – Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sanda Lisset Ibarra Vélez - Expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Tolima.

[21] Artículo declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-634-11 de 24 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, 'en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.'

> papel del juez respecto de la aplicación e interpretación de la ley,[22] basadas en el principio de separación de poderes que imperó en época de la revolución francesa y que originó la escuela de la exégesis, que no concebían al juez como creador del derecho. Esta nueva concepción, aceptada incluso por Kelsen,[23] es la que origina la vinculatoriedad del precedente para la decisión de nuevos casos con patrones fácticos y jurídicos similares.
> (...)
> Como se ha expuesto, dentro de los aspectos más importantes del precedente, se encuentra su efecto vinculante. Al respecto, la doctrina especializada considera que el cumplimiento del precedente: i) efectiviza el ordenamiento jurídico; ii) unifica el contenido de las expresiones y términos clasificatorios del derecho, eliminando o disminuyendo la vaguedad y la ambigüedad; iii) es un imperativo para la realización del derecho a la igualdad; iv) materializa la seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos; v) permite ejercer control sobre la actividad judicial; vi) implica realizar el imperio de la ley de que habla el artículo 230 de la Constitución".

Finalmente indicó la jurisprudencia:

> "Por lo anterior, las reglas contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en judicial.
>
> De igual manera, la Sala precisa que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables, es decir, que esta sentencia no tiene efectos retroactivos."

Entonces, se reitera, esta Sala, acogerá la tesis del Consejo de Estado plasmada en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018[24], en concordancia con la tesis de unificación de la Corte Constitucional contenida en la sentencia SU 336 de 2017 a efectos de resolver los litigios que versan sobre la sanción moratoria por pago tardío de cesantías docentes, contenida en la Ley 244 de 1995 en 1071 de 2006, según las cuales es procedente dicho reconocimiento, y para llegar a tal conclusión, se analizará la sanción moratoria por pago tardío de cesantías de servidores públicos y el caso de los docentes específicamente.

---

[22] Entre cuyos expositores la Corte Constitucional menciona en la sentencia C-820 de 2006 a Juan Jacobo *Rousseau* (El Contrato Social. Libro II, capítulos VI y VII. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992. Páginas 19 a 24), Montesquieu (Del Espíritu de las Leyes. Traducción de Nicolás Estévanez. Editorial Claridad. Buenos Aires. 1971. Páginas 187 y siguientes) y Cesare *Beccaria*. (De los Delitos y de las Penas. Editorial Temis. Bogotá. Tercera Edición. 2000. Página 13).

[23] Hans Kelsen habló de las «normas generales creadas por actos judiciales», «función legislativa del poder judicial» y que la decisión del tribunal «en un caso concreto, se convierte en precedente para la resolución de otros similares» en cuyo caso, el tribunal «crea, mediante su decisión, una norma general que se encuentra en el mismo nivel de las leyes que proceden del llamado órgano legislativo» Teoría General del Derecho y del Estado, traducción de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, páginas 157 y, 177 y 322 citadas por Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 31.

[24] Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 – Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sanda Lisset Ibarra Vélez - Expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Tolima.

b). La sanción moratoria por el pago tardío de cesantías a servidores públicos

La Ley 244 de 1995[25] contempló los términos para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los **servidores públicos**, así:

> "**Artículo 1°**.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.
> **Artículo 2°**.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.
> **Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo"**

La anterior disposición, fue modificada por la Ley 1071 de 2006[26], que señaló:

> **"Artículo 2°. Ámbito de aplicación.** Son destinatarios de la presente ley los **miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro**."

Es decir, la citada norma reglamentó el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y servidores del Estado, definiendo como destinatarios de la Ley a los trabajadores ya enlistados, sin que dentro de su texto, estén comprendidos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no es extraño encontrar posiciones disímiles del Consejo de Estado en las que se ha afirmado que no existe razón para excluir de su aplicación a los citados docentes[27], en tanto, en otras oportunidades se ha indicado, que no es

---

[25] «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»
[26] «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.».
[27] Este criterio fue expuesto en los fallos de 21 de mayo de 2009, expediente 23001-23-31-000-2004-00069-02. (0859-08). C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez; de 21 de octubre de 2011, expediente 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) C.P.: Gustavo Gómez Aranguren; de 22 de enero de 2015, expediente 73001-23-

posible incluir a los docentes en dicha normatividad para reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías porque son sujetos con régimen especial previsto en la Ley 91 de 1989 y en el Decreto 2831 de 2005. y el legislador no contempló la imposición de tal sanción[28].

c). De la calidad de servidores públicos de los docentes oficiales y su inclusión dentro de las disposiciones de la Ley 244 e 1995 y la Ley 1071 de 2006

Lo anterior generó pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU 336/17[29], en la que indicó que los docentes al servicio oficial de la educción deben ser considerados empleados públicos[30], y dicha conclusión implica que deba reconocérseles la sanción discutida de acuerdo a lo señalado por la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, a lo que debe sumarse el hecho de que tal reconocimiento resulta ser al decir de la jurisprudencia constitucional "la condición más beneficiosa y materializa los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política", por las siguientes razones:

31-000-2013-00192-01. (0271-14) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; del 14 de diciembre de 2015, expediente 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-14) CP: Gerardo Arenas Monsalve; del 17 de noviembre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) CP: William Hernández Gómez; del 25 de mayo de 2017, expediente 18001233300020120004701 (0645-2014) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; del 8 de junio de 2017. expediente 73001233300020140019901 (0863-2015), C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, entre otros.

[28] Postura acogida en las sentencias del 9 de julio de 2009, expediente 0672-07. 76001-23-31-000-2004-01655-01. Número interno 0672-07. CP: Gerardo Arenas Monsalve; del 26 de agosto de 2010, expediente 1738-08. CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila; del 19 de enero de 2015. Número interno: 4400-13. CP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; entre otros.

[29] M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

[30] Así lo indicó expresamete la sentencia en cita "De conformidad con los pronunciamientos de este Tribunal, si bien los educadores oficiales no están expresamente rotulados dentro de ninguna de estas categorías de los servidores públicos, lo cierto es que el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución[30] **los definió como *empleados oficiales de régimen especial*, mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos[30] y la Ley General de Educación[30], expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron *servidores públicos de régimen especial*, definiciones que pueden ser asumidas como de contenido equivalente. Así mismo, debe decirse 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, por lo que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies, han de ser considerados empleados públicos**"

(...)

En tal sentido, la Corte Constitucional estableció su doctrina en las sentencias C-741 de 2012 y SU-336 de 2017, *«en el sentido de que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2°) los define como 'empleados oficiales de régimen especial'; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2° 105, parágrafo 2°, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales.».*

"(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."

De otra parte, el Consejo de Estado, a partir de tales criterios esbozados por la Corte Constitucional, unificó su jurisprudencia en este sentido,[31] indicando que la Asamblea Nacional Constituyente – previa expedición del artículo 123 de la Constitución Política de 1991 – definió como parámetros para determinar la condición de servidor público, el **servicio exclusivo a la comunidad y el hecho de que para el ejercicio de sus funciones tienen un límite que señala la Constitución, las leyes y el reglamento.**

Adujo entonces la corporación que la citada Asamblea encuadró dentro de la categoría de servidores públicos a "*i) los empleados que presten sus servicios en*

[31] Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 – Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sanda Lisset Ibarra Vélez - Expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Tolima.

cualquiera de los órganos del Estado o en sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, vinculados a través de actos administrativos y reglamentarios; ii) los trabajadores oficiales, cuyo ingreso se efectúa a través de contratos individuales de trabajo; y iii) los miembros de corporaciones públicas de elección popular, dentro de los cuales están integrados los concejales, diputados, congresistas y miembros de las juntas administradoras locales". [32]

Concluyó la misma corporación que dichas premisas permiten reafirmar la condición de servidores públicos de los docentes por "*i) El servicio público esencial de la educación a la comunidad; ii) El encuadramiento de los docentes oficiales dentro de la estructura orgánica del Estado; y iii) La forma de vinculación, ascenso y retiro en la carrera docente".*

Lo anterior ya que por mandato constitucional la educación es un servicio público esencial y un derecho fundamental, y ello conlleva a considerar que los docentes oficiales desarrollan una actividad en aras de materializar el **interés de la comunidad** que contribuye a la realización de los fines del Estado y pertenecen a la Rama Ejecutiva del Poder Público[33], máxime cuando el proceso de descentralización de la educación conllevó a que las competencias en materia educativa se distribuyeran entre las diferentes entidades territoriales, las cuales a su vez forman parte de la rama ejecutiva del poder público, ello en concordancia con el artículo 115 de la Constitución Política de 1991 y la Ley 489 de 1998.

En la misma sentencia de unificación el Consejo de Estado señaló que el carácter de servidores públicos de los docentes se reafirma atendiendo a que la Ley 489 de 1998 indica que la administración pública está integrada por los organismos que

[32] Ibídem.
[33] Para llegar a dicha Conclusión en la sentencia de unificación citada, el Consejo de Estado indicó que con la Carta Política de 1991, la Ley 115 de 1994, la Ley 60 de 1993 se dio el proceso de descentralización de la educación anteriormente nacionalizada en virtud de la Ley 43 de 1975. La nueva legislación distribuyó de manera diferente las competencias de los servicios educativos entre la Nación y los entes territoriales y se otorgaron los recursos necesarios –bienes y personal-, a los departamentos, distritos y municipios certificados para el ejercicio de la actividad docente. Posteriormente con la expedición de la Ley 715 de 2001 se continuó con el proceso de descentralización a través de la creación del sistema general de participaciones que estableció un porcentaje de recursos para el sector educativo que posteriormente se repartía entre municipios, distritos y departamentos; ello conllevó a una nueva distribución de competencias entre la Nació y las entidades territoriales para ejercer la prestación del servicio, asumiendo dichas entidades la planeación, dirección y prestación directa del servicio educativo en condiciones de equidad, eficiencia y calidad

componen la rama ejecutiva, *"lo cual se traduce en que todos los órganos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado, como lo es en el caso de los docentes, pueden ser vinculados a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, para el ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado"*[34].

Es concordante con lo anterior el hecho de que la Ley 91 de 1989 haya diferenciado en categorías a los docentes afiliados al fondo, en nacionales, nacionalizados y territoriales, pues ello denota la descentralización del sector educativo con la distribución de competencias entre entes del orden nacional o departamental, luego se colige que en efecto son servidores públicos de la rama ejecutiva, vinculados al servicio estatal por el sistema de carrera docente contenido en el Decreto 1278 de 2002 – estatuto de profesionalización docente – que introdujo el mérito como condición para el acceso a la carrera, desarrollando con ello el artículo 125 constitucional.

A partir de dichos considerandos, el alto tribunal de lo contencioso administrativo concluyó:

> "Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales[35], lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos,** establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley."

En consecuencia, el carácter de empleados públicos que le asiste a los docentes oficiales, permitió al Consejo de Estado unificar jurisprudencia de la siguiente manera:

---

[34] Ibídem
[35] Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

"Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995[36] y 1071 de 2006[37], que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional".

d). De la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías a docentes del régimen retroactivo y del régimen anualizado

No sobra aclarar que las sentencias de unificación de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado acogidas en esta sentencia, no diferencian a los docentes del régimen anualizado de los docentes del régimen retroactivo de cesantías para efectos de ser cobijados por la procedencia de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, contenida en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Sin embargo, encuentra la Sala que es necesario hacer hincapié en este aspecto, a efectos de no confundir la sanción moratoria a que hace referencia las leyes aquí aplicadas, con la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990. Al respecto, se pronunció El Consejo de Estado de la siguiente manera:

"En este régimen especial aplicable a los docentes estatales afiliados al FOMAG se admite la procedencia de la sanción moratoria respecto del pago tardío de las cesantías que haga la Nación, Ministerio de Educación, por medio de dicho fondo, a favor del docente que las haya solicitado. Sobre esta materia la Corporación ha sostenido que a pesar de que la Ley 91 de 1989 no consagró términos para el pago de cesantías a los educadores que las soliciten, ni sanciones derivadas de la demora en tal procedimiento, hay lugar a aplicarle al régimen de los docentes la sanción moratoria que regula la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2016, por la demora en el pago de esta prestación social al afiliado.[38] En igual sentido se había pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-336 de 2017.

De lo anterior la importancia de distinguir entre (i) la sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías del empleador al fondo privado, que es la que consagra la Ley 50 de 1990, la cual pretende el demandante y (ii) la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG y al docente que las ha requerido, cuyo fundamento está dado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2016.

[36] «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»
[37] «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»
[38] *Ibidem.*

> Ello significa que en la normatividad a la que se encuentran sometidos los docentes del Estado, en materia de cesantías, no existe la sanción moratoria por su consignación tardía al fondo pues aquel no opera bajo la misma dinámica del régimen que fija la Ley 50 de 1990. Mientras que en esta última el empleador tiene la obligación de trasladar esta prestación social al fondo privado a más tardar el 14 de febrero de cada año, bajo la Ley 91 de 1989, le compete a la Nación el suministro de las cesantías y es ella misma quien procede a su pago por medio de los recursos dispuestos en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual debe recordarse carece de personería jurídica."[39]

En efecto, en el anterior pronunciamiento dejó claro el Consejo de Estado que la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías antes del 15 de febrero de cada anualidad contenida en la Ley 50 de 1990 no es aplicable a los docentes, porque dicha sanción es impuesta a los empleadores que no consignen las cesantías en el término establecido por la Ley, sanción que no puede operar respecto de estos empleados, en la medida en que es la misma Nación la que paga las cesantías con los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En reciente jurisprudencia del 6 de diciembre de 2018 – fecha posterior a la unificación del 18 de julio – la misma corporación estudió el caso de una empleada del orden territorial con régimen de cesantías retroactivas y en aquella oportunidad concluyó que:

> *"Esta Sala de Subsección" ha señalado que los trabajadores vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, como es el caso de la demandante, que no se hayan acogido de manera expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990, no tienen derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, consistente en el pago un día de salario por cada día de retardo,* ***toda vez que dicha penalización fue consagrada para el régimen de liquidación anual."***

Dicho pronunciamiento lo realizó el Consejo de Estado dentro del estudio propio de una empleada del orden territorial con régimen de cesantías retroactivas que no se acogió de manera voluntaria al régimen individual, indicando que al gozar del régimen retroactivo, era improcedente la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 a razón de un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías.

---

[39] CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Sentencia fechada del siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00212-01(2188-15) Actor: ABIEL FERNÁNDEZ ALVARADO - Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Y es que ello es la consecuencia inmediata de pertenecer al régimen retroactivo en el que no se verifica una consignación anual, sino que se liquidan y pagan por solicitud del trabajador, siendo lógico que al no darse anualmente, no pueda pedir el reconocimiento de la referida sanción.

Sin embargo, dicho pronunciamiento no puede ser extensivo al régimen de cesantías retroactivas docentes, pues no se trata de presupuestos fácticos similares, en tanto en aquella oportunidad se analizó el caso de la sanción por consignación extemporánea de cesantías y no el pago retardado de las mismas.

En otras palabras, tal y como lo aclaró el Consejo de Estado, no es dable confundir la sanción moratoria de que habla la Ley 50 de 1990, con la sanción moratoria de que trata la Ley Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, pues esta última hace referencia es a la tardanza en el pago de las cesantías del FOMAG al docente que las ha requerido, en tanto aquella a la no consignación anual oportuna.

Y es que es dable llamar la atención en el hecho de que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus respectivas sentencias de unificación[40] concluyeron que el ámbito de aplicación de la sanción de la Ley 244 de 1995 y de la Ley 1071 de 2006 se determina por la condición de servidor público, la cual le asiste al docente oficial en calidad de empleado público de la rama ejecutiva, a quien en consecuencia le cobija la sanción moratoria pedida en este proceso.

Entonces, si el criterio de aplicabilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías de la Ley 244 de 1995 y de la Ley 1071 de 2006 es la connotación de servidor público que le asiste a los docentes del servicio oficial, en nada influye el régimen de cesantías anualizado o retroactivo que los cobije, máxime cuando el Consejo de Estado al estudiar los antecedentes de la citada ley 1071, encontró que, el legislador consideró que el término perentorio para la liquidación de las cesantías busca que la administración expida la resolución en forma oportuna y expedita para

[40] Corte Constitucional SU- 336 de 2017 y Consejo de Estado -sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sanda Lisset Ibarra Vélez - Expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01

evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los empleados, criterio que en nada tiene en cuenta si se trata del régimen anualizado o retroactivo.

Además porque la Corte Constitucional indicó que el pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y ello cobija a todos los funcionarios públicos de las tres ramas del poder, sin que de allí puedan ser excluidos los docentes oficiales, quiénes también 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.

Tal criterio de igualdad valorado desde la perspectiva de ser funcionarios públicos, sin posibilidad de exclusión de los docentes oficiales, no vería razonable el dejar a los docentes del régimen retroactivo por fuera de la órbita de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, luego en criterio de esta Sala, la sanción moratoria aquí discutida cobija a los docentes oficiales a los que hizo referencia la Ley 91 de 1989 sin necesidad de verificar si se trata de régimen anualizado o retroactivo.

Finalmente, en sentencia SU 332 del 25 de julio de 2019 proferida por la Corte Constitucional, en cuanto a la procedencia de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, concluyó:

> "En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías."

No quedando entonces duda de la procedencia del reconocimiento pedido en este proceso.

e). De los presupuestos para la mora por el pago tardío de las cesantías

- Del trámite establecido en el Decreto 2831 de 2005 y su inaplicación para el caso de reconocimiento de cesantías docentes

El Decreto 2831 de 2005 reglamentó el trámite[41] para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones

---

[41] «Artículo 2°. Radicación de solicitudes. **Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente**, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
[...]
Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de1989 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 esta 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 de 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 este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.**
Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.Parágrafo 2°. 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.
Artículo 4°.Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.**Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.**
Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, **deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley**.».

Sociales del Magisterio el cual difiere del establecido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

El trámite establecido en el referido decreto resulta más prolongado que el mencionado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, situación que llevó al Consejo de Estado,[42] acudiendo al concepto de orden de preferencia en la aplicación de normas nacionales explicado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a indicar que:

> "De acuerdo con lo señalado por el tribunal constitucional, se establece que la norma superior al prever que las leyes expedidas por el Congreso en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 150 ibidem, ocupan una posición prevalente en el ordenamiento jurídico, se aplican de manera preferente frente a las disposiciones de inferior rango jerárquico.
> Por consiguiente, se tiene que dado que la Ley 1071 de 2006[43] fue expedida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes[44], y de otro lado, el Decreto 2831 de 2005 por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa[45], dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria".
> (...)
> Así las cosas, la Sala de Sección considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005[46] en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006[47] para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento. En consecuencia, estima la Sala que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía, que como hemos visto, resultan aplicables al sector docente oficial. Por ende, y a pesar de no ser objeto de este proceso, en desarrollo de la llamada «excepción de ilegalidad», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, la Sala inaplicará para los efectos de la unificación jurisprudencial contenida en esta providencia, la mencionada norma reglamentaria,

---

[42] Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 – Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sanda Lisset Ibarra Vélez - Expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Tolima.
[43] «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»
[44] Artículo 150 de la Constitución Política.
[45] Artículo 189 *ibidem.*
[46] «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»
[47] «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.».

e instará al Gobierno Nacional a que en futuras reglamentaciones tenga en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

(...).

De manera que el trámite establecido para el reconocimiento de las cesantías docentes es el señalado en la Ley 244 de 1996 y la Ley 1071 de 2006.

- Del cómputo de términos para establecer la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías

En lo que refiere al trámite y conteo de términos para establecer la mora de la entidad, el Consejo de Estado, se pronunció de la siguiente manera:

"En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –*cesantías parciales o definitivas*- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006[48]), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011[49]) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código

[48] «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.
[...]
Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.»

[49] «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.
[...]
ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:
1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

> Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51[50]], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006[51]."[52]

Frente al interrogante sobre la fecha a partir de la cual contar el término de ejecutoria, unificó el Consejo de Estado[53] de la siguiente manera:

> **"Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide 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.
>
> 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 la ley[54] 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. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento 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.
>
> De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el 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".

- Del salario base para la liquidación

En este sentido, la corporación en cita indicó:

---

[50] «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.
[...]
Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.
[...]»

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

[52] Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 – Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sanda Lisset Ibarra Vélez - Expediente No 73001-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Tolima.

[53]

[54] Artículos 68 y 69 CPACA.

> "...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."

- De la prohibición de indexación

Concluyó el Consejo de Estado que no es posible ordenar la indexación de la sanción moratoria a que se ha hecho alusión, toda vez que no se trata de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador, y ordenar la indexación constituiría un doble castigo por la misma causa. De otra parte, señaló que "*para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación*".

Y concluyó señalando:

> "En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA".

No obstante lo anterior, tal aspecto fue rectificado en providencias posteriores, en las que aclaró el Consejo de Estado que tampoco es procedente ordenar que los valores de la condena sean actualizados en los términos de la normativa en cita.

Así lo sostuvo además este Tribunal en sentencia proferida el 16 de mayo de 2019[55] con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, en la que se indicó:

[55] *Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 3, Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz, expediente: 15001 3333 006 2017-00068-01*

"En ocasiones anteriores esta Sala, acudiendo a lo dispuesto en la parte resolutiva de la sentencia de unificación a la que se ha venido aludiendo y que es del siguiente tenor "**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." (Subrayado fuera de texto) venía accediendo a la indexación de las sumas constitutivas de la sanción en sí misma, que no a la indexación del salario diario.

Sin embargo, examinada jurisprudencia posterior a la sentencia de unificación, se observa que tanto la Subsección "A" como la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha expuesto que dadas las **consideraciones** de la sentencia de unificación no es procedente la indexación de la condena en casos como el presente.

En efecto el entendimiento señalado se consigna por el Consejo de Estado, Sección Segunda, **Subsección "A"** C.P. Rafael Francisco Suarez Vargas, en sentencia proferida el **31 de enero de enero de 2019,** expediente con Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00767-01(0920-16) Actor: Manuel Dávila Flórez y otros, Demandado: Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima en la que precisó "...Finalmente, y en relación con la situación de todos los demandantes, la Sala debe decir que **no procede el reconocimiento de la indexación** o actualización de la indemnización moratoria, **según se dejó sentado en la providencia de unificación** proferida por esta Corporación[56] el 18 de julio de 2018, según la cual «es improcedente la indexación de la sanción moratoria» (Resaltado fuera de texto); y en la sentencia proferida en esa misma fecha por la **Subsección "B"** de la misma Sección C.P. Doctor Cesar Palomino Cortes, expediente con Radicación número: 08001-23-31-000-2011-00826-01(4025-14), Actor: Fernando de la Hoz de la Hoz en la que se dijo "...En cuanto a la indexación, la Sala considera que en el caso bajo estudio **no es procedente ordenar que los valores de la condena sean actualizados** en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que dicho ajuste es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria porque conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económica. **Al respecto, la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018** consideró[57]..." (Resaltado fuera de texto)

En estas condiciones, la Sala rectifica su criterio, y por ello revocará el numeral 4° de la sentencia apelada, como lo solicitó el Señor Agente del Ministerio Público."

Bajo dicho criterio, se estudiará el caso concreto

---

[56] *Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01, número interno 4961-15.*
[57] *Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia CE-SUJ-SOO-012-2018 del 18 de julio de 2018. Rad: 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.*

4. Caso concreto

4.1. Pruebas allegadas al expediente

Al plenario se allegaron las siguientes documentales:

- Copia de la resolución No 006341 del 5 de octubre de 2015, por medio de la cual se reconoce una cesantía parcial para compra de vivienda al docente Álvaro Poveda Camargo, por valor de treinta y cuatro millones ciento trece mil setecientos sesenta y dos pesos m/cte ($ 34.113.763). La petición fue elevada según se indica en los hechos de la demanda y en el referido acto administrativo el 10 de junio de 2015[58].

- Copia de la petición elevada el 21 de octubre de 2016 por la parte demandante – a través de apoderado – mediante la cual solicita el reconocimiento de la indemnización moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, por el no pago oportuno de sus cesantías parciales, reconocidas mediante resolución No 006341 del 5 de octubre de 2015.[59]

- Copia del oficio No 10414 del 4 de noviembre de 2016 por medio de la cual, la Secretaría de Educación de Boyacá informó al demandante sobre la remisión por competencia de la petición mencionada anteriormente a la FIDUPREVISORA S.A.[60]

- Copia del oficio No 20160171413901 del 7 de diciembre de 2016, por medio del cual la FIDUPREVISORA S.A negó la solicitud referida anteriormente indicando que el pago de la cesantía parcial se puso a disposición del beneficiario a partir del 29 de febrero de 2016 en el BANCO BBVA y además el pago de la nómina se realiza en estricto orden cronológico de aprobación y recepción de las resoluciones, así como el desembolso de la prestación depende de la disponibilidad presupuestal que se tenga para tal efecto. En otras palabras, el pago de la prestación reconocida y liquidada, solo puede efectuarse en cuanto exista la correspondiente apropiación

[58] Ver folios 7 y 17 a 19 del expediente
[59] Ver folios 23 a 25 del expediente.
[60] Ver folio 26 del expediente.

presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos que correspondan.[61]

- Certificado expedido por el Banco BBVA por solicitud expresa del juez de primera instancia, en el que indicó que a nombre de la demandante registra un giro de fecha 25 de agosto de 2016 por valor de $ 34.113.762 consignado por FIDUPREVISORA S,A. y a favor de los señores MISAEL POVEDA CAMARGO y CRISTIAN POVEDA GONZÁLEZ.[62]

4.2. Solución al caso

En síntesis, los argumentos alegados por la entidad demandada en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión de segunda instancia, son los siguientes, y se resuelven así:

1. Que no existe sanción moratoria en tanto el acto administrativo de reconocimiento condicionó el pago a la existencia de disponibilidad presupuestal y al turno de radicación de la solicitud

Considera la Sala que dicho argumento no tiene vocación de prosperidad en tanto el reconocimiento del derecho aquí discutido y cuya procedencia fue referida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, no tuvo como condición la disponibilidad presupuestal para ordenar su reconocimiento, máxime cuando los pronunciamientos de las dos cortes resaltan que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, es la consecuencia al desconocimiento por parte de la administración de los términos a que está sometida en su gestión, luego dicha mora, no puede ser pasada por alto aduciendo la ausencia de presupuesto, ya que ello anularía el efecto del reconocimiento mismo de la mora.

Por lo anterior, dicho argumento se despacha de manera desfavorable.

[61] Ver folios 27 a 29 del expediente.
[62] Ver folio 74 del expediente.

2. No existe jurisprudencia pacífica en cuanto a la aplicación que deba hacerse a los docentes, del contenido de la Ley 1071 de 2006, en tanto los docentes cuentan con norma especial respecto del reconocimiento de cesantías contenida en la ley 91 de 1989. Solicita se revoque la sentencia.

No le asiste razón al apoderado de la entidad demandada, pues al momento en que se profirió la sentencia y por ende de la interposición del recurso de apelación, la Corte Constitucional ya había realizado pronunciamiento de unificación en el que indicó sin lugar a equívocos que el contenido de la Ley 1071 de 2006 es aplicable a los docentes a quiénes les asiste el carácter de servidores públicos en la modalidad de empleados públicos de la rama ejecutiva, que desarrollan un fin del Estado – la educación – y a quiénes por derecho a la igualdad, debe reconocérseles la sanción moratoria por pago tardío de cesantías en las mismas condiciones que a los demás servidores públicos, quedado con ello desvirtuado dicho argumento.

Ahora bien, para el momento en que se profiere la presente decisión de segunda instancia, ya existe pronunciamiento de unificación del Consejo de Estado que reitera lo señalado por la Corte Constitucional en el sentido indicado anteriormente y que es acogido por esta corporación para resolver los casos que se encuentran en curso y en los que se discute el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantía docentes.

Ahora bien, la entidad demandada también solicitó que se revoque íntegramente la sentencia de primera instancia, lo que habilita a la Sala para estudiar la condena realizada por el a quo y posteriormente estudiar la prescripción, lo cual se realizará, previo resumen de los presupuestos fácticos:

- **Fecha en que se presentó reclamación:** 10 de junio de 2015
- **Fecha de reconocimiento:** 5 de octubre de 2015 mediante resolución No 006341.
- **Fecha de pago:** 25 de agosto de 2016.

Teniendo en cuenta que la reclamación para el reconocimiento de las cesantías parciales se realizó el 10 de junio de 2015, el acto administrativo de reconocimiento

debió expedirse a más tardar en el término de 15 días posteriores, esto es, el 3 de julio de 2015.

Lo anterior quiere decir que como el acto de reconocimiento se realizó de manera extemporánea – 5 de octubre de 2015 – debe aplicarse la tesis ya analizada del Consejo de Estado, según la cual, cuando el acto que reconoce las cesantías se expide 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.

Entonces, los 70 días hábiles posteriores para el pago vencieron para la entidad el 23 de septiembre de 2015. Sin embargo, el pago se realizó el 25 de agosto de 2016, lo que indica que la entidad estuvo en mora de pagar desde el 24 de septiembre de 2015 hasta el 24 de agosto de 2016, esto es, 330 días, tal y como lo reconoció el juez de primera instancia.

Por lo anterior, la entidad demandada deberá pagar 330 días de mora, en razón de un día de salario por cada día de retardo, tomando como asignación básica la devengada en el año 2015, por ser la que se encontraba vigente al momento de la causación de la mora.

De otra parte, encuentra la Sala que el juez de primera instancia negó de manera acertada la indexación pedida por la parte actora. Sin embargo, señaló, que era viable acceder al ajuste de valor en lo que respecta al tiempo sucesivo al 25 de agosto de 2016, ya que después de dicha fecha no se siguió causando más capital por concepto de sanción moratoria, criterio que como se vio no es aplicable, ya que dicho ajuste también es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria porque conllevaría a la aplicación de una doble penalidad de carácter económica.

Por lo anterior, la Sala, revocará el numeral cuarto de la sentencia recurrida en el sentido negar la actualización de la condena de que trata el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

3. En caso de que proceda el reconocimiento pedido, debe declararse la prescripción.

En cuanto a la prescripción alegada por el apoderado de la entidad demandada, se tiene que como la reclamación en sede administrativa, orientada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria se radicó el 21 de octubre de 2016, el derecho no está afectado por el fenómeno de prescripción, comoquiera que transcurrió un término inferior a tres años desde la fecha en que se hizo exigible la obligación – 23 de septiembre de 2015 - y aquella en que se radicó la petición en sede administrativa.

En consecuencia no prospera la prescripción alegada por el apoderado de la parte demandante.

5. Costas y agencias en derecho

En consideración con las reglas establecidas por la jurisprudencia y de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. y con el numeral 3° del artículo 365 del C.G.P., la condena deberá realizarse en la medida de su causación y comprobación. No obstante para el caso concreto no se encuentran causadas ni comprobadas, en tanto la parte demandante no desplegó actuación alguna en esta instancia, razón por la cual se niega la condena en constas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del circuito de Tunja el día 23 de marzo de 2018, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, salvo el numeral cuarto que se revoca y en su lugar se dispone:

"**Cuarto: Negar** la indexación de la condena, por improcedente".

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese el expediente al despacho de origen

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado
No. 114 de hoy 28 AGO 2019
EL SECRETARIO

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

(Hoja de firmas 15001 33 33 006 2017 00021 01)