

*República de Colombia*  
*RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO*



*TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA*

PONENTE: Mag. ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

Ibagué, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**  
Demandante: **ANA CRISTINA ORTEGA GONZALEZ**  
Demandado: **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**  
Radicación: **73001-33-33-005-2018-00090-01**  
Interno: **00974 -2019**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la **sentencia** proferida por el **Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué el 04 de julio de 2019**, que negó las pretensiones de la demanda, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**.

**ANTECEDENTES**

La señora **ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ**, actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda con la finalidad de obtener mediante sentencia judicial un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

**DECLARACIONES Y CONDENAS**

Que se declare la Nulidad del **Oficio No SAC: 2017RE11610 del 12 de octubre de 2017**, mediante el cual el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA en representación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del anticipo de cesantías solicitado, establecida en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, la cual se configuró desde el **29 de julio de 2016 a 27 de marzo de 2017**, en calidad de **docente nacionalizada con régimen de cesantías retroactivo**.

Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA que cancele a la demandante la sanción moratoria a que tiene derecho por el no pago oportuno de una cesantía parcial que le fue reconocida, equivalente a un día de salario por cada día de mora, contados a partir del día 70 hábil de efectuarse la solicitud, en los términos en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
Interno: 00974 – 2019

2

Que se le dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA

Que se condene en costas a la demandada.

Del examen del expediente se concluye que el anterior petitum se sustenta en los siguientes:

### HECHOS

Que la señora **ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ** se desempeña como docente nacionalizada, adscrita a la planta de personal del DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, desempeñando sus funciones en Institución Educativa “Juan Lasso de la Vega”, en el municipio de Ortega, Tolima.

Que mediante petición elevada el día **15 de abril de 2016**, la señora **ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ** solicitó el reconocimiento y pago de su anticipo de cesantías con destino a la construcción de vivienda.

Que de acuerdo con los antecedentes de la petición allegados, en especial la Hoja de revisión del anotado trámite, la documentación fue recibida por la Fiduprevisora S.A. en calidad de Administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 15 de abril de 2016, realizándose el estudio de la referida solicitud el 04 de noviembre de 2016, fecha en la impartió su aprobación, oportunidad en la que se indicó como observación que el pago estaba condicionado a turno y disponibilidad presupuestal. (Fl. 128 cuaderno digitalizado principal).

Que el reconocimiento de las cesantías solicitadas se efectuó mediante la **Resolución No. 7302 de 28 de noviembre de 2016** notificada a la docente el 12 de enero de 2017 (Fls. 4-5 cuaderno digitalizado principal).

Que el pago del anticipo de cesantías reconocido se efectuó mediante consignación en la cuenta bancaria de la demandante el día **27 de marzo de 2017**, según comprobante expedido por la Fiduprevisora. (Fl. 8 expediente digitalizado principal).

Que, mediante apoderado, solicitó con fecha 21 de septiembre de 2017 ante la Secretaría de Educación Departamental, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que fue resuelta en forma negativa por la entidad accionada mediante el **Oficio No SAC: 2017RE11610 del 12 de octubre de 2017**.

Por esa razón, la parte actora acude al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar el oficio de respuesta antes mencionado, y obtener el reconocimiento y pago de la citada sanción moratoria a título de restablecimiento del derecho.

### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Se señalan como normas violadas:

Ley 91 de 1989, artículos 5, 9 y 15  
Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
Interno: 00974 – 2019

3

Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5  
Decreto 2831 de 2005

Luego de transcribir apartes de las normas anotadas, sostiene que la finalidad del legislador al prever un término perentorio para la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los beneficiarios de esas disposiciones normativas, consiste en garantizar que la administración expida el correspondiente acto de liquidación de las cesantías y efectúe su cancelación de manera oportuna, evitando retardos innecesarios.

Agrega que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 regularon la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para su reconocimiento y pago, conformado por los 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder el pago al servidor, una vez expedido el acto administrativo.

En tal sentido indica que, si bien la jurisprudencia ha definido que esas disposiciones normativas deben interpretarse teniendo en cuenta que entre el reconocimiento y pago de la prestación en debate no deben superarse los 70 días hábiles después de haber sido radicada la solicitud, la entidad accionada ha venido cancelándolas extemporáneamente, evadiendo así la protección de los derechos del trabajador, razón por la que debe accederse a la sanción moratoria solicitada, al materializarse como medio para resarcir los daños causados que corresponde proteger oportunamente.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**

Mediante apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones, indicando que la entidad que representa no está llamada a responder por los hechos que aduce la demandante, teniendo en cuenta que el encargado de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Hizo énfasis en que el Consejo de Estado ha aclarado que en los casos en que se discutan cuestiones relacionadas con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del debatido en el presente asunto, la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional y, en relación con el pago de derechos ya reconocidos, la representación la tendrá la Fiduciaria La Previsora S.A., siendo entonces claro que las pretensiones incoadas por la demandante no radican en la administración departamental.

Concluyó afirmando que como la demandante no aportó pruebas claras y fehacientes del actuar contrario a la ley por parte del Departamento del Tolima, no es procedente acceder a los pedimentos pretendidos en la demanda (Fls. 57-59 C. Principal Expediente digitalizado).

### **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Guardó silencio (Fl. 60 C. Principal, Expediente digitalizado).

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
Interno: 00974 – 2019

4

## SENTENCIA RECURRIDA

El **Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué**, mediante sentencia proferida en audiencia inicial llevada a cabo el **04 de julio de 2019**, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas en esa instancia.

Para arribar a tales determinaciones, el A quo estableció como problema jurídico si la señora Ana Cristina Ortega González en su calidad de docente nacionalizada, perteneciente al régimen retroactivo de cesantías, tiene derecho a que le sea reconocida y pagada la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de sus cesantías parciales, o si por el contrario, el acto administrativo demandado contenido en el oficio No, SAC2017RE11610 de 12 de octubre de 2017 esta ajustado o no a derecho.

Precisó que, en anteriores pronunciamientos frente a asuntos similares al presente, el A quo resolvió acceder parcial a las pretensiones invocadas en relación con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales con sustento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado de 18 de julio de 2018, no obstante, advirtió que en lo sucesivo, cambiará su postura respecto de las cesantías parciales de los docentes nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, distinguiendo su régimen de cesantías retroactivo, propio de los docentes nacionalizados, que comprende el reconocimiento de un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio sobre el último salario devengado por la docente.

De conformidad con el material probatorio obrante en el plenario, señaló el Juez de instancia que la demandante hace parte del régimen de retroactividad de las cesantías, como quiera que su vinculación al servicio docente se llevó a cabo el 30 de agosto de 1977, esto es, antes de la entrada de vigencia de la Ley 91 de 1989, razón por la cual en atención a la normatividad y jurisprudencia aplicables al asunto, al tratarse de una docente vinculada antes del 1 de enero de 1990, no es dable acceder al reconocimiento de la sanción por mora, máxime cuando la señora Ortega González no solicitó retiro de cesantías definitivas sino parciales.

En relación con la imposición de costas procesales, refirió que como quiera que en el sub examine se presentó la demanda el 02 de abril de 2018, fecha en la que la demandante tenía una expectativa legítima para que se accediera a las pretensiones de la demanda, en virtud de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018, el juzgador de instancia se abstuvo de condenar en costas en esa instancia.

## IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida en primera instancia, aduciendo la evidente errada interpretación del A quo, de la jurisprudencia que a su juicio consideró aplicable al asunto.

Precisó, que para el personal docente si bien existen dos regímenes de cesantías, de retroactividad y anualizado, conforme las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas no dispuso distinción alguna al respecto, por el contrario, estableció que los destinatarios de dichas disposiciones normativas son los trabajadores y servidores del Estado, en los que se incluye indiscutiblemente a los docentes.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
Interno: 00974 – 2019

5

Adujo que el juez de primera instancia, confundió el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías, con los valores que debe cancelar la entidad obligada al pago de las cesantías por concepto de la eventual sanción, en caso de materializarse una mora y pago de la prestación. Aclaró que los intereses a las cesantías están regulados por normas de seguridad social, y la sanción moratoria está contenida dentro de una norma autónoma e independiente aplicable a los casos en que se dilaten los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos, como ocurre en el caso de su representada.

Recalcó que no existe discusión respecto de la aplicación de la Ley 244 de 1995 y las modificaciones realizadas por la Ley 1070 de 2006, porque el Consejo de Estado unificó el criterio al respecto y concluyó que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso de demostrarse que se incurrió en mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas, se podría reclamar el reconocimiento y pago de la sanción, atendiendo al objetivo de dicha imposición legal, de evitar que la administración no cumpla con los plazos perentorios para el efecto.

Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar ordenar el reconocimiento de la indemnización moratoria a favor de la demandante, equivalente a un día de salario por cada día de retardo conforme las precisiones establecida en la Ley 244 de 995 y Ley 1071 de 2006.

### **TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN**

Mediante auto del 07 de octubre de 2019, por reunir los requisitos legales, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el **Juzgado Noveno Administrativo de Ibagué el 31 de octubre de 2019.**

Asimismo, se ordenó requerir a la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, para que allegue copia integra del expediente administrativo que dio origen a la expedición de la Resolución No. 7302 de 28 de noviembre de 2016, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante.

En providencia de 12 de enero de 2021, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, oportunidad procesal en la que intervinieron ambos extremos procesales.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

Señaló, que para el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del FOMAG, se tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, a favor de los educadores nacionales.

Precisó, que dentro de las competencias indicadas en el Decreto 2831 de 2005 relacionadas con el trámite de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, corresponde a las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
Interno: 00974 – 2019

6

docente pertenezca el solicitante, encargadas de la expedición del acto administrativo de reconocimiento, destacando que el pago está sujeto a un turno de disponibilidad presupuestal.

Adujo, que se evidencia un retardo de parte del ente territorial departamental en expedir el acto administrativo al no haber proferido dentro de los 15 días posteriores a la radicación de la solicitud, por tanto solicita que, de existir condena contra la Nación, analizar el retardo del Departamento del Tolima.

Finalmente, solicitó confirmar la decisión proferida en primera instancia.

## **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**

Aseguró, que teniendo en cuenta que la demandante se vinculó al servicio docente el día 30 de agosto de 1977, estableciéndose que se trata de una docente nacionalizada, con régimen de retroactividad, en los términos de los numerales 1 y 3 literal del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, no tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

## **PARTE DEMANDANTE**

Aseguró que siempre se incurre en mora injustificada en el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que son canceladas 30 días después de interpuesta la solicitud, en razón a ello, se expidieron de manera progresiva las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

No obstante, aduce que las previsiones legales establecidas en las normas antes referidas, son burladas por la entidad accionada, al cancelar la prestación con posterioridad a los 70 días después de radicada la petición, vulnerando la protección de los derechos del trabajador.

Precisó, que revisada la normatividad aplicable al asunto, es evidente que el legislador no definió si la sanción moratoria se aplica a favor de los servidores públicos pertenecientes al Régimen anualizado de cesantía, como de manera errónea lo considera el Juez de instancia; reitera que no se puede confundir el reconocimiento y pago de los interés a las cesantías con los valores que debe cancelar la entidad obligada al pago de las cesantías por concepto de la eventual sanción, en caso de configurarse una mora en el trámite y pago de la prestación.

Concluyó que la sanción moratoria por la no liquidación y pago oportuno de las cesantías del trabajador, prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, resulta aplicable a todos los servidores públicos, sin importar el régimen de cesantías al cual se encuentren afiliados, como quiera que su finalidad no es otra que garantizar los derechos al trabajo y a la seguridad social que se hacen efectivos únicamente con el pago oportuno de dicho auxilio.

Por último, solicitó la revocatoria de la sentencia proferida por el A quo y se acceda favorablemente a las pretensiones de la demanda.

Encontrándose el proceso en estado de decidir, a ello se procede, para lo cual se hacen las siguientes,

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
Interno: 00974 – 2019

7

## CONSIDERACIONES

### COMPETENCIA

Conforme al artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el **Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué** en audiencia inicial celebrada el **04 de julio de 2019**, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto, consiste en establecer si la demandante, en calidad de docente adscrita al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, modificada y subrogada por la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío del anticipo de cesantías solicitado y, en caso afirmativo, cual es el periodo sobre el cual debe causarse dicha sanción.

### TESIS DE LA SALA

La postura de la Sala mayoritaria consiste en afirmar que, conforme lo establecido en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son empleados públicos y, en consecuencia, son beneficiarios de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. De igual manera, y en cumplimiento de lo señalado en la mencionada sentencia de unificación, considera la Sala mayoritaria que tal sanción se causa y debe liquidarse en la forma y términos señalados en dicha providencia.

### FUNDAMENTOS DE LA TESIS DE LA SALA

La Sala prescinde del análisis jurídico que corresponde, tendiente a determinar si los docentes oficiales regulados por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, son destinatarios de lo previsto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, especialmente en lo relacionado con sanción moratoria, por cuanto dicha discusión fue zanjada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio del 2018<sup>1</sup>, en la que consideró frente a dicho asunto, entre otras cosas, lo siguiente:

*77. De acuerdo con lo señalado, la Sala de Sección concluye en primer lugar, que conforme a la soberanía que reside en el pueblo y del cual emana el poder público, cuya manifestación se materializó a través de la Constitución Política, no puede existir ninguna categoría jurídica de empleado público que no se origine en la norma superior.*

*78. En segundo lugar, es preciso señalar que dado el criterio finalista tenido en cuenta por la Asamblea Nacional Constituyente al establecer el artículo 123 de la*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección segunda. MP Sandra Lisset Ibarra Vélez. 18 de julio de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015). Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona. Demandada: FOMAG.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
Interno: 00974 – 2019

8

*Constitución Política, se consideró que dentro de la categoría de servidores públicos se encontraban quienes prestaran sus servicios a la comunidad y por ende, ejercieran una función pública de forma permanente. Al respecto, según se expuso, los docentes oficiales prestan un **servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general**.*

*79. Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central – la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la **descentralización** administrativa, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente 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.*

*80. Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la **carrera administrativa** prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.*

*81. 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, 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.*

*82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, 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.”*

Conforme lo señalado en dicha sentencia, los docentes integran la categoría de empleados públicos de que trata el artículo 123 de la Constitución Política, por tanto, no están excluidos de la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, e igualmente pueden verse afectados por la ausencia de pago o por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de sus cesantías.

En relación con el reconocimiento de la sanción moratoria a los docentes, en la misma sentencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado estableció las siguientes reglas jurisprudenciales, frente al conteo del término para su configuración y los parámetros para la fijación del monto a reconocer por tal concepto:

*[...] . En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:*

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
 Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
 Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
 Interno: 00974 – 2019

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **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.

194. 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 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.

195. 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.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, 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.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

Para una mayor ilustración, la referida providencia resumió las distintas hipótesis que se podían plantear al momento del reconocimiento de la sanción moratoria de la siguiente manera:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
 Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
 Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
 Interno: 00974 – 2019

ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal <sup>2</sup>	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

Antes de analizar la situación fáctica del demandante para establecer si en este caso se configuró la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías solicitadas, el suscrito ponente aclara, en posición que no es compartida por la Sala mayoritaria, que no se zanjó dentro de dicha sentencia de unificación, la discusión respecto de la aplicación estricta del principio de legalidad en la determinación de esta sanción moratoria por ser una norma del derecho sancionatorio en el que dicho principio resulta fundamental, específicamente en cuanto al momento que marca el inicio de la sanción moratoria, frente a lo cual, la sentencia anotada se alejó, sin mayor sustento, de la enunciación textual de la norma y en cuanto a su causación, en el que la sentencia estableció un término teórico, sin respaldo procedimental acudiendo a la inaplicación retroactiva del Decreto 2831 de 2005 cuyas normas se encontraban vigentes aún después de su incorporación en la compilación efectuada a través del Decreto Único Reglamentario del Sector educación No. 1075 de 2015, hasta que a raíz de la anotada sentencia de unificación se dispuso su modificación mediante el Decreto 1272 de 2018. No obstante, atendiendo al carácter de precedente del que esa sentencia se encuentra revestida, se acatan sin más sus directrices en relación con la forma de determinar dicha sanción moratoria y con la aplicabilidad de estas normas a las cesantías de los docentes.

Igualmente se resalta que para el ponente de esta providencia, todo servidor público que se encuentre amparado por el régimen retroactivo de cesantías, no puede ser acreedor del pago de la sanción moratoria, propio del régimen de cesantías anualizada, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 2 de la Ley 244 de 1995, dicha sanción se causa por mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos o por el incumplimiento en el reconocimiento de las mismas, mas no se causa, cuando se habla de pagos anticipados propios del régimen retroactivo, pues su valor se actualiza día a día con el mero paso del tiempo, aun cuando el salario base liquidación no sufra modificación

<sup>2</sup> Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
 Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
 Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
 Interno: 00974 – 2019

alguna, el valor de las cesantías acumuladas si lo hace, porque la antigüedad en el servicio crece, lo cual explica históricamente el surgimiento de las normas de las cuales se desprende esa sanción moratoria, solo a partir de la implementación de las cesantías anualizadas como régimen general de los servidores públicos, situación concreta que no ha sido abordada de manera detallada por el Consejo de Estado y que no es compartida por la Sala mayoritaria.

### CASO CONCRETO

Conforme con el material probatorio obrante en el expediente, frente al trámite dado a la solicitud de retiro de cesantías elevada por la parte actora, se encuentran acreditados los siguientes fundamentos facticos, los cuales se resumen en el presente cuadro explicativo:

Presentación de solicitud de retiro de cesantías ante la Secretaría de Educación Territorial	<b>15 de abril de 2016</b>	Fl. 128 cuaderno digitalizado principal
Fecha de estudio y aprobación por parte del FOMAG	<b>04 de noviembre de 2016</b>	Fl. 128 cuaderno digitalizado principal
Expedición Resolución de reconocimiento y pago de las cesantías por la Secretaría de Educación	<b>28 de noviembre de 2016</b>	Fl. 4-5 cuaderno digitalizado principal
Notificación de resolución de reconocimiento y pago de las cesantías	<b>17 de enero de 2017</b>	Fls. 5 reverso cuaderno digitalizado principal
Pago del valor de las cesantías	<b>27 de marzo de 2017</b>	Fl 8 cuaderno digitalizado principal

Establecido lo anterior, para la Sala efectivamente, entre la fecha de radicación de la solicitud de las cesantías y la fecha de pago, trascurrieron más de los setenta días que se establecen en la Sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado como término permisible para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas solicitadas por el personal docente, el cual, una vez cumplido, da lugar a la configuración de la sanción moratoria a la que se hace referencia en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

En efecto, advierte la Sala que la demandante radicó la petición de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías definitivas el **15 de abril de 2016**, por lo que los 70 días con los que contaba la administración para proferir el acto administrativo de reconocimiento de la cesantía solicitada, para notificarlo y para pagar su valor, vencieron el día **28 de julio de 2016**, fecha a partir de la cual empezó a generarse la sanción moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo en su cancelación y como dicho pago se efectuó el día **27 de marzo de 2017**, se concluye que se causaron 240 días de mora.

Desde	Hasta	Días de Mora
29 de julio de 2016	26 de marzo de 2017	240 días

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
Interno: 00974 – 2019

12

Precisa esta colegiatura también que, como la reclamación en sede administrativa, orientada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria se radicó el **21 de septiembre de 2017** (fls. 11 a 13 cuaderno principal expediente digitalizado), lo reconocido 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 y aquella en que se radicó la petición en sede administrativa.

Así las cosas, la Sala considera procedente acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenando el reconocimiento y pago, a título de sanción moratoria, de un día de salario por el pago tardío de las cesantías de la parte actora, entre **el 29 de julio de 2016 al 26 de marzo de 2017**, con base en la asignación básica devengada por la demandante en la anualidad de 2016.

Para mayor claridad, la Sala procede a realizar el siguiente cuadro explicativo:

Fecha petición cesantías	15 abril 2016
Respuesta (15 días)	06 mayo 2016
Ejecutoria (10 días)	23 mayo 2016
70 días hábiles	29 julio 2016
Mora a partir de	30 julio 2016
Fecha de pago	27 marzo 2017
Días de mora	240
Salario mensual	3.120.366
Salario diario	104.012
Valor de la mora	<b>24.962.928</b>

En ese orden de ideas, la Sala considera procedente revocar la sentencia dictada en audiencia inicial celebrada el 04 de julio de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué y en su lugar se ordenará la nulidad del **oficio SAC2017RE11610 de 12 de octubre de 2017** a través del cual se entiende que el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA en representación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del **anticipo de cesantías** a la demandante, establecida en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, **en calidad de docente nacionalizada con régimen de cesantías retroactivo.**

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reconocer y pagar a la señora **ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ**, la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el **29 de julio de 2016 al 26 de marzo de 2017**, para un total de 240 días de mora, equivalente a **\$ 24.962.928.**

Por último considera la Sala que, teniendo en cuenta que se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y se ordenará el reconocimiento y pago a favor de la parte demandante de una sanción moratoria por la demora en el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, resulta pertinente

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
Interno: 00974 – 2019

13

remitir copia de ésta providencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que inicien las investigaciones a que haya lugar, en relación con la posible conducta omisiva en la que pudieron incurrir las autoridades encargadas del pago de las cesantías a la accionante y que hubiera podido causar daño al patrimonio público, como lo ha venido realizando el Consejo de Estado.

## **COSTAS**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

De conformidad con lo anterior, se observa que el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso dispone que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

De acuerdo con la composición de las costas, según el artículo 361 del CGP, están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. En lo que respecta a las agencias en derecho, el Consejo de Estado ha sostenido que estas deben ser fijadas atendiendo la posición de las partes, y en aplicación a las tarifas contempladas en los acuerdos 1887 de 2003 y 10554 de 2016 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, según sea el caso, resaltando que el mismo ordenamiento jurídico advierte que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

Visto lo anterior, la Sala condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada, teniendo en cuenta que esta providencia revoca totalmente la del inferior y en virtud de la gestión realizada por la parte demandante a lo largo del proceso. Para el efecto, se fijarán como agencias en derecho, la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que deberá ser liquidado por la Secretaría del Juzgado de origen, conforme lo establece el artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida en audiencia inicial llevada a cabo el 4 de julio de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué, conforme las consideraciones esbozadas en precedencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del **oficio SAC2017RE11610 de 12 de octubre de 2017** a través del cual se entiende que el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA en representación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del **anticipo de cesantías** a la demandante,

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Demandante: ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.  
Radicación: 73001-33-33-005-2018-00090-01  
Interno: 00974 – 2019

14

establecida en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, **en calidad de docente nacionalizada con régimen de cesantías retroactivo.**

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reconocer y pagar a la señora **ANA CRISTINA ORTEGA GONZÁLEZ**, la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el **29 de julio de 2016 al 26 de marzo de 2017**, para un total de 240 días de mora, equivalente a **\$ 24.962.928.**

**CUARTO:** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO: CONDENAR** en costas de ambas instancias a la parte demandada, fijando como agencias en derecho, la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, el cual deberá ser liquidado por la Secretaría del Juzgado de origen, conforme lo establece el artículo 366 del Código General del Proceso.

**SEXTO:** Remitir copia de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, a fin de que se inicien las investigaciones a que haya lugar, en relación con la posible conducta omisiva en que pudieron incurrir las autoridades encargadas del pago de las cesantías a la demandante, por el posible detrimento del erario.

**SÉPTIMO:** Ejecutoriada la presente providencia, DEVOLVER el expediente al juzgado de origen, realizando las anotaciones de rigor y dejando las constancias correspondientes en el sistema “Siglo XXI”.

En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión mediante la utilización de medios electrónicos

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

  
**BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS**

  
**LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA**

  
**ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA**