



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B
CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., 5 de octubre de 2017

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.-
Radicación: 73001233300020140041601.-
Interno: 3640-2015.-
Demandante: Martha Cecilia Guzmán Torres.-
Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima.-
Tema: Sanción moratoria – Docente – Aplicación de la Ley 1071 de 2006.-

FALLO SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2015¹³ de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se negaron las

pretensiones de la demanda presentada por la señora Martha Cecilia Guzmán Torres.

ANTECEDENTES

La señora Martha Cecilia Guzmán Torres 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 – *Ley 1437 de 2011*, presentó demanda el 13 de noviembre de 2013¹, con el objeto de solicitar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio SAC 2014RE3752 de 18 de marzo de 2014, mediante el cual el Secretario de Educación y Cultura Departamental de Tolima, le negó el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales². A título de restablecimiento del derecho, solicitó un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 65 días hábiles después de radicada la solicitud de cesantías y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Fundamentos fácticos.-

La demandante señaló³ que el 4 de julio de 2008 radicó ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio⁴, la solicitud de retiro de sus cesantías parciales con destino a compra de vivienda, cuyo plazo para la cancelación venció el 15 de octubre de 2008.

¹ Según se observa a folio 2 del expediente.

² Establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

³ Folios 18 y 19.

⁴ En adelante FOMAG.

Indicó que por medio de la Resolución 0648 de 28 de junio de 2010 expedida por el Secretario de Educación y Cultura del Tolima, le fue reconocida la prestación social y el pago se efectuó mediante una entidad bancaria el 19 de septiembre de 2011; razón por la cual, transcurrieron 1053 días de mora, contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad empleadora para el cumplimiento de la obligación legal.

Indicó que el 5 de marzo de 2014, elevó petición ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, para solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, cuya negativa tuvo lugar a través del acto administrativo acusado.

Normas violadas y concepto de violación.-

Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones⁵: artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1º y 2º de la Ley 244 de 1995; y 4 a 5 de la Ley 1071 de 2006.

Acusó el acto de desconocer las normas que establecen los términos perentorios para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas los servidores públicos, toda vez que la entidad demandada incurrió en una mora injustificada para el cumplimiento de la obligación, por lo que se causó la sanción, la cual se estableció por el legislador con el propósito de resarcir los daños que se causan al empleado con ocasión de la liquidación y cancelación inoportuna de dicha prestación social.

⁵ Folios 19 a 22 del expediente.

Departamento del Tolima – Contestación de la demanda.

Se opuso a las pretensiones de la demanda⁶, para lo cual consideró que el personal docente goza de un régimen especial que no previó una sanción por el pago tardío de las cesantías y menos aún que sea equivalente a un día de salario por cada día de retardo, tal como lo ha sostenido el Tribunal del Tolima⁷, por lo que la pretensión de la demandante carece de fundamento jurídico.

Indicó que la resolución de reconocimiento no fue expedida por la entidad pública que representa, por cuanto en el presente caso, el Secretario de educación Departamental actuó en virtud de la delegación del Ministerio de Educación Nacional, máxime cuando la cuenta especial del FOMAG es administrada por una entidad fiduciaria estatal. Por consiguiente, en las controversias relacionadas con el reconocimiento del derecho, la representación judicial la tendrá el Ministerio de Educación Nacional en lo concerniente al pago de aquellos reconocidos, le corresponderá a La Fiduprevisora S.A., sin que acredite responsabilidad alguna del ente territorial.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.- Contestación de la demanda.

Consideró que la prestación fue reconocida bajo los parámetros legales⁸, sin que la mora sea imputable a la entidad que representa al no participar en la

⁶ Folios 56 a 66 del expediente.

⁷ Al respecto, citó entre otras sentencias: Del 16 de septiembre de 2014 dentro de los procesos con radicación 2014-00180-00, 2014-010127-00 y 2014-00028-00.

⁸ Folios 74 a 79 del expediente.

expedición de los actos administrativos de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, cuya función corresponde a las secretarías de educación del nivel territorial como autoridad nominadora de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Expuso que la sanción establecida en la Ley 1071 de 2006⁹, no es procedente respecto del plazo para el reconocimiento de las prestaciones económicas, puesto que su configuración tiene lugar en el evento en que la entidad pagadora no cumpla con el **pago** dentro de los 45 días hábiles siguientes a la fecha en quede en firme el acto administrativo de reconocimiento.

Argumentó que conforme la Ley 1328 de 2009¹⁰, en todos los eventos en los que la Nación deba cancelar intereses de mora causados por obligaciones a su cargo, la sanción no podrá exceder el doble del interés bancario corriente vigente al momento de la fecha legalmente establecida para realizar el pago, sin que se cause lo alegado por el demandante de un día de salario por cada día de retardo.

Sostuvo que en virtud de las Leyes 60 de 1993¹¹ y 715 de 2001¹², a través de las cuales se dispuso la descentralización del sector educativo, el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad nominadora, la cual se trasladó a

⁹ “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.”

¹⁰ “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.”

¹¹ “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

¹² “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”

los distritos, departamentos y municipios a través de las respectivas secretarías de educación.

Propuso las que denominó excepciones, la actuación de la entidad bajo el principio de la buena fe, en tanto no puede reconocerse una prestación y afectar el erario, cuando la misma carece de fundamento legal.

Indicó que existe falta de legitimación por pasiva, como quiera que el FOMAG es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, cuyos recursos están destinados a atender las prestaciones sociales que los entes territoriales reconozcan a sus afiliados. En consecuencia, el acto administrativo demandado contiene la manifestación de voluntad de la secretaría de educación territorial y no de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.

Finalmente, alegó la prescripción trienal de cualquier derecho que no hubiere sido reclamado dentro de la oportunidad legal.

Audiencia Inicial.

El Tribunal Administrativo del Tolima en Audiencia Inicial celebrada el 15 de mayo de 2015¹³, en la cual una vez efectuado el saneamiento del proceso, denegó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, bajo el argumento que por disposición legal, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas, se encuentra a cargo FOMAG.

¹³ Folios 137 a 150.

Asimismo, desestimó la de prescripción, en atención a que el pago de la cesantía parcial a favor de la demandante se generó el 19 de septiembre de 2012 y la reclamación para el pago de la sanción por mora, se radicó el 5 de marzo de 2014, es decir, antes de que transcurrieran más de los tres años para que opere el fenómeno jurídico alegado por la entidad.

Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo del Tolima en fallo de 13 de julio de 2015¹⁴, consideró que el personal docente no es destinatario de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995¹⁵ subrogada por la Ley 1071 de 2006¹⁶, toda vez que como lo ha señalado la Corte Constitucional¹⁷, los mismos cuentan con un régimen en materia de cesantías, pensiones y salud, sin que resulten comparables la manera como se administran, liquidan y cancelan la aludida prestación social, respecto de aquellos trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990¹⁸; y por otro lado, debido a que la Corte ha sostenido la improcedencia general del juicio de igualdad entre las prestaciones contempladas en los diferentes regímenes laborales¹⁹.

Expuso que si bien el artículo 2º de la Ley 1071 de 2006 establece que son destinatarios de dicha norma, los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y en principio se entendería que en dicha categoría se encuentran los docentes del sector oficial, dicho grupo de servidores públicos se encuentra sometido a un régimen especial en materia

¹⁴ Folios 161 a 172 del expediente.

¹⁵ “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.”

¹⁶ “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.”

¹⁷ Al respecto citó Sentencia C-928 de 2006.

¹⁸ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.”

¹⁹ Sentencia C-402 DE 2013.

prestaciones de forzosa aplicación contemplado en la Ley 91 de 1989²⁰, el cual no consagró la aludida sanción, tal como lo han considerado el Consejo de Estado²¹ y los tribunales administrativos²².

Argumentó que en materia sancionatoria rige el principio de la tipicidad, esto es, que toda sanción previa su imposición, debe estar consagrada o establecida en la ley, por lo que en el presente caso, no puede ser aplicada analógicamente o por extensión personal del docente, por cuanto el régimen que los cobija no la contempló, tal como lo ha sostenido el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa²³.

Finalmente, condenó en costas a la parte demandante de acuerdo con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, que remite por integración normativa del Código General del Proceso (artículo 365) y fijó como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

La parte demandante - Recurso de apelación.

El apoderado judicial del demandante manifestó que el *a quo* incurrió en error al solucionar el problema jurídico²⁴, en tanto no efectuó una interpretación sistemática de las disposiciones aplicables a los docentes, por cuanto inaplicó las Leyes 244 de 1995²⁵ y 1071 de 2006²⁶, al considerar que las

²⁰ “por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

²¹ Al respecto citó: Sentencia de 29 de noviembre de 2007. Rad. 2001-02988-01 (2271-05). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

²² Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Sentencia de 10 de abril de 2012. Rad. 2010-00255-01.

²³ Al respecto citó: Sentencia de 29 de noviembre de 2007. Radicación 2001-02988-01 (2271-05). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

²⁴ Según se observa a folios 179 a 205.

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.”

cesantías de estos, deberán reconocerse de acuerdo con el régimen especial previsto en la Ley 91 de 1989²⁷, pese a que la controversia no se relacionó con la liquidación y pago de la prestación social aludida, que ya había sido cancelada, sino de la sanción moratoria originada en el cumplimiento de la obligación tardío por parte de la entidad pública demandada.

Adujo que la sentencia incurrió en desconocimiento del precedente, por cuanto el Consejo de Estado ha condenado en reiteradas oportunidades a la administración por el desconocimiento de los términos legales para el reconocimiento y cancelación de las cesantías, ya sea definitivas o parciales de los servidores públicos, entre ellos, los docentes, e igualmente, ha sostenido que si bien la norma especial prima sobre la general, debido a que los educadores del sector oficial no tienen un sistema privilegiado en relación con sus cesantías respecto de los demás empleados públicos, el caso deberá resolverse a través de la norma general posterior que previó la sanción²⁸.

Alegó que en el fallo citado por el Tribunal del Tolima como fundamento para negar las pretensiones de la demanda, esto es, el proferido por la Sala Plena del Órgano de Cierra de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el 27 de marzo de 2007²⁹, se resolvió la *litis* relacionada con el número de días tenidos en cuenta para efectuar la liquidación de dicho emolumento, sin que en modo alguno señalara que los docentes tuviesen un régimen especial que impidiera la aplicación de la ley general.

²⁷ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

²⁸ Al respecto citó: Sentencia de 9 de julio de 2009. Rad. 73001233100020040165501; del 27 de junio de 2013. Rad. 2013-00446-00 (AC). C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez;

²⁹ C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Rad. 2000-02513-01 (IJ)

Indicó que el trámite especial para la liquidación de las cesantías, previa aprobación de la Fiduprevisora S.A., no implica que el docente sea beneficiario de un sistema especial de la prestación social, puesto que solo se trata de un procedimiento interno en virtud del contrato de fiducia mercantil; que no constituye óbice para la aplicación de la ley que contempló la pretendida penalidad económica.

Expuso que en la exposición de motivos del proyecto de ley 44 de 2005, que actualmente es la Ley 1071 de 2006³⁰, se señaló que de acuerdo con los mandatos constitucionales previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, el ámbito de aplicación de la entada ley cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder público, así como a la Fiscalía General, las entidades prestadoras de servicios públicos y educación.

Finalmente, sostuvo que no existe lugar a la condena en costas, pese a que el *a quo* despachó desfavorablemente las pretensiones de la demandante, ya que la conducta de la parte actora fue diligente y se formuló la demanda conforme a la ley, pese a la interpretación del tribunal de instancia.

Parte demandante – Alegatos de conclusión.

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y adicionalmente, señaló que tal como lo ha considerado el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo³¹, en los eventos en que la administración se pronuncie de forma tardía o no exista acto de reconocimiento de

³⁰ “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.”

³¹ Al respecto citó: Sentencia de 8 de abril de 2008. Rad. 2004-01302-00. C.P. Gerardo Arenas Monsalve; Del 30 de julio de 2009. Rad. 2001-00006-01. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

cesantías, el término para el cálculo de la indemnización moratoria, comenzará desde el día siguiente a los 65 días hábiles posteriores a la radicación de la petición de cesantías definitivas o parciales³².

Departamento del Tolima – Alegatos de conclusión.

Manifestó que la entidad territorial no es la llamada a responder por las pretensiones de la actora, toda vez que el acto administrativo acusado no fue expedido por el ente que representa, sino que actuó en virtud de la delegación legal del Ministerio de Educación Nacional, máxime cuando el FOMAG es una cuenta especial de la Nación, administrada a través de una fiducia mercantil, razón por la cual, resulta ineficaz emitir alguna orden al departamento.³³

CONSIDERACIONES

Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida en primera instancia y sin que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el ejercicio de control de legalidad por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente:

Problema jurídico.-

³² Folios 255 a 264.

³³ Folios 278 a 280.

De acuerdo con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, le corresponde a la Sala:

Establecer si a los docentes oficiales regidos por la Ley 91 de 1989, les son aplicables la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, que regulan el auxilio de cesantías en el sector público, de tal manera que su exclusión conlleva al desconocimiento del principio *in dubio pro operario* en materia laboral.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el siguiente estudio: (i) Sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos; (ii) Del régimen de cesantías de los docentes; (iii) Aplicación de la Ley 1071 de 2006 al personal docente del sector oficial; (iv) Antecedentes jurisprudenciales Y Sentencia SU SU336/17 de la Corte Constitucional; y (v) Solución del caso.

Sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos.

Por medio de la Ley 244 de 1995³⁴, el legislador estableció en cabeza de la entidad empleadora la obligación de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los **servidores públicos** dentro de los 15 días siguientes a la solicitud del interesado, para lo cual deberá expedir la resolución correspondiente y tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que adquiriera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día

³⁴ "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."

de retardo hasta su pago efectivo, en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- 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 2º.- 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.” (Se destaca).

Como se observa, la Ley 244 de 1995, en su artículo 1º, estableció un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas, con el único fin de procurar un actuar oportuno de la administración en beneficio del administrado, de manera tal que así no se obtuviera respuesta frente al derecho prestacional –cesantía- reclamado, surgía la posibilidad de reclamar la sanción, evitando así que la falta de respuesta o la respuesta evasiva le ocasionara perjuicio al administrado.

La anterior disposición fue modificada por la Ley 1071 de 2006³⁵, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de **cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y servidores del Estado**. Su ámbito de aplicación son los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, así como los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los

³⁵ “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”.

funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

La citada disposición adicionó la Ley 244 de 1995 para señalar que los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios³⁶ podrán solicitar el retiro parcial de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

- “1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.”

Los artículos 4 y 5 *ibídem* establecieron los términos perentorios para la liquidación de las cesantías definitivas o parciales y la sanción moratoria en caso de incumplimiento, a saber:

“Artículo 4o. 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.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 5o. 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

³⁶ Igualmente dispuso su aplicación 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.

prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales 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. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

De las normas transcritas, se concluye que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1071 de 2006, toda entidad empleadora está en la obligación de liquidar, reconocer y pagar el auxilio de cesantías, bien porque el servidor público requiera un retiro parcial en los casos previstos en la ley o con ocasión de la terminación del vínculo laboral, puesto que la Ley 244 de 1995 únicamente contempló el plazo y la respectiva penalidad pecuniaria de un día de salario por cada día de retardo hasta el pago efectivo de las cesantías definitivas.

Así pues, la indemnización moratoria se concibe como una sanción a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, establecida con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el reconocimiento y pago de la liquidación, ya sea parcial o definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la mencionada Ley 1071 de 2006, la cual en el artículo 7º previó su vigencia a partir de su promulgación, esto es, el 31 de julio de 2006.

Del régimen de cesantías de los docentes.

A través de La Ley 91 de 1989³⁷, el Congreso de la República creó el FOMAG y determinó sus competencias frente a la Nación y a las entidades territoriales. Dice la norma:

“Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.”

Establece el marco normativo de competencias en medio del cual el Fondo debe ejercer su tarea principal, esto es, atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes o después de la expedición de la norma y define las competencias de la Nación y de las entidades territoriales de la siguiente manera:

“Artículo 2. De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.

2. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía

³⁷ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

vinculado este personal y, en consecuencia, seguirán siendo pagadas por dichas entidades.

3. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas en el período correspondiente al proceso de nacionalización (1 de enero de 1976 a 31 de diciembre de 1980), así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de la Nación o de las respectivas entidades territoriales o de las cajas de previsión, o de las entidades que hicieron sus veces. La Nación pagará, pero estas entidades contribuirán, por este período, con los aportes de ley, para la cancelación de las prestaciones sociales en los mismos porcentajes definidos en el artículo 3 de la Ley 43 de 1975.

4. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas y no pagadas en el período comprendido entre el 1 de enero de 1981 y la fecha de promulgación de la presente Ley, serán reconocidas y pagadas por las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión social, o las entidades que hicieron sus veces, a las cuales estaba vinculado dicho personal.

Pero para atender los respectivos pagos, la Nación tendrá que hacer los aportes correspondientes, tomando en consideración el valor total de la deuda que se liquide a su favor, con fundamento en los convenios que para el efecto haya suscrito o suscriba ésta con las entidades territoriales y las cajas de previsión social o las entidades que hicieron sus veces.

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

Parágrafo. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.” (Destaca la Sala).

Crea el FOMAG, en los siguientes términos:

“Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos

serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad”.

Determina las fuentes de donde provendrán los recursos para que el Fondo funcione; la prohibición de destinarlos para asuntos diferentes al pago de las prestaciones del Magisterio y lo que tiene que ver con los procedimientos para la realización de convenios con las entidades territoriales para el cumplimiento de sus funciones y objetivos, en los artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14.

Precisa las normas a aplicar por el FOMAG para el cumplimiento de su misión principal, esto es, el pago de las prestaciones sociales a los docentes oficiales, de la siguiente manera:

“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”³⁸.

³⁸ Se subraya.

En lo relativo a las cesantías del personal docente, el numeral 3º del artículo señalado, previó la siguiente disposición:

“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 1 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 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”³⁹.

De lo anterior, se concluye que respecto de los docentes oficiales, la ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación:

i) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

³⁹ Destacado por la Sala.

ii) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados), se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

Aplicación de la Ley 1071 de 2006 al personal docente del sector oficial.

El ordenamiento jurídico colombiano tradicionalmente ha tenido como criterio de interpretación normativa, el recurso de indagar por la voluntad del legislador o el espíritu o racionalidad de la ley⁴⁰, así por ejemplo, el artículo 27, inciso 2, del Código Civil, señala que “se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”; y en el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, se señala, que “los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador”.⁴¹

⁴⁰ Al respecto, CALVO, Manuel, LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: GENEALOGÍA DE UNA FICCIÓN HERMENEUTICA, Revista DOXA, 1986.

⁴¹ Al respecto se resalta, que la Corte Constitucional, en varias oportunidades ha reconocido la voluntad del legislador o espíritu de la norma, como criterio de interpretación y aplicación de la ley, así se expuso en las sentencias C-281 de 2004, C-551 de 2003, C-760 de 2001, C-093 de 2001, C-1011 de 2008, C-536 de 1997, C-511 de 1994, entre otras. El Consejo de Estado no ha sido ajeno a la aplicación de este criterio de interpretación normativa, así por ejemplo, en fallo de 2 de octubre de 2014, proferido en el expediente 11001-33-31-019-2007-00735-01-(AP)REV, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez Aranguren, citando el texto de 2005 LA ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO (Ed. Palestra de Lima), de Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa, se dijo: “Para su determinación se puede apelar, entre otras cosas, a la voluntad del órgano de producción normativa expresada en los trabajos preparatorios y en las exposiciones de motivos, a los considerandos del texto normativo, e incluso a las disposiciones legales que expresan los respectivos objetivos. (...). La jurisprudencia constitucional ha señalado la trascendencia de este criterio en la interpretación constitucional, esto explica la frecuencia con la que se utiliza, tanto para definir el alcance de las disposiciones constitucionales, como el de las normas que son objeto de control.” Este criterio de interpretación normativa también fue expuesto en los fallos de 21 de octubre de 2010, expediente 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), M.P.: Alfonso Vargas Rincón; de 29 de junio de 2011, expediente 25000-23-25-000-2007-01039-01(1751-09), M.P.: Gustavo Gómez Aranguren; y de 2 de marzo de 2001, expediente 11001-03-24-000-1999-5830-01(5830), M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otros.

En tal virtud, se analiza la exposición de motivos del proyecto de ley 44 de 2005, que luego sería la Ley 1071 de 2006, *“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”*, lo siguiente:

“(...) el ámbito de aplicación del proyecto de ley que pongo a su consideración, el cual **cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial.**”⁴². (Se destaca).

De la exposición de motivos y la redacción de la norma se observa que el legislador no limita el ámbito de aplicación respecto de determinados servidores públicos, de modo que no puede inferirse la exclusión de regímenes especiales, verbigracia, el de los docentes. Contrario a ello, en forma explícita, identificó situaciones especialísimas, como es el caso de los miembros de la fuerza pública y los trabajadores del Banco de la República (entidad autónoma de origen constitucional). De igual forma, hizo extensiva la norma a los particulares, a saber: (i) Aquellos que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria; y (ii) Los particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

Se concluye de lo hasta aquí expuesto, que la intención o voluntad del legislador, al proferir la Ley 1071 de 2006, no era la de excluir a los docentes oficiales sino equipararlos a los demás servidores públicos, en relación con la norma que consagró la oportunidad para la liquidación y pago del auxilio de cesantías, que no había sido contemplada en la diversidad de regímenes

⁴² Consulta realizada en el link: <http://www.notinet.com.co/pedidos/expo1071.doc>. Proyecto de Ley 44 de 2005.

laborales aplicables al Magisterio los cuales hasta entonces no regulaban la sanción por mora frente al incumplimiento del empleador. Lo anterior, sin detrimento de los derechos adquiridos consignados en las disposiciones de las entidades territoriales, por lo que, en los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989 se estableció la regla según la cual, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional que habían venido gozando en cada entidad territorial y para quienes ingresaran con posterioridad a esa fecha, adoptar las disposiciones que rigen para los empleados públicos del orden nacional.

Por consiguiente, frente al vacío normativo de las disposiciones establecidas por las entidades territoriales a las que se encontraban adscritos los docentes, por las cuales se continuaban rigiendo aquellos vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 y dado el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 a todos los servidores públicos, salvo las excepciones previstas en la ley, dicha norma resulta aplicable a aquellos afiliados al FOMAG, en virtud del principio constitucional *in dubio pro operario*, como se sustentará más adelante.

Antecedentes jurisprudenciales.

Revisada la jurisprudencia de los últimos años, se observa la existencia de posiciones distintas al interior del Consejo de Estado frente a la problemática del reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de los docentes oficiales, en los términos de la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, que se ha concretado en determinar si con la expedición de la Ley 91 de 1989, que tuvo por objeto la creación del FOMAG, al fijar las normas prestacionales aplicables a los docentes oficiales en la

reglamentación contenida en su artículo 15, extendió a favor de los docentes oficiales, la sanción de un día de salario por cada día de retardo en caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos. Al respecto, se encuentran, entre otras, las siguientes providencias:

- Sentencia de 9 de julio de 2009, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez⁴³. No se accedió al reconocimiento de la mora en el pago de las cesantías en razón a que en el ordenamiento jurídico aplicable a los docentes no existe disposición normativa que así lo establezca.

- Sentencia de 25 de julio de 2013, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve⁴⁴. Señaló que los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora, pero en el caso concreto negó su reconocimiento, con fundamento en que la norma vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos (Ley 244 de 1995), únicamente contemplaba la penalidad para los eventos de retardo en el pago de las cesantías definitivas, por cuanto la actora pretendía el pago de sus cesantías parciales.

- Sentencia de 19 de enero de 2015, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren⁴⁵. En virtud de los principios de especialidad normativa e inescindibilidad de la ley, indicó que no resulta jurídicamente viable aplicar la sanción por mora prevista en las leyes referidas para aquellos eventos de retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas de los docentes, cuando los términos de uno y otro régimen (el general de las Leyes 244 de

⁴³ Expediente 0672-07.

⁴⁴ Expediente 1872-12.

⁴⁵ Expediente 4400-13.

1995 y 1071 de 2006 y el especial consagrado en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005⁴⁶, así como en el Decreto 2831 de 2005⁴⁷) son diversos.

- Sentencia de 22 de enero de 2015, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez⁴⁸, en la cual se accedió al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, por cuanto la administración incumplió los plazos establecidos por el legislador la liquidación y cancelación oportuna de las cesantías reclamadas por la demandante.

En este punto la Sala considera señalar que en virtud del derecho a la igualdad y el principio *in dubio pro operario*, previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, respectivamente y en atención a que la Ley 244 de 1995 adicionada por la Ley 1071 de 2006 no excluyó al sector oficial docente del ámbito de aplicación, se tiene que los docentes son sujetos pasibles de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones a modo de correctivo represivo e inclusive preventivo en aras de la protección de la prerrogativa laboral – cesantías-.

Al respecto, la Sección Segunda de esta Corporación mediante sentencia de unificación de 25 de agosto de agosto de 2016⁴⁹, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, al abordar el estudio de la realidad sobre las

⁴⁶ “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos. (...)

ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

⁴⁷ “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.”

⁴⁸ Expediente 0271-14.

⁴⁹ **Sentencia CE-SUJ2-005-16.** Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15).

formalidades, definió el alcance de los artículos 13 y 53 superiores, en los siguientes términos:

“i) El derecho a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales (entre estos, el derecho a la pensión), que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.

ii) El principio *in dubio pro operario*, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política⁵⁰, en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.

iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁵¹.”

⁵⁰ Ha dicho la Corte Constitucional que “La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley” (sentencia C-836 de 2001).

⁵¹ El principio de progresividad y la prohibición de regresividad se hallan consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, así: (i) los artículos 2 y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); (ii) los criterios dados por los Principios de Limburgo de 1987 y algunas Directrices de Maastricht de 1997, que son recomendaciones de implementación y comprensión de los derechos consagrados en el PIDESC; (iii) observaciones generales del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que ha establecido criterios de interpretación del principio de progresividad; (iv) el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; y (v) artículo 4º del Protocolo de San Salvador, entre otros, que fueron señalados en la sentencia C-228 de 2011 de la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, en atención a la finalidad del legislador de establecer un término perentorio para la protección de la prestación social – cesantías, no existe contradicción alguna para aplicar la Ley 1071 de 2006 a los docentes, en atención a la interpretación de los mandatos constitucionales previstos en los artículos 13 y 53, en los términos señalados por la Sección Segunda como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De la Sentencia de Unificación SU336/17 de la Corte Constitucional⁵².

La Corte Constitucional unificó su postura para señalar que los docentes oficiales deben ser considerados como empleados públicos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no estipulado en el régimen especial, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, bajo los siguientes argumentos:

(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan

⁵² M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo.

a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

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

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

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

(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012).

Así las cosas, la Sala Plena de la Corte Constitucional definió que si bien de la lectura de las normas citadas no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG, en garantía de los derechos a la seguridad social, en la medida en que aplicar el régimen general en lo concerniente a la sanción por mora en lo atinente a las cesantías definitivas o parciales resulta ser la condición más beneficiosa y

materializa los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

Establecido lo anterior, la Sala decidirá el caso concreto atendiendo las normas y el criterio jurisprudencial de la Sección Segunda de esta Corporación, analizados en los acápites precedentes.

De la solución del caso.

En el *sub júdice*, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que las normas especiales que regulan el régimen prestacional de los docentes del sector oficial no contemplaron dicha penalidad por mora por el pago tardío de las cesantías, por lo que debido a que toda sanción previa su imposición, debe estar consagrada en la ley, por lo que no puede ser aplicada analógicamente o por extensión al personal docente del sector oficial.

El apoderado judicial de la demandante manifestó su desacuerdo frente a la decisión sentencia de primera instancia, al estimar que en virtud de la finalidad del legislador plasmada en el proyecto de la que actualmente es la Ley 1071 de 2006⁵³, a los docentes se les incluyó como destinatarios de la misma; e igualmente, de acuerdo con el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad de los trabajadores contemplados en la Constitución Política.

⁵³ “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.”

Como se expuso en el acápite precedente y lo alegado en el recurso de apelación por la parte actora, tal como lo señaló la apelante, la voluntad del legislador al expedir la Ley 1071 de 2006 fue proteger a los servidores públicos en atención a la importancia que reviste la prerrogativa laboral – cesantías-, entre ellos los docentes, según la definición establecida en la Constitución Política, máxime cuando constituye un desarrollo legal de los mandatos constitucionales previstos en los artículos 13 y 53, en los términos señalados por la Sección Segunda como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁵⁴.

Así las cosas, en virtud del derecho a la igualdad y el principio *in dubio pro operario* y en atención a que la Ley 244 de 1995 adicionada por la Ley 1071 de 2006 no excluyó al sector oficial docente del ámbito de aplicación, se tiene que los docentes al igual que los demás servidores públicos, son sujetos pasibles de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones a modo de correctivo represivo e inclusive preventivo.

En tal sentido, la Sala analizará en el caso concreto el procedimiento efectuado para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de la actora, a efectos de determinar si se configuró la sanción moratoria pretendida en ejercicio del presente medio de control.

Establecido lo anterior, y a efectos de resolver el caso, se hace necesario analizar el siguiente acervo probatorio:

⁵⁴ Sentencia CE-SUJ2-005-16. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15). C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter.

1) Copia auténtica de la Resolución 0648 de **28 de junio de 2010** expedida por el Secretario de Educación y Cultura de Tolima⁵⁵, por la cual le reconoció a la actora cesantías parciales para construcción de vivienda, en atención a la solicitud con radicación 2008-CES-016639 de **4 de julio de 2008**.

Al efecto, consideró que una vez verificado que la docente prestó sus servicios como docente nacionalizado durante 25 años, 10 meses y 4 días, durante el lapso comprendido entre el 26 de julio de 1982 y el 30 de mayo de 2008, por lo que le reconoció la suma de \$23.086.112, de la cual se descontó el valor de \$6.343.455 por concepto de anticipo de la prestación social y quedando un saldo líquido de \$16.742.657, a cargo del FOMAG a través de la entidad fiduciaria.

La resolución de reconocimiento se notificó personalmente a la actora el 26 de abril de 2011⁵⁶.

2) Oficio 2014EE29562 expedido por el Director de Afiliaciones y Recaudos de La Fiduprevisora, mediante la cual se certificó que el pago de la suma dineraria reconocida por concepto de cesantías parciales, se efectuó el **19 de septiembre de 2011**⁵⁷.

3) Petición de reconocimiento de la **sanción por mora** radicada ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional - FOMAG el 5 de marzo de 2014⁵⁸, cuya negativa tuvo lugar a través del acto administrativo acusado⁵⁹, bajo el argumento que no se pueden hacer erogaciones de recursos

⁵⁵ Folios 5 a 8.

⁵⁶ Folio 9 del expediente.

⁵⁷ Folio 12.

⁵⁸ Folios 13 y 14 del expediente.

⁵⁹ Oficio SAC 2014RE3752 de 18 de marzo de 2014, que obra a folio 13 del expediente.

públicos, cuando no existe un rubro presupuestal destinado a cancelar sanciones por posibles moras en el pago de la prestación social.

De acuerdo con la valoración probatoria efectuada por la Sala de decisión, se encuentra acreditado que la petición de reconocimiento se presentó el 4 de julio de 2008, por lo que el término de los 15 días de que trata la Ley 1071 de 2006⁶⁰, venció el **25 de julio de 2008**, pero la entidad nominadora solo expidió la resolución hasta el 28 de junio de 2010, es decir, 1 año 11 meses 24 días después de finalizado el plazo.

Por consiguiente, le asiste razón a la demandante al señalar que en virtud de la finalidad del legislador al expedir la disposición señalada, que previó los términos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los servidores públicos y la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo proferida por esta Corporación⁶¹, es claro que ante la ausencia de pronunciamiento o resolución tardía por parte de la administración, el término inicia a partir de la fecha de radicación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, pues una interpretación contraria, conllevaría a que la exigibilidad de la prestación social quedara al arbitrio de la administración.

En consecuencia, debido al retardo de la entidad en el reconocimiento de las cesantías, deberá efectuarse el conteo a partir de la reclamación de las cesantías parciales con destino a vivienda, así:

Término	Fecha	Caso concreto
---------	-------	---------------

⁶⁰ “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.”

⁶¹ Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007 (IJ). Rad. 76001-23-31-0002000-02513-01. C.P.: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

Fecha de la reclamación de las cesantías parciales	04/07/08	Fecha de reconocimiento: 28/06/10
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4º L. 1071/2006 ⁶²)	25/07/08	
Vencimiento del término de ejecutoria - 5 días (Art. 51 CCA ⁶³)	01/08/08	Fecha de pago: 19/09/11 Período de mora: 08/10/2008 – 18/09/11
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5º L. 1071/2006 ⁶⁴)	07/10/08	
		2 años 11 meses 10 días

Tal como se evidencia del acervo probatorio que obra dentro del expediente, se causó un período de mora desde el **8 de octubre de 2008**, esto es, al día siguiente del vencimiento del plazo legal de los 65 días hábiles para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En cuanto al límite final, por disposición del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006⁶⁵, se causó hasta el día anterior en que se hizo efectivo el pago

⁶² “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 4º. 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.”

⁶³ “Artículo 51. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 2304 de 1989 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 la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene su recibo y tramitación e imponga las sanciones correspondientes.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición.

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme. (Se resalta)

⁶⁴ “Artículo 5º. 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.”

⁶⁵ “Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales 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. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”

de la suma reconocida por las cesantías parciales, esto es, el **18 de septiembre de 2011**, toda vez que la cancelación tuvo lugar el 19 de septiembre de 2011.

En este punto, es preciso señalar que las porciones de sanción causadas se encuentra afectas por el fenómeno extintivo de la prescripción, de conformidad con el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁶⁶, cuya aplicación tiene lugar en virtud de la sentencia CE-SUJ2 No. 004 de 2016 de 25 de agosto de 2016 proferida por la Sección Segunda de esta Corporación⁶⁷, mediante la cual unificó el criterio jurisprudencial para señalar que en los asuntos relativos a sanción moratoria ésta será la disposición que debe invocarse al efecto. Al respecto, la Sala señala que la petición que debe tenerse en cuenta para contabilizar la prescripción es aquella concerniente a la sanción, al no ser accesoria a la prestación social – cesantías.

Así las cosas, como quiera que la reclamación de la aludida sanción se radicó el 5 de marzo de 2014, tal como lo declaró el *a quo*, se encuentra prescrito todo lo causado con anterioridad al **5 de marzo de 2011**, razón por la cual se declarará probada de oficio la excepción parcial de dicho fenómeno extintivo.

Así las cosas, el período válido para el reconocimiento de la sanción moratoria es el comprendido entre el 5 de marzo de 2011 hasta el 18 de

⁶⁶ “Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.” (Subrayas fuera del texto original).

⁶⁷Rad. 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero. Al respecto, señaló: “[...] como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151 [...]”

septiembre de 2011, liquidable con base en el salario de 2011, por ser el correspondiente al devengado durante el lapso de mora.

Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia proferida el 13 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en tanto negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar, se declarará la nulidad del acto administrativo acusado y se condenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo desde **el 5 de marzo de 2011 hasta el 18 de septiembre de la misma anualidad**, la cual se liquidará con base en el salario devengado en el 2011, y declarará probada de oficio, la excepción de prescripción parcial de las porciones causadas por dicho concepto con anterioridad al 5 de marzo de 2011, por las razones expuestas en precedencia.

Condena en costas

En el numeral segundo de la parte resolutive del fallo controvertido, se condenó en costas⁶⁸ a la parte demandante. Al respecto, la Sala reitera lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda⁶⁹ de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷⁰, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la

⁶⁸ Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

⁶⁹ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷⁰ “ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. 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.”

conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso⁷¹; descartándose así una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

En el caso, la Sala observa que en el *sub judice* no se configura el elemento objetivo de la condena en costas, en la medida en que se revocó la sentencia proferida por el *a quo*, para en su lugar acceder al reconocimiento de las pretensiones; razón por la cual, no se condenará en costas ni en primera ni en esta instancia a la parte vencida en el proceso.

Finalmente, se observa a folio 286 del expediente que la Nación Ministerio de Educación Nacional, confirió poder a la abogada Elsa Xiomara Morales Bustos identificada con C.C. 1.110.486.699 de Ibagué y T.P. 210.511 del C. S. de la J., y a la abogada Luisa Fernández Castellanos, identificada con C.C. 11.014.235.649 y T.P. 262.670 del C. S. de la J., como apoderadas

⁷¹ "ARTÍCULO 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción." (Negritas y subrayado fuera del texto original).

principal y sustituta, por lo que se les reconocerá personería para actuar dentro del proceso⁷².

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2015 por el Tribunal Administrativo del Tolima, en tanto negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar, se dispone:

PRIMERO: Declarar la nulidad del Oficio SAC 2014RE3752 de 18 de marzo de 2014, mediante el cual el Secretario de Educación y Cultura del Tolima le negó el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales a la señora Martha Cecilia Guzmán Torres, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 5 de marzo de 2011 hasta el 18 de septiembre de 2011, liquidable con base en el salario devengado en el año 2011, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

⁷² Según poder que obra a folios 286 y 287 del expediente.

TERCERO: Declarar probada de oficio la excepción de prescripción parcial de las cesantías causadas con anterioridad al 5 de marzo de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: RECONOCER personerías a las abogadas Elsa Xiomara Morales Bustos identificada con C.C. 1.110.486.699 de Ibagué y T.P. 210.511 del C. S. de la J., y a la abogada Luisa Fernández Castellanos, identificada con C.C. 11.014.235.649 y T.P. 262.670 del C. S. de la J., para actuar como apoderadas principal y sustituta de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, de acuerdo con el poder que obra a folios 286 y 287 del expediente.

TERCERO: Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER