SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / SANCIÓN MORATORIA DE CESANTÍAS PARCIALES O DEFINITIVAS – Regulación legal / EMPLEO DOCENTE OFICIAL – Naturaleza / RECONOCIMIENTO DE SANCIÓN MORATORIA DE CESANTIAS PARCIALES O DEFINITIVAS A DOCENTES OFICIALES – Procedencia

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. 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.

SANCIÓN MORATORIA FRENTE AL SILENCIO O LA MORA EN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS CESANTÍAS PARCIALES O DEFINITIVAS - Exigibilidad

La Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –*cesantías parciales o definitivas*- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

SANCIÓN MORATORIA POR RECONOCIMIENTO TARDÍO DE LAS CESANTÍAS – Causación cuando la notificación se realiza por medio electrónico / SANCIÓN MORATORIA RECONOCIMIENTO TARDÍO DE LAS CESANTÍAS – Causación cuando la notificación se hace personalmente / SANCIÓN MORATORIA POR RECONOCIMIENTO TARDÍO DE LAS CESANTÍAS – Para su reconocimiento no se computan el término de notificación del acto de reconocimiento

Para calcular la sanción moratoria por falta de expedición del acto de reconocimiento, o siendo tardío, adicionalmente deberá la Sala analizar la causación de la penalidad en el evento de que exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, sí se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, considerando que éstos son los momentos en que legamente se inicia el término para controvertirlo y

después verificar el pago oportuno de la cesantía. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto. Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, si el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de éste medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.⁹⁸ En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56 del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo **por aviso** remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 *ibidem*; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

SANCIÓN MORATORIA FRENTE A LA OMISIÓN DE NOTIFICACIÓN DEL ACTO DE RECONOCIMIENTO DE LAS CESANTIAS – Efecto frente a su causación

Frente a un acto escrito que no se notifique, el inicio del término de ejecutoria pende de la posibilidad de que el peticionario ejerza un acto inequívoco y positivo que denote su conocimiento, en cuyo caso, la notificación ocurrirá por conducta concluyente como cuando interpone el recurso procedente. Pero en su defecto, y entendiendo que para el pago de la cesantía lo que existe es un término expreso para el empleador *so pena* de constituirlo en mora y generar en su contra una sanción, ese deber ocurre luego de verificar el cumplimiento de otras obligaciones entre ellas, la de notificar el acto de reconocimiento conforme se lo ordena la ley, la cual debió ocurrir por ministerio de la ley a más tardar dentro de los 12 días siguientes a que se expide como pasa a explicarse. En estas condiciones, el cómputo del término de ejecutoria del acto que reconoce la cesantía que no es notificado, diligencia que debe verificarse necesariamente para contabilizar el de pago que es de 45 días, solo será viable después de 12 días de expedido el acto definitivo, esto es, considerando la ficción que la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario, 5 días que le dio de espera para comparecer a recibir la notificación, 1 día para entregarle el aviso y 1 más con el que la perfecciona por este medio.

SANCIÓN MORATORIA FRENTE A LA OMISIÓN DE RESOLVER LOS RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVOS- Efectos frente a su causación

Otras de las posibilidades que puede ocurrir cuando se interpone un recurso, es que éste no sea resuelto. Frente a esta circunstancia, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en que una de las modalidades del derecho de petición es justamente el recurso gubernativo, el cual debe ser resuelto por la autoridad competente en el término de 15 días como si se tratara de una solicitud común y corriente, al margen que pasados 2 meses se entienda configurado un acto ficto. De acuerdo con lo anterior, pasados 15 días hábiles sin que se notifique acto que resuelve el recurso interpuesto, empezará a correr el término que tiene la administración para pagar la cesantía en los términos que fue reconocida, plazo previsto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 que debe agotarse para causar la sanción moratoria.

RECONOCIMIENTO Y PAGO CESANTÍAS DE DOCENTES DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- Regulación aplicable / EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD – Aplicación al Decreto Reglamentario 2831 de 2005 por desconocer la jerarquía normativa / EXHORTO EN LA REGULACIÓN DE LA CAUSACIÓN DE LA MORA EN LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Estima la Sala que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía, que como hemos visto, resultan aplicables al sector docente oficial. Por ende, y a pesar de no ser objeto de este proceso, en desarrollo de la llamada «*excepción de ilegalidad*», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, la Sala inaplicará para los efectos de la unificación jurisprudencial contenida en esta providencia, la mencionada norma reglamentaria, e instará al Gobierno Nacional a que en futuras reglamentaciones tenga en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA EN CESANTÍAS PARCIALES / SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA EN CESANTÍAS ANUALIZADAS /SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA EN CESANTÍAS DEFINITIVAS

La Sección Segunda sienta jurisprudencia para precisar que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las **cesantías parciales** será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades, es decir se extiende en el tiempo, además que la penalidad se encuentra justificada por el incumplimiento en la obligación del pago por el empleador; y porque contrario al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, para los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos administradores privados y que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996, la obligación del empleador surge.» A diferencia de la anterior, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las por cada vigencia fiscal *-Efectuar la liquidación el 31 de diciembre y consignar dicho valor antes del 15 de febrero del año siguiente-* y es la razón por la cual en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, se expuso que cuando «[...] concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos

cesantías **definitivas**, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

INDEXACIÓN- Definición / INDEXACIÓN- Finalidad

La indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada entre las que se cuentan, por supuesto, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda. Esta figura, nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de manera que, en aplicación de principios como el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos. **NOTA DE RELATORÍA** Consejo de Estado, Sentencias del 28 de agosto de 1996, rad S-638. CP. Carlos Arturo Orjuela Góngora; 30 de mayo de 2013, rad 25000-23-24-000-2006-00986-01, CP. María Elizabeth García González; 17 de agosto de 2011, rad 2029-2010.C:P. Gustavo Gómez Aranguren

INDEXACIÓN- Características

Como rasgos característicos de la indexación, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional podemos señalar los siguientes: Es un proceso objetivo al que se le aplican índices de público conocimiento, como el IPC. Es un proceso que garantiza la efectividad del derecho sustantivo. Permite que el pago de una obligación sea total y no parcial por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el tiempo. Desarrolla la justicia y la equidad. Cuando se indexa una suma de dinero causada no se condena en el presente a un mayor valor, sino exactamente al mismo valor pasado pero en términos actuales. Apunta al mantenimiento de la capacidad de adquisición de bienes y servicios proyectada en el tiempo, y por tanto, tiene relación indiscutible con las prestaciones periódicas. Versa sobre derechos patrimoniales.

SANCIÓN MORATORIA – Es una penalidad no un derecho laboral / SANCIÓN MORATORIA EN EL RÉGIMEN ANUALIZADO - Se liquida con base al salario anual que se ajusta de acuerdo al IPC / INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA –Improcedencia

[Por] no tratarse [la sanción moratoria] de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.(...) otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde **el salario** como retribución por los servicios prestados por el trabajador

necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.(...)En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido **NOTA DE RELATORÍA:** Corte Constitucional C-448 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero Consejo de Estado, sección Segunda, sentencias 11 de julio de 2013 Radicación 1520-14, 14 de diciembre de 2015 Radicación 1496-11; 17 de noviembre de 2016 rad 1498-14.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN – Carácter vinculante / PRECEDENTE HORIZONTAL / PRECEDENTE VERTICAL - Clasificación / PRECEDENTE VERTICAL POR SUPREMACÍA / PRECEDENTE VERTICAL POR JERARQUÍA / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE CESANTÍA DOCENTES

La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011, estableció con claridad que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución-, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica –CP., artículos 13 y 83-. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio. Efectivamente, tal como lo indica la jurisprudencia constitucional, la garantía del derecho a la igualdad en el ámbito judicial se materializa a través de la coherencia de las decisiones judiciales. Para tal efecto, los jueces deben resolver los casos nuevos en la misma forma en que se han resuelto otros anteriores que presentaban un patrón fáctico y jurídico similar al nuevo proceso. De esta forma, los funcionarios judiciales quedan sujetos tanto al propio precedente –*horizontal*-, como al fijado por sus superiores funcionales – *vertical*. En relación con este último precedente, la doctrina internacional, lo sub clasifica en dos vertientes: **a)** por supremacía y **b)** por jerarquía. El primero que emana de los órganos configurados como intérpretes supremos de un determinado ordenamiento o disposición normativa, y que está dotado de supremacía o prevalencia sobre los restantes órganos jurisdiccionales, en nuestro caso se asimila a las sentencias de unificación, como lo hemos visto. El segundo, «por jerarquía», que proviene de los órganos superiores en la estructura judicial y se impone sobre los jueces de inferior jerarquía, valga decir, el que dictan los tribunales administrativos respecto de lo que deben decidir los jueces en el mismo distrito, o que dicta el Consejo de Estado frente a los tribunales y jueces administrativos del país. **NOTA DE RELATORÍA :**Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2011

PRECEDENTE- Efecto retrospectivo / PRECEDENTE- Efecto prospectivo / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA DE DOCENTES OFICIALES- Efecto retrospectivo

El efecto retrospectivo implica «la aplicación del nuevo criterio al caso actual enjuiciado y a cualquier otro caso que haya de ser resuelto con posterioridad donde resultara aplicable la misma fuente del Derecho seleccionada o interpretada

con el nuevo criterio jurisprudencial». Por su parte, en el sistema prospectivo el caso actual enjuiciado debe ser resuelto conforme al antiguo criterio jurisprudencial «anunciándose en la misma sentencia el nuevo criterio jurisprudencial, que sólo sería aplicable para casos posteriores, variando, no obstante los criterios para la aplicación de la nueva doctrina, ya que puede circunscribirse a cualquier caso que se resuelva con posterioridad a la emanación de la sentencia, o solo a los hechos enjuiciados en procesos que se inicien con posterioridad a la sentencia, o solo a los hechos que se produzcan con posterioridad a la sentencia».(...) Es importante anotar que las tesis aquí expuestas en cuanto a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus modificaciones a los docentes oficiales, implican un cambio de jurisprudencia en la Sección Segunda del Consejo de Estado. Sin embargo, con ellas no se está restringiendo el acceso a la administración de justicia, porque en anterior oportunidad los criterios sostenidos estuvieron suficientemente motivados en fuentes normativas e inspiradas en hermenéuticas serias y razonables, tampoco se configuran en alguna de las hipótesis referidas anteriormente, por lo que es improcedente e innecesario dar efectos prospectivos al precedente que constituye esta decisión. Por lo anterior, las reglas contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en judicial. **NOTA DE RELATORÍA.** 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,. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 08001233300020130044-01. Auto del 25 de septiembre de 2017.

FUENTE FORMAL: LEY 1071 DE 2006 / LEY 244 DE 1995 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA –ARTÍCULO 67 / LEY 489 DE 1990-ARTÍCULO 3 / LEY 43 DE 1975/ LEY 115 DE 1994 / LEY 60 DE 1993 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 357 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 356 / LEY 715 DE 2001 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 113 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA-ARTÍCULO 115 / LEY 489 DE 1998 / LEY 91 DE 1989 / LEY 2277 DE 1979 / DECRETO 1278 DE 2002 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 56 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 69 / DECRETO 2831 DE 2005 / LEY 962 DE 2005 / DECRETO 2831 DE 2005 / LEY 1437 DE 2011- ARTÍCULO 148 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 4 / DECRETO 667 DE 1972 / DECRETO 668 DE 1972/ 1229 DE 1972

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C. dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

Actor: JORGE LUIS OSPINA CARDONA

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Trámite:
Asunto: Sentencia de unificación sanción moratoria por pago tardío de las cesantías – aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

I. ASUNTO¹

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales² y legales³ como Tribunal Supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en los artículos 270 y 271 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 13A ordinal 2.º del Reglamento del Consejo de Estado, al ocuparse de decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo del 13 de octubre de 2015 del Tribunal Administrativo del Tolima, profiere Sentencia de Unificación Jurisprudencial sobre los siguientes puntos: i) La naturaleza del empleo docente y la aplicación de la Ley 244 de 1995⁴ modificada por la Ley 1071 de 2006⁵ a los docentes del sector oficial; ii) La exigibilidad de la sanción moratoria; iii) El salario base de liquidación de la sanción moratoria; y iv) La compatibilidad de la sanción moratoria con la indexación.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

2. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho⁶, el señor Jorge Luis Ospina Cardona⁷ en su condición de docente, presentó demanda⁸ contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, en la que solicita lo siguiente:

¹ Los párrafos se enumeran para facilitar el análisis y citas de la sentencia.

² Artículo 237 de la Constitución Política.

³ Artículo 34 y siguientes de la Ley 270 de 1996 y 106 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

⁴ «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.»

⁵ «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.»

⁶ Consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

⁷ A través de apoderada judicial legalmente constituida.

⁸ El 23 de septiembre de 2014. FF. 2-16 del cuaderno 2 del expediente.

2.1.1. Pretensiones

- a. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 2014RE5750 de 23 de abril de 2014, por el cual, el secretario de educación y cultura del Tolima le negó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas.
- b. Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada reconocerle y pagarle un día de salario por cada día de retardo, desde el 30 de octubre de 2012.
- c. Igualmente, se condene a la entidad demandada a la indexación de la sanción moratoria, al pago de los intereses de mora y a las costas procesales.

3. Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes⁹:

2.1.2. Fundamentos fácticos

- a. El actor alegó que fue nombrado en propiedad desde el 26 de diciembre de 1989 hasta el 30 de septiembre de 2012, en el cargo de docente de aula grado 14, vinculado a la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Tolima.
- b. Indicó que el 26 de julio de 2012 solicitó ante la entidad accionada el reconocimiento de la pensión de invalidez, en virtud de lo cual el gobernador del Tolima, a través de la Resolución 1142 de 27 de septiembre de 2012, lo retiró del servicio por pérdida de la capacidad laboral en un 80%, a partir del 1 de octubre de la misma anualidad. Posteriormente, el secretario de educación de la entidad territorial, mediante la Resolución 04380 de 9 de octubre de 2012, le reconoció la pensión de invalidez por haber laborado como docente nacionalizado, desde la fecha de retiro del servicio [1 de octubre de 2012].
- c. Adujo que la fecha en que efectuó la reclamación del pago pensional, deberá tenerse como el momento en el que también petitionó las cesantías definitivas, que pese a ser liquidadas por medio de la Resolución 0376 de 3 de febrero de 2014, expedida por el secretario de educación y cultura del departamento, a la fecha de la presentación de la demanda no se había realizado el pago efectivo de dicha prestación social, razón por la cual, les solicitó a las entidades demandadas, el 7 y 11 de abril de 2014, respectivamente, el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995¹⁰ subrogada por la Ley 1071 de 2006¹¹.

⁹ FF. 19 vto.

¹⁰ «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.»

¹¹ «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.»

- d. Al respecto, el secretario de educación y cultura del Tolima mediante el acto administrativo acusado, le negó la sanción pretendida, bajo el argumento de que los actos administrativos que reconocen cesantías definitivas, se encuentran condicionados al turno de radicación y a la disponibilidad presupuestal del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

4. Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones¹²: preámbulo y artículos 2, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política; Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006; y artículos 138, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

5. Señaló que el acto administrativo desconoció los principios constitucionales consagrados en el preámbulo de la Carta Política y los derechos fundamentales a la igualdad, la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y la aplicación de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la interpretación de las fuentes formales del derecho.

6. Igualmente, señaló que la decisión administrativa acusada fue expedida con infracción de las normas en que debía fundarse, las cuales establecen el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos.

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

7. Consideró que la cesantía fue reconocida bajo los parámetros legales¹³, sin que la mora sea imputable a la entidad que representa al no participar en la expedición de los actos administrativos que ordenaron el 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, de acuerdo con lo señalado en la Ley 962 de 2005¹⁴ y el Decreto 2831 de 2005¹⁵.

8. Indicó que existe falta de legitimación por pasiva, como quiera que 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, que es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, cuyos recursos están destinados a atender las prestaciones sociales que los entes

¹² FF. 19 a 21 del expediente.

¹³ FF. 49 a 55 del expediente.

¹⁴ «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.»

¹⁵ «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.»

territoriales reconozcan a sus afiliados; y finalmente, alegó la prescripción trienal de cualquier derecho que no hubiere sido reclamado dentro de la oportunidad legal.

9. Expuso también que la Ley 91 de 1989¹⁶, constituye el único régimen legal especial que regula el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales de los docentes afiliados al FOMAG, el cual contempló términos especiales, por lo que se les excluye de la aplicación del sistema general de liquidación de cesantías contemplado en las Leyes 50 de 1990¹⁷, 344 de 1996¹⁸ y 244 de 1995¹⁹ modificada por la 1071 de 2006²⁰.

10. Formuló como excepción, el que la conducta de la entidad se adecuó al principio de la buena fe, en tanto no puede reconocerse una prestación y afectar el erario, cuando carece de fundamento legal.

11. Argumentó que conforme a la Ley 1328 de 2009²¹, 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.

2.3. Departamento del Tolima – Contestación de la demanda.

12. También se opuso a las pretensiones de la demanda²², 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 esta sea equivalente a un día de salario por cada día de retardo, tal como lo ha sostenido el Tribunal del Tolima²³, por lo que la pretensión del demandante carece de fundamento jurídico.

13. Indicó que la resolución de reconocimiento de la cesantía del actor 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

¹⁶ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

¹⁷ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

¹⁸ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.»

¹⁹ *Ibidem* 9.

²⁰ *Ibidem* 10.

²¹ «Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.»

²² FF. 75 a 79 vto. del expediente.

²³ 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.

controversias relacionadas con el reconocimiento del derecho, la representación judicial la tendrá el Ministerio de Educación Nacional, y en virtud del contrato celebrado con la Fiduciaria La Previsora, frente a los litigios atinentes al pago de las prestaciones, la defensa le corresponderá a dicha entidad fiduciaria, por lo que resulta improcedente emitir orden alguna en contra del departamento del Tolima.

2.4. Audiencia Inicial.

14. El magistrado ponente dio apertura a la Audiencia Inicial celebrada el 15 de mayo de 2015²⁴, en la cual una vez efectuado el saneamiento del proceso, siendo relevante señalar que declaró no probada 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 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y del Departamento del Tolima²⁵, decisión que quedó ejecutoriada en la misma diligencia.

2.5. Sentencia de primera instancia

15. El Tribunal Administrativo del Tolima a través de sentencia de 13 de octubre de 2015²⁶, consideró que de acuerdo con la postura de la Sala Plena de esa Corporación²⁷, el personal docente no es destinatario de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995²⁸ modificada por la Ley 1071 de 2006²⁹, porque como lo ha señalado la Corte Constitucional³⁰, son beneficiarios de un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sin que resulte comparable la manera como se administra, liquida y cancela la aludida prestación social, respecto de aquellos trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990³¹.

16. Así mismo, adujo que la Corte Constitucional³² ha sostenido la improcedencia general del juicio de igualdad entre las prestaciones contempladas en los diferentes regímenes laborales, en la medida en que no son equiparables y cada uno obedece a requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el

²⁴ FF. 95 a 105.

²⁵ Al respecto citó: Ley 115 de 1994, artículos 179 literal d) y 180; Decreto 1775 de 1990, reglamentario de la Ley 91 de 1989, artículo 5.

²⁶ FF. 147 a 160.

²⁷ Tribunal Administrativo del Tolima. Sentencia proferida el 11 de septiembre de 2014, dentro del proceso con radicación 73001-33-33-006-2012-00018-02 (724-2014). M.P. Alberto Galeano Garzón.

²⁸ «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.»

²⁹ «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.»

³⁰ Al respecto citó Sentencia C-928 de 2006.

³¹ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

³² Al respecto citó Sentencia C-402 de 2013.

grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, dependiendo si son empleos del orden nacional o territorial³³.

17. Por lo anterior, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso³⁴.

2.6. El recurso de apelación

18. La parte demandante³⁵, interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, con el propósito de que sea revocado y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, insistiendo en que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho al reconocimiento de la sanción moratoria en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política.

19. Por lo anterior, señaló que para efectos del régimen prestacional, a los docentes se les debe aplicar el *régimen general del empleado público*, pues si bien el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 regularon las cesantías de los empleos de régimen especial de la docencia, dichas normas no consagran el procedimiento al que deben someterse una vez solicitan el retiro parcial o definitivo de la aludida prestación social, pues solo previeron la actuación interadministrativa que debe efectuarse entre las entidades territoriales certificadas, el FOMAG y la Fiduprevisora.

2.7. Alegatos de conclusión.-

2.7.1 Departamento del Tolima.

20. Sostuvo que no puede endilgársele responsabilidad alguna, en la medida en que la entidad territorial demandada solo intervino en el trámite de la petición de reconocimiento de las cesantías del actor sin que sea una actuación propia de sus funciones, según lo previsto en la Ley 962 de 2005, toda vez que de acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, la disposición señalada tuvo por objeto facilitar las relaciones de los particulares con la administración pública, de tal forma que las actuaciones que deban surtirse ante ella para el ejercicio de

³³ Sentencia C-402 de 2013.

³⁴ « ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. 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.

[...]

³⁵ FF. 166 a 173 vto.

actividades, derechos o cumplimiento de obligaciones se desarrollen bajo el sometimiento a los principios de la función pública³⁶.

Las demás partes guardaron silencio.

2.8. Concepto del Ministerio Público.

21. La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado manifestó que el impugnante acertó en sus argumentos, al evidenciar que la Ley 91 de 1989 no se ajustaba al caso concreto, puesto que solo contempló la forma en que deben pagarse las cesantías a los docentes, sin prever el reconocimiento de la sanción moratoria de que tratan las Leyes 244 de 1995³⁷ y 1071 de 2006³⁸, razón por la cual, en atención al objeto de tales normas, esto es, la regulación de la aludida prestación social para todos los servidores públicos, a los educandos del sector estatal también les es extensiva su aplicación³⁹.

III. CONSIDERACIONES

22. Registrada como quedó la situación que rodeó la demanda y el recurso de apelación, y cumplidas las condiciones para adelantar el trámite tendiente a unificar la jurisprudencia sobre la aplicación de la Ley 244 de 1995⁴⁰ modificada por la Ley 1071 de 2006⁴¹, que contempló el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos, frente a los docentes oficiales, quienes son beneficiarios del régimen especial de cesantías previsto en la Ley 91 de 1989⁴², de acuerdo con lo expuesto en el auto de 1 de febrero de 2018⁴³, la Sección Segunda en pleno avocó el conocimiento del presente asunto con el objeto de unificar la jurisprudencia, frente a los siguientes puntos:

i) ¿Cuál es la naturaleza del empleo de docente del sector oficial?

³⁶ FF. 213 a 218.

³⁷ «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.»

³⁸ «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.»

³⁹ FF. 219 a 224 vto.

⁴⁰ *Ibidem* 35.

⁴¹ *Ibidem* 36.

⁴² «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

⁴³ FF. 234 a 242.

ii) En el evento en que la administración guarde silencio frente a la solicitud de reconocimiento de las cesantías o se pronuncie de manera tardía ¿A partir de qué momento se hace exigible la sanción por mora?

iii) ¿Cuál es el salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

iv) Determinar si resulta procedente la actualización del valor de la sanción moratoria una vez se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la reconoce.

Valga la pena aclarar, que el análisis normativo y jurisprudencial que se adelantará para la resolución de los puntos antes descritos, le permitirá a la Sala de Sección dictar las reglas pertinentes para unificar y sentar jurisprudencia, según el caso.

3.1. Análisis del asunto

23. La Sala en primer lugar analizará las normas que regulan la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, en los siguientes términos:

24. En tal contexto, la Ley 244 de 1995⁴⁴ contempló los términos para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los **servidores públicos**, so pena de que la entidad obligada pagara al titular un día de salario por cada día 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).

⁴⁴ «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.»

25. La anterior disposición, fue modificada por la Ley 1071 de 2006⁴⁵, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de **cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y servidores del Estado** y en el artículo 2 *ibidem* el legislador contempló el ámbito de aplicación, dentro del cual definió como destinatarios de la ley, los siguientes:

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

26. Del contenido de las disposiciones transcritas, se evidencia que si bien el objeto de las normas fue regular el pago de las cesantías de los servidores públicos, el legislador no especificó expresamente en su articulado si dentro de su género se encuentran comprendidos los docentes afiliados al FOMAG.

27. Lo anterior, generó que el Consejo de Estado al conocer de las demandas presentadas en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por los docentes estatales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, planteara posturas disímiles en lo concerniente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

28. Así, en algunas oportunidades la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló que no existe ninguna razón para excluir a los docentes del sector oficial del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, al considerar que al igual que los demás servidores públicos comprendidos en el marco del artículo 123 de la Constitución Política, estos son sujetos destinatarios de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones a modo de correctivo represivo e inclusive preventivo, dada la importancia de dicha prerrogativa laboral – cesantías, así como en aras de materializar el derecho a la igualdad y el principio *in dubio pro operario*, previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política⁴⁶.

⁴⁵ «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.».

⁴⁶ Este criterio fue expuesto en los fallos de 21 de mayo de 2009, expediente 23001-23-31-000-2004-00069-02. (0859-08). C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez; de 21 de octubre de 2011, expediente 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) C.P.: Gustavo Gómez Aranguren; de 22 de enero de 2015, expediente 73001-23-31-000-2013-00192-01. (0271-14) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; del 14 de diciembre de 2015, expediente 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-14) CP: Gerardo Arenas Monsalve; del 17 de noviembre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) CP: William Hernández Gómez; del 25 de mayo de 2017, expediente 18001233300020120004701 (0645-2014) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; del 8 de junio de 2017. expediente 73001233300020140019901 (0863-2015), C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, entre otros.

29. Pero contrario a la anterior tesis, esta Corporación también ha expuesto que no es jurídicamente viable aplicar la sanción moratoria aludida, en garantía del principio de unidad normativa, máxime cuando los docentes se encuentran regulados por un régimen especial previsto en las Leyes 91 de 1989⁴⁷, 962 de 2005⁴⁸ y el Decreto 2831 de 2005⁴⁹, que consagran términos diversos al previsto en el sistema general, por ende, no es razonable exigir a las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas ni a la Fiduciaria La Previsora S.A., el cumplimiento del plazo señalado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en la medida en que las normas aplicables de manera excepcional a los afiliados al FOMAG consagraron términos diversos e inclusive más extensos, y adicionalmente, el legislador no contempló en ellas, tal penalidad⁵⁰.

30. La situación descrita conllevó a que los docentes estatales acudieran a la acción de tutela, alegando la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad en las decisiones judiciales. Al respecto, el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, en sentencia de 16 de mayo de 2016⁵¹, negó el amparo solicitado, al considerar que dicho mecanismo jurídico no era el idóneo para decidir controversias respecto de las cuales no exista jurisprudencia pacífica, toda vez que la competencia para resolver acerca de una posible unificación de jurisprudencia le fue atribuida a esta Corporación, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

31. La Corte Constitucional en ejercicio de la facultad de revisión prevista en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991⁵², seleccionó la anterior decisión judicial y se pronunció sobre la materia objeto de estudio, mediante la Sentencia de Unificación SU 336/17⁵³, en la cual señaló que los educadores estatales no se encuentran contemplados dentro de ninguna de las categorías de servidores públicos, y expuso que, de conformidad con el artículo 125 superior, los *empleados públicos* conforman una categoría residual, a la que pertenecerían todos aquellos funcionarios del Estado que no encuadran en ninguno de tales grupos.

⁴⁷ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

⁴⁸ «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»

⁴⁹ «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.»

⁵⁰ Postura acogida en las sentencias del 9 de julio de 2009, expediente 0672-07. 76001-23-31-000-2004-01655-01. Número interno 0672-07. CP: Gerardo Arenas Monsalve; del 26 de agosto de 2010, expediente 1738-08. CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila; del 19 de enero de 2015. Número interno: 4400-13. CP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; entre otros.

⁵¹ Radicación 11001-03-15-000-2016-00789-00. La Sección Segunda, Subsección B acumuló al asunto de la referencia los expedientes de tutela N° 2016-00760, 2016-00805, 2016-00827, 2016-00831, 2016-00936, 2016-00952, 2016-00857, 2016-00860, 2016-00909, 2016-00923, 2016-00927, 2016-00938, 2016-00964, 2016-00971, 2016-01004, 2016-01006 y 2016-01020. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵² «Artículo 31. Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.» (Se resalta)

⁵³ M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo

32. De ese modo, la Corte entendió que la normatividad especial que regula a los docentes los define como «**empleados oficiales de régimen especial**», tal como se transcribe a continuación:

«[...]

De conformidad con los pronunciamientos de este Tribunal, si bien los educadores oficiales no están expresamente rotulados dentro de ninguna de estas categorías de los servidores públicos, lo cierto es que el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución⁵⁴ **los definió como empleados oficiales de régimen especial, mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos⁵⁵ y la Ley General de Educación⁵⁶, expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron servidores públicos de régimen especial, definiciones que pueden ser asumidas como de contenido equivalente. Así mismo, debe decirse que existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, por lo que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies, han de ser considerados empleados públicos.**»

33. Ahora bien, el tribunal constitucional sostuvo por un lado que la situación de los docentes oficiales permite asimilarlos como servidores públicos, y por otro, destacó la finalidad de las cesantías como un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, por lo que unificó su jurisprudencia, para señalar que les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995⁵⁷, modificado por la Ley 1071 de 2006⁵⁸, que contempla la posibilidad de reconocer en su favor la sanción por el pago tardío de las cesantías reconocidas, previo cumplimiento de los requisitos legales, en la medida que resulta ser la condición más beneficiosa y materializa los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

« [...] (i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

(ii) En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios

⁵⁴ Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 2.

⁵⁵ Ley 60 de 1993, artículo 6, inciso 6, derogada por la Ley 715 de 2001.

⁵⁶ Ley 115 de 1994, artículo 105, parágrafo 2.

⁵⁷ *Ibidem* 29.

⁵⁸ *Ibidem* 30.

públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

(iii) Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

(iii) Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.

(iv) En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

34. En tal sentido, la Corte Constitucional estableció su doctrina en las sentencias C-741 de 2012 y SU-336 de 2017, *«en el sentido de que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2º) los define como ‘empleados oficiales de régimen especial’; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2º 105, párrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales.»*, por lo que es importante para la Sala, determinar si se encuentran incluidos en la categoría de servidor público, y definir si para tal efecto, son determinantes su especial situación en cuanto a la vinculación y finalidad de sus funciones.

35. Entonces, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificará su jurisprudencia con el objeto de definir la naturaleza jurídica de los docentes oficiales, en ejercicio de la atribución de tribunal supremo de lo contencioso

administrativo, contemplada por mandato constitucional en el artículo 237, numeral 1, de la Constitución Política⁵⁹, así:

3.1.1. En cuanto a la naturaleza del empleo del docente del sector oficial.

36. En aras de analizar la categoría jurídica de los educadores que prestan sus servicios al Estado, esta Sala de decisión examinará en primer lugar, la intención del poder constituido por la voluntad del pueblo soberano, al expedirse la Constitución Política de Colombia, norma superior y la base de nuestro Estado Social de Derecho⁶⁰, que establece el fundamento de todo aquello desarrollado por la ley.

37. De los antecedentes del artículo 123 de la norma superior⁶¹, se observó que la Asamblea Nacional Constituyente definió determinadas reglas con el fin de delimitar el concepto de servidor público, en los siguientes términos:

«[...]

El tema del servidor público aparece como una preocupación muy sentida, a través de los diferentes proyectos de actos reformativos de la Constitución, que fueron sometidos a consideración de esta Asamblea, tanto como por los constituyentes como por las organizaciones no gubernamentales, [...].

[...]

en nuestro primer artículo colocamos una definición que de pronto puede parecer como no necesaria, pero a nosotros nos parece de suma importancia y es definir que los servidores públicos **están al servicio exclusivo de la comunidad, que una persona, cualquier ciudadano una vez que ocupe un cargo, un empleo, ya allí no puede actuar al servicio de un partido, de un movimiento, de un gremio, sino exclusivamente de toda la comunidad,** [...] e igualmente, repetir algo que está ya en las normas actuales, y es que los **funcionarios para el ejercicio de sus funciones tienen un límite que señala la Constitución, las leyes y el reglamento.** [...]»⁶² [la Sala destaca].

⁵⁹ «ARTICULO 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley.

[...]

⁶⁰ «ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.»

⁶¹ «ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.»

⁶² Constitución Política. Antecedentes Artículos 123 y 124. Asamblea Nacional Constituyente. 1991. Corte Constitucional.

38. De acuerdo con lo expuesto por el poder constituido, el fin esencial perseguido era la consecución de la **neutralidad en el ejercicio del servicio público**, el cual estaba sectorizado por los diferentes partidos políticos, así como los intereses particulares de sus integrantes, por lo que se consideró que debía fundamentarse en la base de que el Estado está instituido por la voluntad del pueblo y financiado con los recursos de todos los ciudadanos, razón por la cual, estaba al servicio único y exclusivo de la comunidad.

39. Siguiendo con la discusión del artículo que hoy es el 123 de nuestra Carta Política, y dada la necesidad de esclarecer quiénes se encontraban dentro del concepto de servidor público, la Asamblea Nacional Constituyente indicó de manera inicial que dentro de tal categoría, encuadraban los siguientes: i) los empleados que prestaran sus servicios en cualquiera de los órganos del Estado o en sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, vinculados a través de actos administrativos y reglamentarios; ii) los trabajadores oficiales, cuyo ingreso se efectúa a través de contratos individuales de trabajo; y iii) los miembros de corporaciones públicas de elección popular, dentro de los cuales están integrados los concejales, diputados, congresistas y miembros de las juntas administradoras locales.

40. Así, para determinar quiénes podían ser considerados servidores públicos, analizaron la forma de vinculación al servicio, la permanencia, el retiro y si estaban sujetos a la carrera administrativa, para a partir de allí establecer sus obligaciones y el perfil del cargo.

41. Una vez expuesta la deontología de la norma constitucional en cita, la Sección Segunda aplicará los mismos criterios con miras a establecer si los docentes oficiales hacen parte de las categorías de servidor público, y al efecto analizará lo siguiente: i) El servicio público esencial de la educación a la comunidad; ii) El encuadramiento de los docentes oficiales dentro de la estructura orgánica del Estado; y iii) La forma de vinculación, ascenso y retiro en la carrera docente.

3.1.2. El servicio público esencial de la educación a la comunidad.

42. La Constitución Política, en el Título II «De los derechos, las garantías y los deberes», Capítulo 2 «De los derechos sociales, económicos y culturales», consagró el artículo 67, en el que previó el carácter público, y esencial de la educación, así:

«ARTÍCULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.»

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.» (Se resalta).

43. Al tenor de lo dispuesto en la norma superior, se observa que la educación es un servicio público que tiene una función social, dada su importancia para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y el bienestar de la comunidad, y si bien puede ser prestado por las entidades públicas y por los particulares, cuando se hace referencia al «**servicio público estatal**», se está hablando de la «prestación por parte del Estado del servicio público a la educación». Así lo expresó el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional al ser consultado sobre la definición del término señalado en precedencia⁶³.

44. En este particular, considera la Sección que el concepto citado es importante porque al ser el Ministerio de Educación Nacional el principal órgano del sector administrativo analizado, en dicho rol absolvió justamente una consulta que se le hizo alrededor de la naturaleza del servicio educativo, que es uno de los aspectos necesarios para definir si el educador oficial es o no servidor público a partir de las funciones y actividades que despliega, en donde, las conclusiones de tal cartera

⁶³ Concepto SAC 17032008 de 17 de marzo de 2008. El objeto de la consulta versó sobre la definición legal de servicio público estatal.

ministerial convergen con los puntos fundamentales que le sirven a la Sala para analizar el asunto.

45. En cuanto al servicio educativo, la Corte Constitucional ha sostenido que es de naturaleza pública, por lo que de conformidad con los artículos 365 a 369 de la Constitución, se encuentra a cargo del Estado, goza de asignación prioritaria de recursos públicos a título de gasto social, su prestación debe ceñirse a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad social y redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable, y la regulación y diseño del sistema debe orientarse al aumento constante de la cobertura y la calidad⁶⁴, pero además destacó cuatro componentes estructurales, así:

«[...] Como derecho y como servicio público, la doctrina nacional e internacional han entendido que la educación comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional: (i) **la asequibilidad o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo**, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e **invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras**; (ii) **la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema aludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico**; (iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que **se garantice continuidad en la prestación del servicio**, y (iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse»⁶⁵.

46. De acuerdo con lo expuesto, se establece que por mandato constitucional la educación es un servicio público esencial y un derecho fundamental, razón por la cual, al Estado se le impusieron obligaciones de protección, respeto, garantía, cumplimiento y continuidad en su prestación, pero adicionalmente, en atención a su finalidad relacionada con la paz, la democracia, el trabajo y todos los aspectos sociales del ser humano, se concluye, sin lugar a dudas, que los docentes oficiales desarrollan una actividad en aras de materializar el **interés de la comunidad**, cuya motivación está basada en un ideal de servicio público más que en el interés propio, y por ende, dirigida a la consecución de los fines esenciales del Estado.

47. Ahora bien, dada la naturaleza jurídica de servicio público, se encuentra sujeto a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 3 de la Ley 489

⁶⁴ Sentencia T-994 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁵ Al respecto, la Corte Constitucional citó: «Ver al respecto: Tomasevski, Katarina (Relatora especial de las Naciones Unidas para el derecho a la educación). Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable. Gothenbug, Novum Grafiska AB, 2001.»

de 1998⁶⁶, en lo que sean compatibles con su naturaleza y régimen, de modo que su desarrollo se oriente por el contenido del artículo 206 de la Constitución Política, en particular los relacionados con la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.

48. Así las cosas, tal como se ha analizado en precedencia, el servicio público de educación materializa la función pública que regenta el Estado como garante del bienestar general de la comunidad, máxime cuando se ha afirmado que el derecho a la educación tiene la categoría de fundamental⁶⁷.

49. En tal sentido, como se señala en el artículo 4 *ibidem*⁶⁸, la función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política, estableciéndose para el efecto, que los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general, tal como sucede con el servicio público educativo que se proyecta como la necesidad imperante de todos y cada uno de los asociados y sobre lo cual no existen posibilidades de entenderlo o concebirlo de manera diferente.

3.1.3. Los docentes oficiales dentro de la estructura orgánica del Estado.

50. La «por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones», implementó un proceso de nacionalización de la educación estatal, el cual tenía como

⁶⁶ «Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.[...]

Artículo 3º.- Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.»

⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-743/13. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esa oportunidad señaló: «En todo caso, la naturaleza de fundamental que se le ha reconocido al derecho a la educación debe leerse en un contexto más amplio, que abarque las reflexiones que ha realizado este alto tribunal acerca de la *justiciabilidad* y la *fundamentalidad* de los derechos sociales, económicos y culturales o de segunda generación, de cara a las obligaciones de contenido prestacional que comportan y a propósito de la distinción que entre estos y los derechos de aplicación inmediata hizo el constituyente del 91, siguiendo la diferenciación teórica elaborada por el derecho internacional, en atención a los distintos momentos históricos en que surgieron los derechos humanos. [...]

Al respecto pueden revisarse, entre otras, las sentencias T-284 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo; T-619 de 1995 Hernando Herrera Vergara; SU-111 de 1997 Eduardo Cifuentes Muñoz y T-771 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁶⁸ «Artículo 4.- Finalidades de la función administrativa. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.

Los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas deben ejercerlas consultando el interés general.»

propósito trasladar gradualmente a la Nación la totalidad de los costos de la prestación de dicho servicio, entre los que estaban comprendidos los salarios y las prestaciones sociales de los docentes.

51. Con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, la manifestación de la presencia magisterial en el país había sido el «Movimiento Pedagógico», que buscaba reorientar la educación a través de cambios en la ciencia y la tecnología, y que constituyó un antecedente para la Ley General de la Educación proferida en 1994⁶⁹.

52. Con fundamento en la Carta Política en 1991, y en desarrollo de los principios constitucionales sobre el derecho a la educación, fue proferida la Ley 115 de 1994 «Por la cual se expide la ley general de educación», a través de la cual se definió el término *educación* como un proceso de formación permanente, personal, cultural y social, e igualmente, se reguló el servicio público de la educación como una función social acorde con las necesidades de las personas, la familia y la sociedad⁷⁰; por consiguiente, previó la obligación en cabeza del Estado de garantizar su acceso y la responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales de garantizar su cobertura⁷¹.

53. Igualmente, en virtud del concepto de planificación económica y social como elemento esencial de la función pública consagrado en la Constitución Política para orientar la política administrativa, el artículo 72 *ibidem*, le impuso la obligación al Ministerio de Educación Nacional, en coordinación con las entidades territoriales, consistente en *preparar* por lo menos cada 10 años el Plan Nacional de Desarrollo Educativo que incluyera «[...] las acciones correspondientes para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales sobre la prestación del servicio educativo.», el cual sería revisado permanentemente y considerado en los planes nacionales y territoriales de desarrollo.

54. Contrario a lo consagrado en la norma que nacionalizó la educación, y en armonía con el desarrollo del concepto de educación como función pública y como elemento determinante en el cumplimiento de los fines del Estado, se expidió la Ley 60 de 1993 «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», se creó el situado fiscal que sería destinado a la educación⁷² y se definieron los porcentajes de participación cedidos por la Nación a los entes territoriales, el cual sería administrado bajo la

⁶⁹ Al respecto se consultó el «Estudio Diagnóstico de La Formación de los Docentes en Colombia». Instituto Nacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe, y la Universidad Pedagógica Nacional. Bogotá, D.C., mayo de 2004.

⁷⁰ Art. 1 Ley 114/94.

⁷¹ Art. 4 *ibidem*.

⁷² «Artículo 9. El situado fiscal, establecido en el artículo 356 de la Constitución Política, es el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención de los servicios públicos de educación y salud de la población y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49, 67 y 365 de la Constitución Política. El Situado fiscal será administrado bajo responsabilidad de los departamentos y distritos de conformidad con la Constitución Política.»

responsabilidad de los departamentos y distritos⁷³. El fundamento de dicha ley deviene con claridad de lo preceptuado en el artículo 1 constitucional, toda vez que Colombia se constituyó como un Estado Social de Derecho, organizado en República unitaria, **descentralizada**, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa, pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

55. En tal sentido, el Estado en ejercicio de la división y organización administrativa descentralizó la educación primaria y secundaria que se había nacionalizado a través de la Ley 43 de 1975⁷⁴. La nueva legislación distribuyó de manera diferente las competencias de los servicios educativos entre la Nación y los entes territoriales y se otorgaron los recursos necesarios –bienes y personal-, a los departamentos, distritos y municipios certificados para el ejercicio de la actividad docente.

56. Ahora bien, los artículos 356 y 357 de la Constitución Política fueron modificados a través del Acto Legislativo 01 de 2001⁷⁵, mediante el cual se creó el Sistema General de Participaciones de los entes territoriales y para desarrollarlos, se expidió la Ley 715 de 2001 «Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la

⁷³ « ARTICULO 11. Distribución del situado fiscal. El situado fiscal consagrado en el artículo 356 de la Constitución Política, se distribuirá en la siguiente forma: 1. El 15% por partes iguales entre los Departamentos, el Distrito Capital y los Distritos de Cartagena y Santa Marta. 2. El 85% restante, de conformidad con la aplicación de las siguientes reglas: a) Un porcentaje variable equivalente a la suma de los gastos de atención de los usuarios actuales de los servicios de salud y educación de todos los departamentos y distritos del país, hasta el punto que sumado con el porcentaje del numeral lo permita la prestación de los servicios en condiciones de eficiencia administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1 del presente artículo. Este porcentaje se considerará para efectos de cálculo como el situado fiscal mínimo. b) El porcentaje restante, una vez efectuada la distribución por Situado Fiscal Mínimo para salud y educación, se asignará en proporción a la población potencial por atender, en los sectores de salud y educación, y al esfuerzo fiscal ponderado, de conformidad con los criterios establecidos en el parágrafo 2 del presente artículo. La metodología para establecer la población usuaria actual, para aplicar las reglas de distribución de los recursos del situado fiscal y para diseñar los indicadores pertinentes, será adoptada por el CONPES para la Política Social de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo. En todo caso se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: i) Los usuarios actuales en educación, son la población matriculada en cada año en el sector oficial, más la becada que atiende el sector privado. La población becada se contabilizará con una ponderación especial para efectos de la estadística de usuarios. ii) La población potencial, en educación, es la población en edad escolar comprendida entre los 3 y los 15 años de edad, menos la atendida por el sector privado. iii) Los usuarios actuales en salud, son la población atendida en cada año por las instituciones oficiales y privadas que presten servicios por contratos con el sector oficial, medida a través del registro de las consultas de medicina, enfermería y odontología y de los egresos hospitalarios. iv) La población potencial en el sector salud se mide como la población total del departamento, no cubierta plenamente por el sistema contributivo de la seguridad social, ponderada por el índice de necesidades básicas suministrado por el DANE.»

⁷⁴ La Ley 43 de 1975 «por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.» nacionalizó los servicios educativos públicos hasta el bachillerato y reguló la forma de prestarlos y de administrarlos por la Nación, que asumió la competencia directa de la prestación de este servicio.»

⁷⁵«Por medio del cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política.[...]

ARTÍCULO 2. El artículo 356 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios. [...]

prestación de los servicios de educación y salud, entre otros» que entró en vigor el 21 de diciembre de la misma anualidad, en virtud de la cual, se derogó en su integridad la Ley 60 de 1993, y a diferencia de la anterior disposición que fijó un porcentaje de recursos que luego se prorrateaba entre los departamentos y distritos para después ser distribuido en los diferentes sectores *-educación y salud-*, con la nueva norma, primero se estableció un porcentaje de recursos para cada uno de los sectores que posteriormente se repartiría entre los municipios, distritos y departamentos⁷⁶.

57. Así, se continuó con el proceso de descentralización territorial de la educación, pues adicional a ello, se distribuyeron nuevamente las competencias entre la Nación y las entidades territoriales para ejercer la prestación del servicio en sus niveles preescolar, básico y medio, en el área urbana y rural, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 715 de 2001⁷⁷, mediante los cuales se entregó a los departamentos, a los distritos y a los municipios certificados⁷⁸, la planeación, dirección y prestación directa del servicio educativo en condiciones de equidad, eficiencia y calidad.

58. Por lo tanto, resulta importante colegir que los docentes estatales dentro de la estructura orgánica del Estado, se pueden ubicar de acuerdo con la función pública que desarrollan, en la Rama Ejecutiva, de conformidad con el artículo 113 de la Constitución Política, el cual señala que son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, además de los órganos autónomos e independientes.

59. La Rama Ejecutiva por mandato del artículo 115 *ibidem*, se encuentra conformada por el presidente de la república, el vicepresidente, los ministros, los directores de departamento administrativo, las superintendencias, unidades administrativas especiales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, así como las entidades territoriales y en general, las demás previstas en la Ley 489 de 1998.

⁷⁶ «Artículo 4. Distribución Sectorial de los Recursos. Modificado por el art. 2, Ley 1176 de 2007, Modificado transitoriamente por el art. 4, Decreto Nacional 017 de 2011. El monto total del Sistema General de Participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el parágrafo 2° del artículo 2°, se distribuirá las participaciones mencionadas en el artículo anterior así: la participación para el sector educativo corresponderá al 58.5%, la participación para el sector salud corresponderá al 24.5 la participación de propósito general corresponderá al 17.0.»

⁷⁷ Artículo 5. Competencias de la Nación en materia de educación.

Artículo 6. Competencias de los departamentos.

Artículo 7. Competencias de los distritos y los municipios certificados.

⁷⁸ «Artículo 20. Entidades territoriales certificadas. Son entidades territoriales certificadas en virtud de la presente ley, los departamentos y los distritos. La Nación certificará a los municipios con más de cien mil habitantes antes de finalizar el año 2002. Para efectos del cálculo poblacional se tomarán las proyecciones del DANE basadas en el último censo.

Todos aquellos municipios con menos de 100 mil habitantes que cumplan los requisitos que señale el reglamento en materia de capacidad técnica, administrativa y financiera podrán certificarse. Le corresponde a los departamentos decidir sobre la certificación de los municipios menores de cien mil habitantes, que llenen los requisitos. Si contados seis meses desde la presentación de la solicitud no ha sido resuelta o ha sido rechazada, el municipio podrá acudir a la Nación para que ésta decida sobre la respectiva certificación.

Los municipios certificados deberán demostrar, cuando lo requiera el Gobierno Nacional, que mantienen la capacidad necesaria para administrar el servicio público de educación. Aquellos municipios que no logren acreditar su capacidad, perderán la certificación.»

60. En el desarrollo y evolución del concepto de la organización administrativa del Estado se ha determinado con base en el artículo 1 de la Carta, que Colombia se ha organizado como República unitaria con el carácter de descentralizada que encuentra su génesis en el principio de la centralización política y la descentralización administrativa, conllevando a que esta rama del poder público se clasifique en tres órdenes, como lo son el nacional, departamental o seccional y municipal o local.

61. En tal sentido, el ordenamiento constitucional ha determinado que la organización territorial del Estado comprende la administración seccional y local, concepto desarrollado en la Ley 489 de 1998, que en su artículo 39 se refiere a la integración de la administración pública definido como la vinculación directa de los organismos que componen la rama ejecutiva, lo cual se traduce en que todos los órganos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado, como lo es en el caso de los docentes, pueden ser vinculados a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, para el ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado.

62. Con la expedición de la Ley 91 de 1989 «*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*», en cuyas disposiciones se encuentra materializado este principio de la administración pública, pues dicha normatividad diferenció las categorías en que se agruparían los docentes afiliados al fondo, con el fin de establecer los trámites y las disposiciones que les serán aplicables de conformidad a su fecha de vinculación. Al efecto, consagró que los docentes oficiales se agruparían así: (i) en el **personal nacional**, el cual reúne a los docentes nombrados por el Gobierno Nacional; (ii) el **nacionalizado**, cuyo ingreso se efectúa mediante nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esa fecha de conformidad con lo previsto en la Ley 43 de 1975⁷⁹; y (iii) el **personal territorial**, en el cual se encuentran los docentes 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 mencionada ley, relativo a la creación de nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria⁸⁰.

63. Lo expuesto anteriormente, denota que la organización administrativa para la prestación del servicio público educativo, atenúa la centralización para distribuir competencias en los entes territoriales, en virtud del principio de la **descentralización** administrativa, y con ello, que la vinculación de los docentes

⁷⁹ Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones.

⁸⁰ Ley 45 de 1975, Artículo 10.- En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

se efectúa a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, en consecuencia, cumple igualmente con los criterios analizados por la Asamblea Nacional Constituyente, y en ese orden, es pertinente determinar por último, si se encuentran regulados por el sistema de carrera administrativa fundamentado en el mérito por mandato constitucional.

3.1.4. Forma de vinculación, ascenso y retiro en la carrera docente.

64. Como se expuso, por tratarse de un derecho de la persona y dada su naturaleza de servicio público esencial, la educación es inherente a la finalidad social del Estado y constituye por lo tanto una obligación ineludible el asegurar su prestación eficiente, aún cuando ello ha presentado numerosas dificultades a lo largo de la historia de nuestro país, según se expone de manera breve, a continuación:

65. El ingreso de personal docente al servicio educativo estatal se realiza mediante el sistema de concurso público, esto con base en los criterios previstos por la norma superior, que indican que la provisión de empleos en el sistema de carrera está condicionada al previo cumplimiento de requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes⁸¹.

66. Al respecto, el Decreto Ley 2277 de 1979 «por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente», señaló que los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son «empleados oficiales de régimen especial»⁸² y creó el escalafón docente para la clasificación de los educadores de acuerdo a la *preparación académica, experiencia y méritos reconocidos*, a través del cual se habilita al educador para ejercer los cargos de la carrera docente, estaba compuesto por catorce grados en orden ascendente, del 1 al 14, de acuerdo con los años de antigüedad y la capacitación.

67. Dicho estatuto definió la carrera docente en el artículo 26, como «el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector oficial, garantiza la estabilidad de dichos educadores en el empleo, les otorga el derecho a la profesionalización, actualización y capacitación permanentes, establece el número de grados del escalafón docente y regula las condiciones de inscripción, ascenso y permanencia dentro del mismo, así como la promoción a los cargos directivos de carácter docente»; y de igual forma, les otorgó derechos⁸³ deberes y prohibiciones⁸⁴, estímulos⁸⁵, y el régimen disciplinario para los educadores⁸⁶, así

⁸¹ «Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

[...]

⁸² Art. 3 Decreto 2277 de 1979.

⁸³ Artículo 36 Decreto 2277 de 1979.

⁸⁴ Artículos 44 y 45 *ibidem*.

⁸⁵ Artículos 37 a 43 *ibidem*.

⁸⁶ Artículos 46 a 55 *ibidem*.

como las situaciones administrativas⁸⁷ y el retiro del servicio por las causales de cesación de la función docente⁸⁸.

68. El artículo 111 de la Ley 715 de 2001 «*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*», le concedió facultades extraordinarias al presidente de la República por el término de 6 meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresaran a partir de su promulgación⁸⁹, acorde con la nueva asignación de competencias efectuadas entre la Nación y las entidades territoriales, pero además atendiendo a los siguientes criterios:

« [...] 1. Mejor salario de ingreso a la carrera docente. 2. Requisitos de ingreso. 3. Escala salarial única nacional y grados de escalafón. 4. Incentivos a mejoramiento profesional, desempeño en el aula, ubicación en zonas rurales apartadas, áreas de especialización. 5. Mecanismos de evaluación, capacitación, permanencia, ascensos y exclusión de la carrera. 6. Oportunidades de mejoramiento académico y profesional de los docentes. 7. Asimilación voluntaria de los actuales docentes y directivos docentes contemplado en el Decreto-ley 2277 de 1979.»

69. Así, el Decreto 1278 del 19 de junio de 2002, «*Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente*», previó en el artículo 4 la función docente como aquella de carácter profesional que implica la realización directa de los procesos sistemáticos de *enseñanza - aprendizaje*, lo cual incluye el diagnóstico, la planificación, la ejecución y la evaluación de los procesos y sus resultados, pero además el servicio de orientación estudiantil y la atención a la comunidad.

70. En este punto, es importante señalar que la Corte Constitucional a través de Sentencia C-666-16⁹⁰, se pronunció frente a la exequibilidad del artículo 2º *ibidem*⁹¹, que previó la aplicación *a quienes se vinculen a partir de la entrada en vigencia del decreto*, sin establecer distinción o exclusión alguna de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Al respecto, la Corte consideró que en efecto el legislador extraordinario en este caso, incumplió la obligación de regular el Escalafón Docente de estos grupos sociales, los cuales no pueden entenderse integrados al sistema general, debido al mandato constitucional que estableció el ejercicio de su autonomía en materia educativa, de protección y promoción de su identidad cultural.

⁸⁷ Artículos 59 a 70 *ibidem*.

⁸⁸ Artículo 68 *ibidem*. La norma previó que el retiro del servicio se produce por renuncia, invalidez absoluta, edad, destitución o insubsistencia del nombramiento.

⁸⁹ 21 de diciembre de 2001.

⁹⁰ Referencia: Expediente D-11487. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹¹ «Artículo 2. Aplicación. Las normas de este estatuto se aplicarán a quienes se vinculen a partir de la vigencia del presente decreto para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta misma norma.»

71. Por lo tanto, el tribunal constitucional advirtió la necesidad de llenar el vacío normativo con un régimen jurídico precario y a todas luces incompleto; sin embargo, en aras de proteger los derechos individuales de los docentes y ante la posible afectación de la comunidad y la adecuada prestación del servicio público de educación y los derechos de los estudiantes en todo el territorio nacional, mantuvo temporalmente dentro del ordenamiento jurídico la interpretación contraria a la Carta, esto es, que «el Decreto 1278 de 2002 es aplicable a los docentes y directivos docentes que presten sus servicios a las comunidades negras o dentro de sus territorios». Al efecto, difirió los efectos de su decisión por el término de un año, contado a partir de la notificación de la sentencia y dado que venció el plazo otorgado por la Corte Constitucional, es claro que el Decreto 1278 de 2002 es inaplicable a tales docentes, frente a los cuales el legislador deberá expedir un ordenamiento jurídico con fuerza de ley en el cual se regulen las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan sus servicios en sus territorios.

72. En lo concerniente a los demás educadores vinculados al servicio estatal, la *profesionalización* se reguló por la **carrera docente**, definida como un régimen legal encaminada a garantizar la idoneidad ética y pedagógica de los educandos, pues **el mérito se planteó como un presupuesto principal para el ingreso, la promoción en el servicio, la permanencia y el ascenso en el escalafón**⁹².

73. Entre las diferencias más destacadas entre el antiguo y el nuevo estatuto docente, se destacan las siguientes:

	DECRETO 2277/79	DECRETO 1278/02
1 INGRESO	<p>A través de nombramiento sin superar un concurso de méritos.</p> <p>Art. 5. «[...] sólo podrán ser nombrados para ejercer la docencia en planteles oficiales de educación quienes posean título docente o acrediten estar inscritos en el escalafón</p>	<p>A través de concurso público y abierto para cargos docentes y directivos docentes.</p> <p>Art. 7. «[...] para ingresar al servicio educativo estatal se requiere poseer título de licenciado o profesional expedido por una institución de educación superior debidamente reconocida por el Estado o título de normalista superior y, en ambos casos, superar el concurso de</p>

⁹² Artículo 16 Decreto 1279 de 2002.

		nacional docente»	<p>méritos que se cite para tal fin, debiendo ejercer la docencia en el nivel educativo y en el área de conocimiento de su formación. [...]»</p> <p>- Superación del período de prueba e inscripción en el Escalafón Docente.</p> <p>Art. 7. «[...] La persona seleccionada por concurso abierto [...] será nombrada en período de prueba hasta culminar el correspondiente año escolar en el cual fue nombrado, siempre y cuando haya desempeñado el cargo por lo menos durante 4 meses.</p> <p>[...] Aprobado el período de prueba por obtener calificación satisfactoria en las evaluaciones, el docente o directivo docente adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Escalafón Docente.»</p>
2	ESCALA FÓN DOCENTE Y ASCENSO	<p>- Estructura del escalafón: Art. 9. Grados 1 al 14.</p> <p>- Ascenso: Art. 10. Título académico distinto del que le había servido al docente para el ingreso, con excepción del nivel máximo, para el que se requería ser «licenciado en ciencias de la educación, no haber sido sancionado con exclusión del escalafón y tener título de postgrado reconocido por el Ministerio de Educación Nacional o autoría de una obra de carácter científico, pedagógico o técnico»</p>	<p>- Estructura del escalafón: Art. 20. Grados 1 a 3, compuesto cada uno por cuatro 4 niveles salariales (A-B-C-D).</p> <p>- Ascenso: Arts. 20 y 36. Título de formación académica adicional al de ingreso, 3 años de servicio y obtener más de 80% en la evaluación anual de competencias.</p>
3	RETIRO	<p>- Art. 31. Por haber alcanzado la edad de retiro forzoso.</p> <p>- Art. 49. Mala conducta</p> <p>- Art. 51. Ineficiencia profesional.</p> <p>- Art. 68. Retiro del servicio.</p> <p>a. Por renuncia.</p> <p>b. Por invalidez absoluta</p> <p>c. Por edad.</p> <p>d. Por destitución.</p> <p>e. Por insubsistencia del</p>	<p>- Art. 63. Retiro del servicio.</p> <p>a. Por renuncia regularmente aceptada.</p> <p>b. Por obtención de la jubilación o pensión de vejez, gracia o invalidez.</p> <p>c. Por muerte del educador.</p> <p>d. Por la exclusión del escalafón como consecuencia de calificación no satisfactoria en la evaluación o de</p>

	nombramiento.	desempeño. e. Por incapacidad continua superior a 6 meses; f. Por inhabilidad sobreviniente. g. Por supresión del cargo con derecho a indemnización. h. Por pérdida de la capacidad laboral docente, de acuerdo las normas que regulan la seguridad social. i. Por edad de retiro forzoso. j. Por destitución o desvinculación como consecuencia de investigación disciplinaria. k. Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo. l. Por revocatoria del nombramiento. m. Por orden o decisión judicial. n. Por no superar satisfactoriamente el período de prueba. o. Por haber sido condenado a pena privativa de la libertad por delito doloso. p. Por las demás causales que determinen la Constitución, las leyes y los reglamentos.
--	---------------	---

74. De las normas expuestas, se tiene que el Decreto 1278 de 2002, nuevo estatuto de profesionalización docente, introdujo al ordenamiento jurídico colombiano el **mérito** como la condición para la inserción y permanencia en la carrera docente, pues se creó el sistema de concurso público y abierto para cargos docentes y directivos docentes, lo que de suyo implicó una mayor intervención, inspección y responsabilidad del Estado en lo relacionado con la cualificación y formación profesional para garantizar que el servicio público educativo sea prestado por educadores idóneos.

75. En tal sentido, el régimen de carrera docente desarrolla el mandato constitucional previsto en el artículo 125 de la Constitución Política, relativo a que los servidores públicos que tengan a su cargo la titularidad y el ejercicio de funciones administrativas, deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos y condiciones

legales para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, en aras de satisfacer el interés general y los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

76. Por ello, el ingreso, permanencia y retiro del servicio se constituyen como variables regladas definidas por el legislador para cada caso, y edifica el ejercicio de la función administrativa de parte de los nominadores, siendo así, una relación laboral gobernada por la ley y el reglamento.

3.1.5. Conclusión

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 Política⁹³, 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 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

⁹³ «Artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.»

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 oficiales⁹⁴, 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 1995⁹⁵ y 1071 de 2006⁹⁶, 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.

3.2. Exigibilidad de la sanción moratoria

i) Hipótesis de falta de pronunciamiento, o pronunciamiento tardío.-

83. Sobre el particular, la Sección Segunda evidencia con relación al reconocimiento de la sanción moratoria tanto a docentes del sector oficial, como a la generalidad de los servidores públicos, que aún falta por precisar el momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora en el evento en que la administración guarde silencio frente a la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas, o se pronuncie de manera tardía.

84. Lo anterior, fue un aspecto objeto de análisis en la Sentencia de Unificación de 27 de marzo de 2007, proferida por la Sala Plena de esta Corporación⁹⁷, en la que se determinó que el mecanismo jurídico procedente cuando se pretenda el reconocimiento de la sanción ante la mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, era la acción, hoy medio de control de nulidad y

⁹⁴ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

⁹⁵ «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.»

⁹⁶ «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.»

⁹⁷ Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

restablecimiento del derecho, y solo en el caso concreto se refirió a la exigibilidad de la obligación, en tanto la administración guardó silencio frente a la petición de reliquidación de la prestación social. En consecuencia, ello solo fue analizado como un aspecto de la *obiter dicta*⁹⁸, pero no constituyó la *ratio decidendi* que permita resolver, en adelante, casos similares frente a tal problemática jurídica.

85. Al respecto, en el Proyecto de Ley 38 de 1995 y que es la Ley 244 de 1995⁹⁹, el Senado de la República expuso que si bien el artículo 53 de la Constitución Política previó que «El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales, [...]», ello no implicaba que las demás prestaciones y retribuciones de carácter laboral no fueran pagadas dentro del término legal; ya que por el contrario, al constituir ese fruto el sustento de los empleados y sus familiares era necesario enervar cualquier situación irregular que conllevara a la demora en las cancelación de las cesantías, pues correspondía a sumas de dinero que generaban intereses elevados a favor de la entidad, pero sin que su valor se reconociera al funcionario.

86. Igualmente, el legislador señaló que los motivos por los cuales se expidió dicha norma jurídica consistió en equiparar a los servidores públicos frente a los trabajadores del sector privado en materia de cesantías, a quienes el legislador en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo les otorgó la sanción a cargo del patrono, en el evento en que finalizada la relación laboral, no cancelara de forma inmediata los salarios y prestaciones sociales e inclusive, ante el retardo de la consignación anualizada de dichos emolumentos. Lo anterior, debido a que no existía ninguna norma equivalente en el ámbito oficial.

87. Así mismo, se consideró la dificultad en el trámite que deben adelantar dichos funcionarios para lograr el cobro de sus cesantías ante la administración, en los siguientes términos:

«[...] especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo período de burocracia y tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial, o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites.

⁹⁸ Al respecto, la Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. «Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución Política.»

⁹⁹ «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.»

Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes prácticamente al mejor postor.

Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando al final se paga al trabajador su cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados, con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador.

[...]»¹⁰⁰

88. Aunado a lo anterior, el legislador consideró que el término perentorio para la liquidación de las cesantías busca que la administración expida la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los empleados.

89. Ahora, si bien en la exposición de motivos se consideró la sanción moratoria frente al incumplimiento en el pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, la Ley 244 de 1995 en su artículo 1 únicamente previó tal penalidad frente a las primeras [definitivas].

90. Por lo anterior, se expidió la Ley 1071 de 2006¹⁰¹, que consagró las circunstancias en que los empleados se encontraban facultados para solicitar el retiro parcial de sus cesantías¹⁰². Frente a los motivos de la adición a la anterior disposición, en el Proyecto de Ley del Senado 44 de 2005, se manifestó la necesidad de que las normas expedidas en materia laboral se basaran en la Constitución Política, por lo que insistió en que debía legislarse con las mismas garantías para quienes desarrollaran sus labores en el sector privado como para los del sector público. En esta oportunidad, el legislador consideró lo siguiente:

«[...] Esta diferencia hace necesario que se unifique el régimen prestacional especialmente en lo que tiene que ver **con el retiro de las cesantías parciales, el cual cubriría y beneficiaría a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres Ramas del Poder Público, incluida la Fiscalía General, los Órganos de Control, las Entidades que prestan servicios públicos y de educación. Se busca involucrar a todo**

¹⁰⁰ Gaceta del Congreso. 214 -264. Senado y Cámara. Año IV- No. 225, agosto. Tomo 8. 1995.

¹⁰¹ «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.»

¹⁰² «Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro 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.»

el aparato del Estado tanto al nivel nacional como territorial.»¹⁰³ (Se destaca).

91. De conformidad con la exposición de las normas que contemplan el plazo para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, y pese a que el párrafo del artículo 5º, previó la sanción respecto del incumplimiento en el **pago**, más no en el reconocimiento de la prestación social, de acuerdo con la teleología del legislador, se establece que precisamente una de las razones por las cuales se contempló la penalidad fue en aras de establecer una limitación al defectuoso funcionamiento de la administración pública que debido a los procesos burocráticos y la corrupción posibilitaba cambiar el orden de radicación de las peticiones encaminadas al reconocimiento de la prestación social, aprovechándose de la urgencia del empleado para proveer sus necesidades básicas y de su familia¹⁰⁴, o simplemente no emitiría el acto administrativo con el fin de que el plazo para la cancelación del valor no iniciase, y por ende, se condicionaría la norma a la actuación de la entidad pública empleadora.

92. Es preciso indicar así, que el establecimiento de un término para el reconocimiento de la cesantía y de otro para que se efectúe su pago efectivo, busca proteger al trabajador garantizando el cometido de tal prestación, y que justamente con ella, se pueda solventar la eventualidad para la cual la solicitó -parciales- o por la que se causó -definitivas-.

93. Así las cosas, no pueden confundirse los mencionados términos de expedición del acto de reconocimiento de la cesantía y de su pago efectivo, con el previsto por el legislador con el propósito de configurar una decisión presunta resultado del silencio administrativo, y menos para entender causada por ésta la sanción por mora; pues, ésta penalidad se encuentra justificada por el simple incumplimiento de la obligación de pago, no por la ficción legal de que la petición que sobre tal prestación se hizo no tuvo respuesta, asumiéndola como negativa por definición.

94. En criterio de la Sala, éste debe ser el real entendimiento de la sanción moratoria por no expedir el acto de reconocimiento en término, pues lo contrario sería asumir que la simple inacción de la administración impediría la causación de la penalidad analizada en esta sentencia, en detrimento de la filosofía de la cesantía y de los derechos del trabajador.

95. En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –*cesantías parciales o definitivas*- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4

¹⁰³ Gaceta del Congreso. Antecedentes Ley 1071 de 2006.

¹⁰⁴ Gaceta del Congreso. Proyecto de Ley 38 de 1995. Senado de la República de Colombia

L. 1071/2006¹⁰⁵), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁰⁶) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁰⁷], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006¹⁰⁸.

ii) Hipótesis de acto escrito que reconoce la cesantía.-

96. Teniendo claridad sobre la regla que procede para calcular la sanción moratoria por falta de expedición del acto de reconocimiento, o siendo tardío, adicionalmente deberá la Sala analizar la causación de la penalidad en el evento de que exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, sí se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, considerando que éstos son los momentos en que legamente se inicia el término para controvertirlo y después verificar el pago oportuno de la cesantía.

97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver

¹⁰⁵ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

[...]

Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.»

¹⁰⁶ «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

¹⁰⁷ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

[...]

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

[...]

¹⁰⁸ «Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.»

el asunto. Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente¹⁰⁹ en los términos del artículo 67¹¹⁰ del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, sí el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de éste medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

98. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56¹¹¹ del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68¹¹² del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo **por aviso** remitido a la misma dirección del

¹⁰⁹ Estimándose, que conforme a la ley constituye el acto de enteramiento de la decisión al interesado haciéndole entrega íntegra y formal de una copia del acto definitivo con la indicación de los recursos procedentes, su término y ante qué autoridad se deben interponer.

¹¹⁰ «**ARTÍCULO 67. NOTIFICACIÓN PERSONAL.** Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos.»

¹¹¹ «**ARTÍCULO 56. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA.** Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título.

La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.» (negrilla y subraya de la Sala).

¹¹² «**ARTÍCULO 68. CITACIONES PARA NOTIFICACIÓN PERSONAL.** Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días.»

requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69¹¹³ *ibidem*; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión¹¹⁴, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

101. Ha de ser así, pues la producción de los efectos del acto administrativo exige de su publicidad, de manera que solo son oponibles las decisiones de la administración que son conocidas por las personas llamadas a su cumplimiento o afectadas con su ejecución; situación que perfectamente encaja en el cómputo de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, que consulta o se causa por el paso del tiempo, a donde no concurre el término que tiene el empleador para notificar el acto expreso que reconoce la mencionada prestación.

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, **el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados.**

103. Pero qué ocurre cuando el empleador pese a reconocer la cesantía en oportunidad, no notifica el acto conforme las reglas previstas en la ley. Frente a este supuesto, deberá manifestar la Sala que los términos de notificación de los actos administrativos buscan garantizar el principio de publicidad que rige toda la actuación administrativa, estableciéndose como un imperativo para la administración del que no podrá evadirse por ninguna circunstancia, ya que la norma es clara en establecer todos los eventos posibles para que la decisión definitiva sea informada a su peticionario.

¹¹³ «**ARTÍCULO 69. NOTIFICACIÓN POR AVISO.** Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.»

¹¹⁴ Salvo los actos dictados en audiencia, que se notifican en estrados.

104. Así mismo, y en el otro extremo, la obligación de notificar el acto administrativo es a su vez una garantía para el peticionario en cuanto da eficacia a su derecho fundamental de petición y al cometido de que a través de esa decisión que le reconoce un derecho se le materialice.

105. Es por tales razones, que los términos procesales son de orden público, apreciación que no se reduce a las actuaciones judiciales, siendo viable predicar ese carácter alrededor de las oportunidades del procedimiento administrativo; y en tal sentido, para la administración constituye un deber inexorable notificar los actos particulares que emita en los estrictos términos de ley.

106. Entonces, frente a un acto escrito que no se notifique, el inicio del término de ejecutoria pende de la posibilidad de que el peticionario ejerza un acto inequívoco y positivo que denote su conocimiento, en cuyo caso, la notificación ocurrirá por conducta concluyente como cuando interpone el recurso procedente. Pero en su defecto, y entendiendo que para el pago de la cesantía lo que existe es un término expreso para el empleador *so pena* de constituirlo en mora y generar en su contra una sanción, ese deber ocurre luego de verificar el cumplimiento de otras obligaciones entre ellas, la de notificar el acto de reconocimiento conforme se lo ordena la ley, la cual debió ocurrir por ministerio de la ley a más tardar dentro de los 12 días siguientes a que se expide como pasa a explicarse.

107. En estas condiciones, el cómputo del término de ejecutoria del acto que reconoce la cesantía que no es notificado, diligencia que debe verificarse necesariamente para contabilizar el de pago que es de 45 días, solo será viable después de 12 días de expedido el acto definitivo, esto es, considerando la ficción que la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario, 5 días que le dio de espera para comparecer a recibir la notificación, 1 día para entregarle el aviso y 1 más con el que la perfecciona por este medio.

108. Sobre este particular, debe indicar la Sección que si bien el artículo 69 del CPACA que desarrolla la **notificación por aviso** prevé la opción adicional en caso de desconocerse la ubicación del destinatario de la decisión, de publicarlo en el sitio web y en lugar de acceso público de la entidad por el término de 5 días, con la advertencia que la notificación quedará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso; dicha previsión no es de razonable aplicación para los casos donde interviene el Fomag, si se considera que la información relacionada con la vida laboral y datos personales del docente está al alcance del ente territorial que en forma desconcentrada tramita la solicitud de reconocimiento de la cesantía.

109. Siguiendo esta misma línea, se encuentra la hipótesis de cuando el peticionario renuncia expresamente a los términos de notificación y de ejecutoria, procurando así un ágil cumplimiento del acto que le reconoce la cesantía, adquiriendo firmeza a partir de la fecha en que haga tal manifestación, al tratarse de oportunidades asociadas al debido proceso que le permite enterarse de la decisión y controvertirla. En este caso, los 45 días para que se produzca el pago

de la cesantía reconocida, corren a partir del día siguiente en que renuncia a los términos de notificación y ejecutoria.

110. Podemos concluir así, que el acto de reconocimiento de la cesantía debe notificarse personalmente al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará a computarse el término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹¹⁵ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día en que así lo manifieste.

111. En las mencionadas situaciones, **los términos de notificación y de ejecutoria no corren para sanción moratoria.**

112. De otra arista, se tiene que una de las posibilidades frente al reconocimiento de la cesantía es la inconformidad del empleado, que podrá ser total o parcial, situación en donde dentro el término de 10 días siguientes a la notificación debió interponer el recurso procedente con el propósito de lograr la respectiva modificación, en cuyo caso el plazo de los 45 días hábiles, iniciará una vez adquiera firmeza el acto administrativo respectivo, esto es, de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 artículo 87 *ibidem*¹¹⁶, desde el día siguiente a la comunicación de la decisión sobre los recursos interpuestos; por consiguiente, el cómputo se efectuará así: notificado el acto que resuelva la impugnación, se contabilizará 1 día correspondiente a la ejecutoria y a partir del día siguiente correrá el plazo legal para el pago previsto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

113. Sin embargo, otras de las posibilidades que puede ocurrir cuando se interpone un recurso, es que éste no sea resuelto. Frente a esta circunstancia, la jurisprudencia constitucional¹¹⁷ ha sido enfática en que una de las modalidades del derecho de petición es justamente el recurso gubernativo, el cual debe ser resuelto por la autoridad competente en el término de 15 días como si se tratara de una solicitud común y corriente, al margen que pasados 2 meses se entienda configurado un acto ficto.

¹¹⁵ Artículos 68 y 69 CPACA. En los supuestos, las diligencias totalizan 12 días.

¹¹⁶ «Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

[...]

¹¹⁷ Al respecto, consultar sentencias T-673-98, T-785-01 y T-795-01

114. De acuerdo con lo anterior, pasados 15 días hábiles sin que se notifique acto que resuelve el recurso interpuesto, empezará a correr el término que tiene la administración para pagar la cesantía en los términos que fue reconocida, plazo previsto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 que debe agotarse para causar la sanción moratoria.

115. Todo lo explicado, respecto de las normas previstas en el CPACA se puede evidenciar en el siguiente cuadro:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	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 EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
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 ¹¹⁸	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

¹¹⁸ Se consideran los supuesto 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.

				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

3.2.1. Existencia de normas reglamentarias que regulan el reconocimiento de la cesantía en el sector docente.

116. Se precisa que en relación con los docentes oficiales, la Ley 962 de 2005 «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», previó en su artículo 56 que las prestaciones sociales de los afiliados al FOMAG, serán reconocidas y pagadas por dicho fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre los recursos de este patrimonio autónomo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente¹¹⁹.

117. El anterior trámite fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005¹²⁰, los cuales a la letra señalan lo siguiente:

«Artículo 2°. Radicación de solicitudes. **Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente,** de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

[...]

¹¹⁹ «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.»

¹²⁰ «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.»

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

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

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

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. **Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación,** junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. **Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.**

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que

deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4°.Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, **deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.**».

118. De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que para el reconocimiento y pago de las prestaciones de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, previó unos términos especiales, que la Sala resume a continuación en la siguiente tabla:

	Trámite	Entidad encargada	Término
1	Radicación de la petición de cesantías parciales o definitivas	Secretaría de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente.	
2	Elaboración del proyecto de acto administrativo y remisión a la sociedad fiduciaria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la petición
3	Aprobación o razones para improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución
4	Suscribir la resolución y efectuar la notificación	Secretario de educación territorial	Dentro del término previsto en la ley
5	- Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los		

actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo
--	-------------------------------------	--

119. En ese orden de ideas, en atención a que como se expuso, el Decreto 2831 de 2005¹²¹ estableció un procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones sociales que difiere del fijado por la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, en cuanto a los términos previstos para el efecto, ello es lo que hace necesario que se determine su aplicación o no en los asuntos materia de debate.

120. Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-037-00¹²², por la cual declaró la inexecutable del artículo 240 de la Ley 4ª de 1913¹²³, consideró que la terminología «orden de preferencia» a efectos de determinar la aplicación entre las normas nacionales, departamentales y municipales que fueren contradictorias, resultaba un tanto ambigua. En esta oportunidad, señaló que el ordenamiento jurídico supone una jerarquía normativa que pese a no estar contenida de manera expresa en el texto superior, sí puede deducirse del artículo 4 de la Carta Política, así:

«[...] El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Así, para empezar el artículo 4º de la Carta a la letra expresa: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.” Esta norma se ve reforzada por aquellas otras que establecen otros mecanismos de garantía de la supremacía constitucional, cuales son, principalmente, el artículo 241 superior que confía a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Carta y el numeral 3º del artículo 237, referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de

¹²¹ «Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

¹²² M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

¹²³ « Sobre régimen político y municipal.

[...]

Artículo 240. El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden del superior.

El orden de preferencia en disposiciones contradictorias en asuntos departamentales será el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del gobernador y las órdenes de los superiores.

En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del alcalde y las órdenes de los superiores.

Cuando la ley autorice al gobierno o a algún empleado del orden político para reglamentar un asunto departamental o municipal; cuando la ordenanza autorice el gobernador o a algún otro empleado políticos para reglamentar un asunto municipal, el orden de prelación de los respectivos reglamentos irá a continuación de la ley u ordenanza en virtud de la cual se expidieron.

Si el conflicto es entre leyes y ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y si es entre las órdenes de los superiores, se prefiere la del de mayor categoría.»

los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional. Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible.

Pero más allá de la supremacía constitucional, **de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico.** Esta conclusión se extrae de diversas disposiciones, entre otras aquellas referentes a los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, le corresponden al presidente frente a ley. En efecto, esta disposición le **impone “promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento” (numeral 10°), y “ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (numeral 11°).** Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el **obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquella. Igualmente, las normas superiores que organizan la jurisdicción contencioso-administrativa y señalan sus atribuciones (artículo 237 superior), encuentran su finalidad en la voluntad del constituyente de someter la acción administrativa al imperio de la ley.»**

121. De acuerdo con lo señalado por el tribunal constitucional, se establece que la norma superior al prever que las leyes expedidas por el Congreso en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 150 *ibidem*, ocupan una posición prevalente en el ordenamiento jurídico, se aplican de manera preferente frente a las disposiciones de inferior rango jerárquico.

122. Por consiguiente, se tiene que dado que la Ley 1071 de 2006¹²⁴ fue expedida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde *hacer las leyes*¹²⁵, y de otro lado, el Decreto 2831 de 2005 por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las *funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa*¹²⁶, dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria.

123. En este particular, la Sala considera importante y pertinente traer a colación, que el legislador a través de la Ley 1769 de 2015¹²⁷, en el artículo 89 estableció un

¹²⁴ «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.»

¹²⁵ Artículo 150 de la Constitución Política.

¹²⁶ Artículo 189 *ibidem*.

¹²⁷ «Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2016.»

término especial para el pago de la cesantía de los docentes y la causación de la sanción moratoria por su incumplimiento, así:

«ARTÍCULO 89. El pago que reconozca el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) por concepto de cesantías parciales o definitivas a sus afiliados se deberá realizar dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social solicitada.

A partir del día hábil sesenta y uno (61), se deberán reconocer a título de mora en el pago, intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada.»

124. Es clara la intención del legislador de estipular el término de 60 días siguientes a la firmeza del acto de reconocimiento, para que el Fomag efectuara el pago de las cesantías parciales o definitivas, computando a partir del día 61 una sanción por mora equivalente a los intereses legales a la tasa DTF efectiva anual, causada diariamente por la suma no pagada.

125. La anterior disposición, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-489 de 2016 al considerar que:

«El plazo para su pago [de las cesantías] tiene relevancia pues, precisamente, pretenden auxiliar a la persona que se queda temporalmente sin trabajo, razón por la cual es necesario que el lapso de espera sea razonable y, aunque no le corresponde a la Corte establecer cuál es, exactamente, ese plazo razonable, sí es claro para este tribunal que ampliarlo, sin razones poderosas para hacerlo, es inconstitucional. En lo que tiene que ver con el interés por mora ocurre algo semejante. La razón por la cual en algunas normas sustantivas el legislador ha incorporado la sanción de un día de salario por cada día de mora es, precisamente, porque una persona sin trabajo sufre cada día una lesión intensa a su mínimo vital. Una vez más, lo anterior no significa que esta sea la única forma válida de calcular tal interés, pero su modificación por otra fórmula debe basarse en razones constitucionales que justifiquen la regresión.

Por otra parte, es imprescindible señalar que el análisis de regresividad sí admite 'pasos atrás', pero que la carga de justificarlos radica en quien impone la medida, es decir, para el caso de las leyes, en el Congreso de la República. En este trámite, sin embargo, no existe una justificación específica y satisfactoria que, en el proceso de elaboración de la ley, explique la decisión de modificar el plazo y la sanción por mora en el pago de las cesantías. Y ello es explicable, en la medida en que se trata de una norma incluida en una ley que trataba un aspecto totalmente distinto, según se ha concluido en el estudio por violación al principio de unidad de materia.

Así las cosas, resulta que con la introducción del artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 no sólo se desconoció el principio de unidad de materia,

sino que, además, se creó un régimen más oneroso y regresivo en términos de pago de cesantías y de intereses de mora, que modifica lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, ya que el plazo para el pago de las cesantías pasa de cuarenta y cinco (45) días hábiles a sesenta (60) días hábiles, que en términos reales puede llegar a ser desde ochenta (80) días hábiles hasta ochenta y cinco (85) días hábiles por la utilización de los recursos, dando lugar a que se amplíe en un término de hasta quince días el pago de las cesantías para los docentes oficiales.

Lo mismo sucede con el pago de los intereses de mora ya que cambia el valor establecido en la Ley 1071 de 2006 de un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, a lo regulado en el parágrafo del artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 de una tasa de intereses legales equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada.» (Se destaca)

126. En criterio de la Corte, que esta Sala también comparte, el establecimiento de un nuevo término para el pago de la cesantía para los docentes afiliados al Fomag, es regresivo y modifica además el plazo general de 45 días previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley 1071 de 2006, razón por la cual, no es posible tal previsión para el ordenamiento jurídico.

127. En tal virtud, si la nueva ley no podía ampliar los términos para el pago de la cesantía y causación de sanción moratoria de los docentes, con mayor razón una norma reglamentaria tiene vedado igual propósito, como es el decreto que regula el trámite de reconocimiento de prestaciones a cargo del Fomag.

128. Así las cosas, la Sala de Sección considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005¹²⁸ en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006¹²⁹ para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento.

129. Para esta Sala de Sección es muy importante recalcar esa jerarquía normativa en cuya virtud debe prevalecer el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales; por lo que tanto entes territoriales como el Fomag procurarán su cumplimiento para tales propósitos. Así mismo, el Gobierno Nacional la tendrá en cuenta para si es del caso disponga de una reglamentación acorde con la ley.

¹²⁸ «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.»

¹²⁹ «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.»

130. En consecuencia, estima la Sala que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía, que como hemos visto, resultan aplicables al sector docente oficial. Por ende, y a pesar de no ser objeto de este proceso, en desarrollo de la llamada «*excepción de ilegalidad*», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, la Sala inaplicará para los efectos de la unificación jurisprudencial contenida en esta providencia, la mencionada norma reglamentaria, e instará al Gobierno Nacional a que en futuras reglamentaciones tenga en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

131. En este punto es importante resaltar, que la figura de la «*excepción de ilegalidad*» se circunscribe a la posibilidad que tiene el juez de lo contencioso administrativo de inaplicar, de oficio o a solicitud de parte, dentro del trámite de una acción o medio de control sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior.

132. Esta potestad del juez de lo contencioso se deriva del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 148. Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.».

133. La figura de la «*excepción de ilegalidad*» es connatural a la decisión del Constituyente de poner en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad del actuar de la Administración Pública, y constituye una clara materialización de los principios de jerarquía normativa, seguridad jurídica y unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico.

134. En efecto, la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa es de rango constitucional: sobre el particular, los artículos 236 a 238 atribuyen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función. El artículo 237, refiriéndose al Consejo de Estado afirma que a esta Corporación corresponde «*Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley*». De igual manera, el artículo 236, respecto de cada una de las salas y secciones que lo integran, indica que la ley señalará las funciones que les corresponden. Y finalmente el artículo 238, deja también en manos del legislador el señalamiento de los motivos y los requisitos por los cuales la jurisdicción contencioso administrativa puede suspender provisionalmente «*los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial*».

135. Por otra parte, el ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Así, para empezar, el artículo 4° de la Carta a la letra expresa: «*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*». De la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Esta conclusión se extrae de diversas disposiciones, entre otras, aquellas referentes a los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, le corresponden al Presidente frente a ley. En efecto, esta disposición le impone «*promulgar la leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*» (numeral 10°), y «*ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes*» (numeral 11°).

136. Asimismo, en virtud de los principios de unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico, la jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Por lo tanto, las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular, en aras de lograr la «coherencia interna» del sistema jurídico.

137. De esta condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la jurisdicción de lo contencioso ostenta la facultad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, de conformidad con el artículo 148 del CPACA ya citado.

3.3. Salario base de liquidación de la sanción moratoria.

138. En relación con este preciso elemento, la Sala ha evidenciado que en los casos en que se configura el retardo de la entidad pública empleadora frente al cumplimiento de la obligación legal de que trata la Ley 244 de 1995¹³⁰, modificada

¹³⁰ «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.»

por la Ley 1071 de 2006¹³¹, los tribunales administrativos del país en algunas sentencias han sostenido que deberá tenerse en cuenta el último salario devengado por el servidor público, y en otras, han determinado que será el correspondiente al año en que se produzca la mora, de tal manera que si ese incumplimiento se extiende en el tiempo, en el momento en que continúa por la siguiente vigencia fiscal, cambia el salario con base en el cual se efectúa la liquidación de la aludida penalidad de tipo pecuniario.

139. Es necesario señalar que frente al salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria, la Sección Segunda de esta Corporación, se pronunció a través de la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016¹³², en la que fijó como regla que sería el devengado por el empleado al momento en que se produce el retardo, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías sucesivos, la asignación salarial cambia por cada anualidad; sin embargo, dado que la controversia se originó en la consignación tardía de las cesantías de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990¹³³, solo ello fue objeto de unificación, sin hacer referencia a los demás regímenes, así como tampoco a la penalidad que se origina por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos. Por tanto, la postura fijada en dicho precedente no variará con las tesis que aquí se dictarán, que giran en torno a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus complementarias.

140. Al respecto, la Sección Segunda sienta jurisprudencia para precisar que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las **cesantías parciales**¹³⁴ será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades, es decir se extiende en el tiempo, además que la penalidad se encuentra justificada por el incumplimiento en la obligación del pago por el empleador; y porque contrario al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990¹³⁵, para los servidores

¹³¹ «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.»

¹³² C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹³³ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

¹³⁴ En los eventos consagrados en el artículo 3º de la Ley 1071 de 2006, esto es:

«Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2º de la presente norma podrán solicitar el retiro 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.»

¹³⁵ « Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

[...]

Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: 1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

públicos del nivel territorial afiliados a fondos administradores privados y que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996¹³⁶, la obligación del empleador surge.»

141. A diferencia de la anterior, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las por cada vigencia fiscal - *Efectuar la liquidación el 31 de diciembre y consignar dicho valor antes del 15 de febrero del año siguiente*- y es la razón por la cual en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 de 2016, se expuso que cuando «[...] concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos cesantías **definitivas**, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

142. Así lo consideró esta Sección en la citada sentencia de unificación, en los siguientes términos:

«[...] Y como no puede haber simultaneidad o concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias¹³⁷, es decir, las que se producen a causa de la mora en la consignación de las cesantías anualizadas y las que surgen de la mora en el pago de las definitivas, deberá tomarse como límite final la fecha de la desvinculación del servicio, para efecto de la causación de la mora en el pago de las cesantías definitivas, [...].

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.»

¹³⁶ En virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, que al tenor disponen lo siguiente:

« por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

[...]

Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) **El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;**

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo; [...].»

«Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia.

[...]

Artículo 1º.- **El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990;** y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.»

¹³⁷ Más adelante se abordará el tema de la no concurrencia de una y otra de las indemnizaciones moratorias en mención.

Tesis que además ha sido sostenida y es la que se aplica en la jurisdicción ordinaria, tal como se desprende de la sentencia cuyo aparte de transcribe a continuación:

«[...] cuando finaliza el contrato de trabajo y no ha habido consignación oportuna de saldos de cesantía por uno o varios años anteriores, la indemnización moratoria ocasionada por ello, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, **será pagadera sólo hasta el momento en que se termina la relación laboral**, pues a partir de este instante la obligación que se origina no es la de consignar la cesantía en un fondo, sino la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios, porque en caso de incumplimiento en este último evento la que opera es la moratoria contenida en el artículo 65 ya citado.»¹³⁸ [...]»

143. Por consiguiente, la Sala reitera que en lo referente a las cesantías parciales, la asignación básica para la liquidación de la sanción será la que devengue el servidor al momento de la causación de la mora, a diferencia de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las definitivas, que estará constituida por la devengada para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social.

En suma, la Sala puede recoger lo antes explicado así:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

3.4. Sobre la indexación de la sanción moratoria.-

144. La indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación¹³⁹ en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir,

¹³⁸ Sentencia 14379 de marzo 27 de 2001, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

¹³⁹ El fenómeno de la inflación se define como un aumento sustancial, persistente y sostenido del nivel general de precios a través del tiempo. Fuente: «<http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/page/qu-inflaci-n>»

aquellas que deben satisfacerse mediante el pago de una cantidad de moneda determinada entre las que se cuentan, por supuesto, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda.

145. Esta figura, nace como una respuesta a un fenómeno económico derivado del proceso de depreciación de la moneda, cuya finalidad última es conservar en el tiempo su poder adquisitivo, de manera que, en aplicación de principios como el de equidad y de justicia, de reciprocidad contractual, el de integridad del pago y el de reparación integral del daño, el acreedor de cualquier obligación de ejecución diferida en el tiempo esté protegido contra sus efectos nocivos.

146. Como lo explica el doctor Luis Fernando Uribe Restrepo, en su libro *«Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación»*, *«La depreciación monetaria originada en la inflación ataca el normal comportamiento de las obligaciones que tiene por objeto una prestación de dar una suma de dinero»*, en la medida en que *«la depreciación tiene como uno de sus efectos afectar esa función de medida de valores que corresponde desempeñar a la moneda.»*¹⁴⁰

147. El concepto de indexación, también conocida como actualización a valor o corrección monetaria, fue por primera vez establecido en los Decretos 677¹⁴¹, 678¹⁴² y 1229 de 1972¹⁴³, normatividad que fue expedida con el fin de incentivar el ahorro privado hacia la construcción, estableciéndose a grandes rasgos, la necesidad de mantener el poder adquisitivo de la moneda de acuerdo con las fluctuaciones de éste, considerando los índices de precios al consumidor.

148. De la misma manera, el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo¹⁴⁴, señalaba que las condenas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo podrían ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor.

¹⁴⁰ Uribe, Restrepo. Luis Fernando. Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación. Editorial Temis. Pág. 17

¹⁴¹ Por los cuales se toman unas medidas en relación con el ahorro privado. En su artículo 3 señaló lo siguiente: Artículo 3º. El fomento del ahorro para la construcción se orientará sobre la base del principio del valor constante de ahorros y préstamos, determinado contractualmente.

Para efecto de conservar el valor constante de los ahorros y de los préstamos a que se refiere el presente Decreto, unos y otros se reajustarán periódicamente de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno, y los intereses pactados se liquidarán sobre el valor principal reajustado.

Parágrafo. Los reajustes periódicos previstos en este artículo se calcularán de acuerdo con la variación resultante del promedio de los índices nacionales de precios al consumidor, para empleados, de una parte, y para obreros, de otra, elaborados por el DANE.

¹⁴² Por los cuales se toman unas medidas en relación con el ahorro privado. El parágrafo del artículo 9 del mencionado decreto estableció que: Artículo 9º. Las corporaciones privadas de ahorro requerirán para su constitución un capital suscrito y pagado no inferior a treinta millones de pesos (\$30.000.000).

Parágrafo. El capital mínimo pagado para la constitución de nuevas corporaciones deberá ser reajustado por el Gobierno de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2º, del artículo 3º del Decreto número 677 de 1972.

¹⁴³ Por el cual se dictan unas medidas relacionadas con el principio de valor constante para abonos y préstamos.

¹⁴⁴ Consagró que la liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor.

149. En el derecho laboral, la pérdida del valor adquisitivo del dinero adquiere una especial importancia, en razón a que del trabajo depende la subsistencia y la realización de un proyecto de vida. Es así como desde la Ley 10 del 18 de diciembre de 1972¹⁴⁵, 4 del 21 de enero de 1976¹⁴⁶ y 71 de 1988¹⁴⁷, se estableció que las pensiones serían reajustadas cada año de acuerdo al aumento en el salario mínimo.

150. En vigencia de la actual Constitución, se observa que no fue indiferente a los fenómenos inflacionarios, en particular en materia laboral, pues «al consagrar la autonomía del Banco de la República, prácticamente reconoció una suerte de derecho constitucional a la moneda sana¹⁴⁸» y, en especial, a la protección del poder adquisitivo de la remuneración laboral tal como lo consagran sus artículos 48¹⁴⁹, 53¹⁵⁰ y 373¹⁵¹.

151. La Sala Plena de esta Corporación, justificó la indexación de los derechos laborales reconocidos a una mujer que había sido retirada del servicio en estado de embarazo así:

«En efecto, es incuestionable que la inflación que viene padeciendo nuestra economía, reflejo de un fenómeno que es mundial, produce una pérdida notoria de la capacidad adquisitiva de la moneda, por manera que ordenar hoy el pago de esas cantidades por su valor mundial implicaría un enriquecimiento sin causa para el Estado y empobrecimiento correlativo

por la cual se modifican los Decretos 433 y 435 de 1971, sobre pensiones del sector privado y se dictan otras disposiciones”

por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones.

¹⁴⁷ por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones

¹⁴⁸ Sentencia C-448 de 1996.

¹⁴⁹ «Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante...»

¹⁵⁰ «Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales Artículos 50 - 53 las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...»

¹⁵¹ «Artículo 373. El Estado, por intermedio del Banco de la República, velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda. El Banco no podrá establecer cupos de crédito, ni otorgar garantías a favor de particulares, salvo cuando se trate de intermediación de crédito externo para su colocación por medio de los establecimientos de crédito, o de apoyos transitorios de liquidez para los mismos. Las operaciones de financiamiento a favor del Estado requerirán la aprobación unánime de la junta directiva, a menos que se trate de operaciones de mercado abierto. El legislador, en ningún caso, podrá ordenar cupos de crédito a favor del Estado o de los particulares.»

para la actora. Por consiguiente, en aras de la aplicación del principio de equidad contemplado en el artículo 230 de la carta Fundamental y de las disposiciones legales que se relacionan con este tema, es indispensable que se ordene la “indexación” de esos valores, para que el restablecimiento del derecho sea completo¹⁵².»

152. Por su parte, la Sección Primera del Consejo de Estado, ha conceptualizado la indexación así:

«El principio nominalista, indica que en las obligaciones pecuniarias el deudor se libera con la entrega de la suma nominal originalmente pactada, aún a pesar de que entre el momento de la celebración del acto jurídico y el de su cumplimiento haya tenido lugar un proceso inflacionario importante, con la consecuente disminución en el poder adquisitivo del dinero. Contrario a lo expuesto, se encuentra el Valorismo, denominado también Realismo, en el que se predica que el deudor sólo se libera de la obligación contraída pagando el valor económico real al momento del cumplimiento de la obligación, asumiendo el valor de la depreciación del dinero por el paso del tiempo. El Valorismo, requiere, necesariamente, de la utilización de mecanismos idóneos que permiten traer a valor presente el monto depreciado por el paso del tiempo. A este fenómeno se le conoce con el nombre de Corrección Monetaria, Actualización Económica o, simplemente, indexación¹⁵³.»

153. A partir de lo anterior, en el plano prestacional la voluntad del constituyente fue la de imponerle al Estado el deber de reconocer las prestaciones económicas en las condiciones de ley y a mantener su poder adquisitivo, con el fin de garantizar el derecho fundamental de las personas al mínimo vital y a obtener los beneficios laborales y prestacionales correspondientes, especialmente para aquellas personas en condiciones de especial protección.

154. Una muestra de ese deber positivo, se puede evidenciar en la Ley 100 de 1993¹⁵⁴ en cuyo artículo 14¹⁵⁵ establece el reajuste anual de las mesadas ya

¹⁵² Sentencia del 28 de agosto de 1996, S-638. CP. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

¹⁵³ Sentencia del 30 de mayo de 2013, expediente 25000-23-24-000-2006-00986-01, CP. María Elizabeth García González.

¹⁵⁴ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

¹⁵⁵ «**ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES.** Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional podrá establecer mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que con base en el aumento del salario mínimo legal mensual

reconocidas según la variación de los índices de precios al consumidor certificados por el DANE.

155. También es pertinente resaltar, que esta figura, con un claro propósito en la norma constitucional, pero con poco desarrollo en el ámbito de las prestaciones en particular, no ha sido indiferente para la jurisprudencia de las altas cortes, en especial tratándose de prestaciones periódicas, que si bien no constituye la materia objeto de esta providencia, su aplicación y análisis sí permiten identificar conceptos y elementos útiles para estimarla eventualmente frente a la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías.

156. Así, en relación con el salario, la Corte Constitucional ha señalado que conforme a la Constitución, en una economía inflacionaria, la remuneración laboral debe ser móvil a fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores mediante la indexación. En ese sentido expuso lo siguiente:

«En una sociedad que tiene una economía inflacionaria como lo reconoce la misma Constitución en los artículos 373 y 53, el salario no puede ser una deuda de dinero. En realidad se trata de una deuda de valor. Es decir, la explicación del salario no se encuentra tanto en el principio nominalista como en el principio valorativo. Esto porque las personas trabajan fundamentalmente para tener unos ingresos que les permita vivir en condiciones humanas y dignas. Por ello el salario se debe traducir en un valor adquisitivo. Y si éste disminuye, hay lugar a soluciones jurídicas para readquirir el equilibrio perdido.

[...] si la constante es el aumento del índice de precios al consumidor, donde existe anualmente inflación de dos dígitos, se altera la ecuación económica si se admite un salario nominalmente invariable. Es por ello que el salario tiene que mantener su VALOR INTRINSECO, esto es, su poder adquisitivo»¹⁵⁶

157. De igual modo, respecto del derecho a la pensión, y en particular en lo que toca a la actualización del ingreso base de liquidación, en la sentencia SU - 1073 de 2012¹⁵⁷, al ocuparse de la revisión de varias sentencias que resolvieron tutelas relacionadas con la indexación de la primera mesada pensional anteriores a la Constitución de 1991, reflexionó así:

vigente, podrían tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida de que tratan los artículos 80 y 82 de esta ley, en caso de que dicho incremento sea superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificada por el DANE para el respectivo año. El Gobierno Nacional determinará los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura.»

¹⁵⁶Sentencia T-102/95 MP Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵⁷ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

«2.4.2. La indexación de la primera mesada pensional y su regulación antes de la Constitución de 1991

Del recuento anterior se observa que el legislador ha previsto la manera de actualizar la mesada de quien ha adquirido el derecho a la pensión al momento de encontrarse laborando. Sin embargo, el problema de la indexación de la primera mesada pensional surge en razón de la inexistencia de una norma que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida, pero cuyo reconocimiento pensional es hecho en forma posterior. (Subraya la Sala)

(...)

Esta laguna debía ser resuelta aplicando el principio in dubio pro operario, como recurso obligado para el fallador en su labor de determinar el referente normativo para solventar asuntos del derecho del trabajo no contemplados explícitamente en el ordenamiento. En razón del mismo, entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, debería elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición, debería preferir la que lo beneficie. Agregando además, que tal interpretación devenía de la equidad que debe regir las relaciones laborales, en donde el trabajador se constituye en su parte débil.

2.4.3.2. De igual manera, en el ámbito del control abstracto de constitucionalidad, mediante las sentencias **C-862 de 2006**¹⁵⁸ y **C-891-A** del mismo año¹⁵⁹, esta Corporación se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 8° de la Ley 171 de 1961 y 260 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo, respectivamente, proclamando **el derecho universal** de los jubilados a la indexación de la primera mesada pensional.

En dichas providencias, consideró la Corporación que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional no sólo se deriva de la aplicación del principio in dubio pro operario, sino que se constituye en una de las consecuencias de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho. En términos de la providencia «cabe recordar brevemente que el surgimiento y consolidación del Estado social de derecho estuvo ligado al reconocimiento y garantía de derechos

¹⁵⁸ Sentencia del 19 de octubre de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵⁹ Sentencia noviembre 1 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

económicos, sociales y culturales, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la seguridad social, de manera tal que la actualización periódica de las mesadas pensionales sería una aplicación concreta de los deberes de garantía y satisfacción a cargo del Estado colombiano en materia de los derechos económicos, sociales y culturales en virtud del modelo expresamente adoptado por el artículo primero constitucional.»

(...)

No existe ninguna razón constitucionalmente válida para sostener que el derecho a la actualización de la mesada pensional sea predicable exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, cuando todos se encuentran en la misma situación y todos se ven afectados en su mínimo vital por la depreciación monetaria.

Por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha señalado expresamente que éste es un derecho de carácter universal que debe ser garantizado a todos los pensionados. De lo contrario, se produciría una grave vulneración del derecho a la igualdad que constituye un trato discriminatorio.

En términos de la Sentencia C-862 de 2006 «el derecho a la actualización de la mesada pensional no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se torna por tanto en un trato discriminatorio.»

158. La Corte concluyó lo siguiente:

«2.6.1. El derecho a la indexación de la primera mesada pensional es predicable de todas las categorías de pensionados, y por tanto, resulta vulneratorio de los principios constitucionales que informan la seguridad social y el derecho laboral negar su procedencia a aquellos que adquirieron el derecho con anterioridad a la Constitución de 1991, pero cuyos efectos irradian situaciones posteriores.

2.6.2. La garantía de indexación no sólo fue reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, con anterioridad de la expedición de la Carta, sino que en la Constitución de 1991 se constitucionaliza en los artículos 48 y 53.

2.6.3. Además, también tiene sustento en el principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 Superior. Este principio obliga a las autoridades judiciales, incluyendo las Altas Cortes, a elegir, en caso de duda, por la interpretación que más favorezca al trabajador. En el caso de la indexación, no es otra que su reconocimiento universal, inclusive de las personas que adquirieron su derecho con anterioridad a la Constitución de 1991, por cuanto el fenómeno inflacionario afecta a todos por igual.

2.6.4. El reconocimiento a la indexación de la primera mesada pensional también es un desarrollo del principio del Estado Social de Derecho y una garantía que desarrolla los artículos 13 y 46, que prescriben la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad, y el derecho al mínimo vital.»

159. En sentir de la Corte, la indexación responde a la presencia de un escenario económico que afecta la capacidad adquisitiva de quien recibe una prestación en el entendido que tanto salario como pensión, apuntan justamente a proporcionarle a su beneficiario lo necesario para su subsistencia; y en ese sentido, se convierte en una problemática extrajurídica orientada en valores y principios que superan los vacíos que sobre su necesidad existan en el ordenamiento jurídico.

160. Por su parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2515-2017 del 15 de febrero de 2017¹⁶⁰, mediante la cual resolvió un recurso extraordinario de casación, consideró sobre el asunto lo siguiente:

«Cabe aclarar que el criterio adoctrinado de la Sala, consistente en que toda pensión, ya sea legal, convencional, voluntaria o extralegal, es susceptible de ser indexada en su base salarial con el fin de establecer el monto de la primera mesada, causada antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no está basado exclusivamente en la sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006 que refiere el recurrente, pues en esencia se fundamenta, en los mandatos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, que imponen mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones.

En efecto, esta Sala de Casación mediante la sentencia CSJ SL736-2013, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha

¹⁶⁰ M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

De suerte que, para los fines de hallar el verdadero poder adquisitivo de la primigenia mesada pensional, la vigencia de la disposición legal con que se liquidó y calculó la pensión de jubilación del demandante, para el caso el Decreto 2701 de 1988, no tiene la transcendencia que le imprime el censor, si se tiene en cuenta que lo que persigue -la indexación-, no es aumentar o incrementar el ingreso base de liquidación de la prestación pensional, sino mantener su valor real.»

161. En similares términos, la Corte Suprema de Justicia estima que la indexación respecto de los derechos prestacionales está justificada para mantener en el tiempo su valor real, de manera que cumpla con el propósito de solventar las necesidades de su titular.

162. El Consejo de Estado, en el plano laboral que le compete a la Sección Segunda, tiene una línea clara y pacífica sobre la procedencia de la indexación, justificada para los derechos laborales amparados por el ordenamiento jurídico por razones de equidad y de justicia, con el único propósito de mantener en valor real de moneda, la prestación reconocida, de modo que el paso del tiempo no soslaye la capacidad de adquirir bienes y servicios.

163. Por ejemplo, la Subsección A en la sentencia de 17 de agosto de 2011¹⁶¹ desplegó las siguientes consideraciones:

«Por último, en tanto el actor se retiró del servicio antes de reunir el requisito de edad necesario para la consolidación de su status pensional mediando 8 años y 5 meses entre las dos fechas, observa la Sala que el a quo omitió ordenar la actualización de la base de liquidación pensional pese a haber sido solicitado en el petitum, imprevisión que afecta negativamente la cuantía pensional en detrimento del derecho del actor y desconoce los postulados constitucionales y legales que amparan la reliquidación e indexación de los derechos pensionales como derecho fundamental.

En efecto, en casos como éste la no actualización o indexación del Ingreso Base de Liquidación Pensional resulta inequitativa pues es indiscutible que no tiene el mismo poder adquisitivo el promedio devengado por el actor en el período comprendido entre los meses de agosto de 1992 y 1993, que el promedio que podría corresponderle a 26 de febrero de 2002, fecha a partir de la cual se reconoció la pensión habiendo cobrado efectos el impacto inflacionario sobre las sumas percibidas en dicho lapso, estableciéndose por ende la liquidación de la pensión examinada con valores empobrecidos.

¹⁶¹ C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación 2029-2010.

Si bien, en cuanto a la pensión gracia no existe norma especial que contemple la actualización de la base salarial para su reconocimiento y pago de pensiones en circunstancias como las del demandante, es innegable que en economías inestables como la nuestra, el mecanismo de la revalorización de las obligaciones dinerarias se convierte en un factor de equidad y de justicia, que permite el pago del valor real de las acreencias.

Como lo ha sostenido la Sala, el ajuste de valor obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda de nuestro país, que disminuye en forma continua el poder adquisitivo del ingreso, por lo que disponer la indexación de la base salarial de liquidación pensional en casos como éste, aun cuando dicho aspecto no hubiese sido objeto directo del recurso de apelación constituye un punto íntimamente relacionado con el mismo, además una decisión ajustada a la Ley y un acto de equidad, cuya aplicación por parte del Juez encuentra sustento en nuestro máximo ordenamiento jurídico, como expresamente lo consagra el artículo 230 de la Carta, razón por lo que se adicionará el fallo del a quo en sentido de ordenar la actualización del promedio devengado por el actor en el último año de servicios laborado con anterioridad a la consolidación de su status jurídico de pensionado hasta la fecha en que se hizo efectiva la pensión.»

164. Así mismo, en providencia del 10 de julio de 2014¹⁶² de la subsección B, se expuso lo siguiente:

«Bajo estos supuestos, resulta evidente el vacío normativo existente en relación con la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional razón por la cual, la jurisprudencia de esta Corporación con base en principios constitucionales, en especial, los previstos en los artículos 48, 53 y 230, ha establecido que bajo criterios de justicia y equidad la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios los cuales el trabajador no está obligado a soportar.

La Sala considera que ante el vacío normativo existente en relación con la indexación del ingreso base de liquidación de una prestación pensional y, las consecuencias negativas derivadas de tal circunstancia, concretadas en el hecho de que un servidor tenga que percibir al momento de pensionarse, por concepto de mesada, una suma de dinero devaluada que no guarde una equivalencia o correspondencia con el valor real del salario que devengada cuando prestaba sus servicios, resulta pertinente y necesario ordenar el reajuste del ingreso base de liquidación en atención al carácter especialísimo de que goza una prestación pensional y al principio de

¹⁶² C. P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación 1767-2014.

equidad que gobierna el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.»

165. Puede concluir la Sala de Sección, que el fenómeno de la indexación, no es un problema de técnica jurídica en cuanto a la vigencia de normas o de si éstas la consagran o no, sino una cuestión de mera equidad frente a hechos o variables sociales y económicas que alteran el valor nominal de la moneda, y por ende, de las **prestaciones periódicas** sin importar el régimen que las gobierna, su naturaleza, cuantía o tiempo de causación.

166. De acuerdo con lo anterior, como rasgos característicos de la indexación, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional podemos señalar los siguientes:

1. Es un proceso objetivo al que se le aplican índices de público conocimiento, como el IPC.
2. Es un proceso que garantiza la efectividad del derecho sustantivo.
3. Permite que el pago de una obligación sea total y no parcial por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el tiempo.
4. Desarrolla la justicia y la equidad
5. Cuando se indexa una suma de dinero causada no se condena en el presente a un mayor valor, sino exactamente al mismo valor pasado pero en términos actuales.
6. Apunta al mantenimiento de la capacidad de adquisición de bienes y servicios proyectada en el tiempo, y por tanto, tiene relación indiscutible con las prestaciones periódicas.
7. Versa sobre derechos patrimoniales.

167. Al margen de lo anterior, la naturaleza jurídica de la obligación constituye un referente considerable a efecto de establecer si es compatible con la indexación, y en ese sentido adquiere importancia analizar el contenido de la jurisprudencia relacionada con dicho fenómeno en función de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

168. Es imperativo indicar, que la Corte Constitucional para declarar exequible el párrafo transitorio¹⁶³ del artículo 3 de la Ley 244 de 1995¹⁶⁴ en la sentencia C-448 de 1996, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, consideró:

«Sanciones moratorias y protección del poder adquisitivo de las prestaciones y remuneraciones laborales.

(...)

17- Esta Corporación ha señalado en anteriores decisiones que la Constitución no es indiferente a los fenómenos inflacionarios, en particular en materia laboral, pues la Carta, al consagrar la autonomía del Banco de la República, prácticamente ha reconocido una suerte de derecho constitucional a la moneda sana y, en especial, a la protección del poder adquisitivo de la remuneración laboral (CP arts. 48, 53 y 373). Así, en relación con el salario, la Corte ha señalado que, conforme a la Constitución, en una economía inflacionaria, la remuneración laboral debe ser móvil a fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores, mediante la indexación. Dijo entonces esta Corporación:

(...)

18- La Corte considera que esos criterios son aplicables, mutatis mutandi, al caso de la cesantía pues, como se ha dicho, esa prestación constituye una forma de remuneración laboral, por lo cual los trabajadores tienen derecho a que éstas no pierdan su valor adquisitivo, debido a la ineficiencia de las entidades pagadoras y a los fenómenos inflacionarios. Así, en reciente decisión, esta Corporación señaló que la iliquidez temporal o los problemas presupuestales podrían eventualmente explicar algunos atrasos en la cancelación de los salarios, las pensiones o las prestaciones, pero que en ningún caso podían constituir "justificación para que sean los trabajadores

¹⁶³ «ARTICULO 3º Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los servidores públicos, cumplan con los términos señalados en la presente Ley.

Igualmente vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Establécese el término de un (1) año, contado a partir de la vigencia de la presente ley para que las entidades públicas del orden Nacional, Departamental, Municipal o Distrital, se pongan al día en el pago de las Cesantías Definitivas atrasadas, sin que durante este término se les aplique la sanción prevista en el párrafo del artículo 2º de esta Ley.»

¹⁶⁴ 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.

quienes asuman sus costos bajo la forma de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

(...)

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

Sin embargo, **lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral.** Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", **sanción severa que puede ser**, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, **por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia.** Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria - por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación.» (Negritas y subrayas fuera de texto original).

169. A partir de tal criterio, que no solo distingue el propósito de la indexación, sino que además la diferencia de la sanción moratoria, la Sección Segunda ha construido una línea más o menos uniforme, en cuanto a su improcedencia frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

170. En la sentencia del 31 de enero de 2008¹⁶⁵, la Subsección A condenó al pago de la indemnización moratoria contenida en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, utilizando como fundamento de la decisión la sentencia C-448 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

171. Posteriormente, en sentencia del 5 de agosto de 2010¹⁶⁶ la Subsección B estableció la diferencia entre la indemnización contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la consagrada en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 aclarando que la indexación «procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995», sin ofrecer argumentos para sustentar la última afirmación, en cuanto a su improcedencia.

172. Así mismo, en sentencia del 11 de julio de 2013¹⁶⁷ la subsección A indicó que a partir de las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C- 448 de 1996, era dable concluir que «no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella.»

173. También cabe destacar, que a través de la sentencia del 14 de diciembre de 2015¹⁶⁸, la Subsección B precisó que «la sanción moratoria es incompatible con la indexación, toda vez que ésta no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior, lo que determina la improcedencia de reconocer los ajustes de valor de la sanción moratoria mientras esta opere», sin embargo, al confirmar la condena de primera instancia por el pago de la sanción moratoria ante el pago tardío de la cesantía, también ordenó el ajuste al valor de la condena hasta que se produjera su pago con el propósito de proteger su actualización, distinguiendo así la indexación sobre los montos reconocidos en la sentencia.

174. Finalmente, en la sentencia del 17 de noviembre de 2016¹⁶⁹, la Subsección A nuevamente reafirmó que son improcedentes los ajustes a valor presente de la

¹⁶⁵ Expediente 7749-05.

¹⁶⁶ Expediente 1521-09.

¹⁶⁷ Radicación 1496-11.

¹⁶⁸ Radicación 1498-14.

¹⁶⁹ Radicación 1520-14.

sanción moratoria, « [...] debido a que la indemnización moratoria en una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria».

175. Es evidente, que la jurisprudencia de la Sección Segunda se inclinó por descartar la procedencia de la indexación de la sanción moratoria, porque ésta penaliza la negligencia del empleador en la obligación de reconocer y pagar oportunamente las cesantías a sus empleados, que en términos monetarios constituyen sumas de dinero mayores a la actualización a valor presente.

176. No obstante lo anterior, con el ánimo de esclarecer aún más el punto de la indexación de la sanción moratoria, y amparados en el rol de órgano de cierre de la jurisdicción que en el contexto del artículo 271 del CPACA, la Sala se permite reiterar el ya expuesto criterio jurisprudencial, ofreciendo razones adicionales que lo refuerzan.

177. Debe reafirmarse que la Ley 244 de 1995¹, por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones, señala:

«**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. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.»

178. El espíritu de la citada disposición es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías. En tal sentido, estableció el procedimiento para su reconocimiento y pago, consagrando, entre otros asuntos, **una sanción a cargo de la administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse retraso en el pago definitivo de la referida prestación.**

179. Cabe indicar que la Ley 244 de 1995, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores¹⁷⁰.

180. A partir de lo anterior, es posible sacar las siguientes conclusiones relativas a los fines de la sanción moratoria: i) La sanción moratoria se consagró con el fin de conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la demora en el citado pago y, ii) en el momento de recibir el pago efectivo de la prestación social, únicamente se pagaba lo certificado por la entidad pagadora meses o años atrás, cuando el dinero había perdido su poder adquisitivo, por lo cual, la disposición buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar el retardo en el citado pago y sus consecuencias desfavorables para el trabajador¹⁷¹.

181. De este modo, la jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una **multa** a favor del trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo para el pago, en los siguientes términos:

«La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció, **es una multa a cargo del empleador** y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.¹⁷²»

182. Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la

¹⁷⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 27 de marzo de 2007, Expediente IJ 2000-2513, Magistrado Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

¹⁷¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 19001-23-31-000-2010-00200-01(3988-13) del 21/04/2016. C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

¹⁷² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06) del 06/03/2008. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

186. A partir de esta perspectiva, para la Sala es de mucha importancia tener en cuenta lo que sobre el particular ha discernido la sección primera de esta Corporación en relación con la indexación y la posibilidad de aplicarse a sanciones económicas:

«En lo que tiene que ver con la indexación de las tarifas por concepto de la renovación de la matrícula mercantil, la Sala observa que, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 33 y 37 del Código de Comercio, en armonía con el artículo 11, numeral 5, del Decreto 2153 de 1992, la renovación de la matrícula mercantil es una obligación que debe cumplirse dentro de los tres primeros meses de cada año, so pena de que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga una multa hasta por 17 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, puesto que no renovar la matrícula mercantil equivale a no estar inscrito en el registro mercantil. La Sala estima que lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 458 de 1995, en cuanto a que “La matrícula de los comerciantes, o su renovación en el registro público mercantil, causará anualmente los derechos, liquidados sobre el monto de los activos que a

continuación se indican..”, debe entenderse en el sentido que le otorgó la Superintendencia de Industria y Comercio, esto es, en el de que las renovaciones se pagarán a la tarifa de los años pendientes y no indexadas a la fecha del pago efectivo, pues nótese que la mora en dicho pago es sancionada con multa y, por lo tanto, de aceptarse la tesis de la Cámara de Comercio de Bogotá se estaría en la práctica frente a una doble sanción, no prevista por la legislación aplicable¹⁷³.»

187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.

188. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde **el salario** como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico.

190. Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación.

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección

¹⁷³ Sentencia del 23 de mayo de 2003, exp. 7594, CP Gabriel Mendoza Martelo.

Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.

3.5. Reglas jurisprudenciales que se dictan en la sentencia.-

192. Considerando el auto del 1 de febrero de 2018¹⁷⁴, por el cual, el pleno de la Sección Segunda avocó conocimiento del presente asunto, con el fin de emitir pronunciamiento sobre los siguientes aspectos:

1) ¿Cuál es la naturaleza del empleo de docente del sector oficial y si le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus modificaciones?

2) En el evento en que la administración guarde silencio frente a la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas o parciales, o se pronuncie de manera tardía. ¿A partir de qué momento se hace exigible la sanción por mora?

3) Cuál es el salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

4) Es procedente la actualización del valor de la sanción moratoria una vez se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la reconoce?

193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

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.

¹⁷⁴ Folios 234 a 242 vto.

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 ley¹⁷⁵ 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.

3.6. Efectos en el tiempo de las sentencias de unificación. Precedente y su vinculatoriedad

196. La importancia del precedente en el ordenamiento jurídico Colombiano cobra cada día más trascendencia, sobre todo en vigencia de las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012. Si bien se trata de una figura más propia del *Common Law* que de ordenamientos jurídicos de tradición romano-germana como el nuestro, ha ido consolidándose en el sistema de fuentes e incluso lo han transformado.

197. En ese sentido, la función unificadora del Consejo de Estado otorga efectos relevantes y reconoce el carácter vinculante a la jurisprudencia de unificación dentro de la estructura normativa.¹⁷⁶ Estas decisiones se constituyen en norma nueva que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, ya que se ocupa de la

¹⁷⁵ Artículos 68 y 69 CPACA.

¹⁷⁶ Sentencia citada del 27-07-2017, Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00060-00.

interpretación de la ley formalmente considerada **con miras a su aplicación obligatoria o vinculante**. Así las cosas, la función de expedirlas y sus efectos legales,¹⁷⁷ se convierten en su propia «regla de reconocimiento».¹⁷⁸

198. Lo anterior, no implica desconocer la prevalencia de la ley¹⁷⁹ en su categoría de fuente principal de las decisiones judiciales (artículo 230 de la Constitución Política). Al contrario, esta opción fue adoptada por el legislador quien le otorgó a la jurisprudencia la categoría de fuente del derecho,¹⁸⁰ creadora de norma integrante del ordenamiento jurídico. Sobre este particular, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

«[...] 11. **El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho**, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto.¹⁸¹ **Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.**»¹⁸²

199. En reciente providencia, la Corte se refirió al respecto que:

¹⁷⁷ Ver los artículos 10, 102, 258, 269 y 273 del CPACA.

¹⁷⁸ A través de la regla de reconocimiento de las razones, el individuo que aplica una norma tiene una razón de primer orden para hacerlo. En este caso específico, esta razón es el nuevo orden jurídico que le otorga carácter vinculante a este tipo de sentencias, cuyo desconocimiento acarrea consecuencias legales. Al respecto, Rolando Tamayo y Salmorán señalan que «[...] Las normas pueden ser “convertidas” en razones (como cualquier cosa) si satisfacen la regla de reconocimiento de razones, esto es si son “convertidas” en razones por **A** [el agente]. [...]» . Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrinaria Jurídica. Núm. 121. 2003. página 204. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/757/12.pdf> el 27 de octubre de 2017.

¹⁷⁹ Entendida como todo acto de carácter general y obligatorio, dictada por los órganos estatales a los que el ordenamiento jurídicos les otorga carácter legislativo. Ver Garrido Falla, F., Tratado de Derecho Administrativo T. I., Madrid 1958. P. 218 y Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, T. I. Montevideo 1953, p. 428. Ambos citados por Díez, Manuel María. Derecho Administrativo T. I. Buenos Aires. Plus Ultra. 1972-2014 página 399.

¹⁸⁰ Orozco Muñoz, Martín, en «La Creación Judicial del Derecho y el Precedente Vinculante» define las fuentes del derecho como «[...] actos, hechos o valores con vocación normativa establecidos por un determinado sistema como elementos de los que derivan las normas jurídicas, siendo éstas, por tanto, un productor o resultado *derivado* de las fuentes. [...]» Aranzadi. Thomson Reuters, The Gloval Law Collection Legal Studies Series. 2011. P. 27.

¹⁸¹ Esta conclusión es evidente, incluso desde el positivismo jurídico, que para el caso colombiano es recurrentemente asimilado, de manera errónea, al formalismo o a la exégesis. Así, en términos de Hans Kelsen, «el tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho y contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos –condición y consecuencia- van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias judicial es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general en lo individual; sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con ley pueden obscurecer una idea tan evidente. Vid. KELSEN, Hans. (2009) El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho. Editorial Reus. Zaragoza, pp. 69-70.

¹⁸² Sentencia C- 634 de 2011.

«[...] Si bien se ha dicho que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, es claro que en su labor no se limitan a una mera aplicación mecánica de esta última, sino que realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica esencialmente(sic) la determinación de cuál es la regla de derecho aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan. Incluso se ha entendido que los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos. Precisamente, la actividad judicial supone la realización de un determinado grado de abstracción o de concreción de las disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico, para darle integridad al conjunto del sistema normativo y atribuirle, a manera de *subregla*, a los textos previstos en la Constitución o en la ley un significado coherente, concreto y útil. [...]»¹⁸³

200. Este razonamiento no es nuevo, puesto que desde la Sentencia C-486 de 1993 la Corte Constitucional ya avalaba esta interpretación del concepto «ley» contenido en primer inciso del artículo 230 constitucional. Veamos:

«[...] Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la "ley" captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico" (Cart. 16). [...]»

201. Como se observa la categoría normativa de la jurisprudencia se explica porque cuando un órgano judicial dicta sentencia « [...] no juega un papel pasivo, no es una máquina de subsunciones. [...] la sentencia que declara ser dado el hecho legal en el caso concreto, y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta, no es otra cosa que una norma jurídica individual, la individualización o concreción de normas generales o abstractas [...]».¹⁸⁴ Por ello, la aplicación de esa norma jurídica individual a nuevos casos, convierte a la jurisprudencia en «fuente viva del derecho».¹⁸⁵

202. Así las cosas, el juez, al interpretar un texto o fuente normativa, determina su significado general para resolver la pretensión enjuiciada a través de una decisión concreta en relación con un objeto o unos sujetos específicos, sin que por esto

¹⁸³ Sentencia C-179 de 2016.

¹⁸⁴ Díez, Manuel María. Derecho Administrativo T. I. Buenos Aires. Plus Ultra. 1972-2014 página 502.

¹⁸⁵ Díez, Manuel María, refiere que la historia de un pueblo se refleja mejor en la jurisprudencia que en los textos legales. Lo anterior, en la obra citada T. I., p. 504 en la cual cita a Vid. *Pacchioni, "I poteri creativi della giurisprudenza" en Rivista di Diritto Commerciale*, Roma, 1912, t. I, p. 40, quien hace alusión a Luder, J. A., («El estudio crítico de la jurisprudencia», en *La Ley*, t. 46, p. 1044).

deje de ser norma general vinculante para casos posteriores¹⁸⁶ ya que la premisa normativa extraída de la interpretación realizada, adquiere la condición de «norma universal» con proyección hacia el futuro.¹⁸⁷

203. Esta categorización no significa que el juez se convierta en un legislador originario e invada la órbita del órgano constitucionalmente establecido para crear las leyes. Se niega esta calidad, porque la labor del juez «creativo-normativa» no es libre sino que se encuentra limitada o condicionada por el propio sistema de fuentes que rige en el ordenamiento jurídico « [...] al que, precisamente, dicha actividad judicial se encamina a depurar, integrar e interpretar; lo que determina que en la depuración, integración e interpretación de las fuentes del Derecho, los jueces encuentren delimitados o circunscritos por tal sistema de fuentes [...]».¹⁸⁸

204. Este reconocimiento normativo de la jurisprudencia y su influencia sobre otro tipo de decisiones judiciales se enmarca en el nuevo enfoque del Estado Constitucional de Derecho, con el cual se superan las concepciones tradicionales que limitaban el papel del juez respecto de la aplicación e interpretación de la ley,¹⁸⁹ basadas en el principio de separación de poderes que imperó en época de la revolución francesa y que originó la escuela de la exégesis, que no concebían al juez como creador del derecho. Esta nueva concepción, aceptada incluso por Kelsen,¹⁹⁰ es la que origina la vinculatoriedad del precedente para la decisión de nuevos casos con patrones fácticos y jurídicos similares.

205. La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011, estableció con claridad que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución-, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica –CP., artículos 13 y 83-.¹⁹¹ Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

¹⁸⁶ Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 32.

¹⁸⁷ Aguiló Regla, J. Teoría General de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Ariel, 2000. pp. 110-111, citado por Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 32.

¹⁸⁸ Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 152.

¹⁸⁹ Entre cuyos expositores la Corte Constitucional menciona en la sentencia C-820 de 2006 a Juan Jacobo Rousseau (El Contrato Social. Libro II, capítulos VI y VII. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992. Páginas 19 a 24), Montesquieu (Del Espíritu de las Leyes. Traducción de Nicolás Estévez. Editorial Claridad. Buenos Aires. 1971. Páginas 187 y siguientes) y Cesare Beccaria. (De los Delitos y de las Penas. Editorial Temis. Bogotá. Tercera Edición. 2000. Página 13).

¹⁹⁰ Hans Kelsen habló de las «normas generales creadas por actos judiciales», «función legislativa del poder judicial» y que la decisión del tribunal «en un caso concreto, se convierte en precedente para la resolución de otros similares» en cuyo caso, el tribunal «crea, mediante su decisión, una norma general que se encuentra en el mismo nivel de las leyes que proceden del llamado órgano legislativo» Teoría General del Derecho y del Estado, traducción de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, páginas 157 y, 177 y 322 citadas por Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 31.

¹⁹¹ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

206. Efectivamente, tal como lo indica la jurisprudencia constitucional, la garantía del derecho a la igualdad en el ámbito judicial se materializa a través de la coherencia de las decisiones judiciales. Para tal efecto, los jueces deben resolver los casos nuevos en la misma forma en que se han resuelto otros anteriores que presentaban un patrón fáctico y jurídico similar al nuevo proceso. De esta forma, los funcionarios judiciales quedan sujetos tanto al propio precedente –*horizontal*–, como al fijado por sus superiores funcionales –*vertical*–.¹⁹²

207. En relación con este último precedente, la doctrina internacional,¹⁹³ lo sub clasifica en dos vertientes: **a)** por supremacía y **b)** por jerarquía. El primero que emana de los órganos configurados como intérpretes supremos de un determinado ordenamiento o disposición normativa, y que está dotado de supremacía o prevalencia sobre los restantes órganos jurisdiccionales, en nuestro caso se asimila a las sentencias de unificación, como lo hemos visto. El segundo, «por jerarquía», que proviene de los órganos superiores en la estructura judicial y se impone sobre los jueces de inferior jerarquía, valga decir, el que dictan los tribunales administrativos respecto de lo que deben decidir los jueces en el mismo distrito, o que dicta el Consejo de Estado frente a los tribunales y jueces administrativos del país.

208. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha vinculado la noción de precedente con la existencia de un caso análogo, en los siguientes términos: «Para que un caso sea análogo a otro, es necesario acreditar que existe una semejanza entre los hechos del primero y los hechos del segundo, en virtud de que ambos comparten las mismas propiedades relevantes esenciales lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica en ambos casos».¹⁹⁴

209. A su turno, la Corte Constitucional ha sostenido que el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica «pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una persona habrá de serle reconocido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida»¹⁹⁵. Así mismo, en la sentencia C-634 de 2011, la Corte precisó que la fuerza vinculante de la jurisprudencia de unificación de los órganos de cierre, proviene de los siguientes principios del Estado Social de Derecho, deseables de los sistemas jurídicos en los estados democráticos:¹⁹⁶

Igualdad. Obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar la igualdad de trato (art. 13 CP.), es decir, que los casos iguales

¹⁹² SU-050-2017. Ver también sentencia T-123 de 1995. Respecto de estos precedentes, en Sentencia C-179 de 2016 explicó la alta corporación que «[...] mientras el *precedente horizontal* supone que, en principio, un juez –individual o colegiado– no puede separarse de la *ratio* que ha fijado en sus propias sentencias al momento de resolver casos con idénticas características; el *precedente vertical* implica que, como regla general, los jueces no pueden apartarse de la regla de derecho dictada por las autoridades superiores en cada jurisdicción, como previamente se dijo, encargadas de unificar la jurisprudencia. [...]»

¹⁹³ Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 207

¹⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman contra México, sentencia del 6 de agosto de 2008, Serie C Núm. 184 párrafo 170.

¹⁹⁵ C-811 de 2011.

¹⁹⁶ Sentencia C- 634 de 2011.

deben ser resueltos en forma semejante a como se resolvieron casos anteriores,¹⁹⁷ salvo que existan motivos razonables para apartarse del precedente.¹⁹⁸

Buena fe (art. 83 CP), entendido como la confianza legítima¹⁹⁹ en el respeto del acto propio²⁰⁰ de las autoridades judiciales, a las cuales, «[...] les están vedadas –salvo en los casos y previa satisfacción de las exigencias y cargas a las cuales se hará referencia más adelante– actuaciones que desconozcan la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*; desde este punto de vista, el derecho de acceso a la administración de justicia implica también la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia [...]».²⁰¹

Seguridad jurídica²⁰² del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos²⁰³ o de coherencia de las decisiones judiciales²⁰⁴ y «[...] por la necesidad de realizar lo que la doctrina denomina la regla de la universalidad [...]».²⁰⁵

Este principio aplica también en favor de la propia administración pública en la medida en que los operadores jurídicos, cuando planifican su actuación con relevancia jurídica, «[...] confían en que sus actos van a ser regidos y juzgados bajo el mismo parámetro de la misma norma jurídica (una misma fuente y una misma interpretación de dicha fuente), que para actos y hechos

¹⁹⁷ Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 232

¹⁹⁸ La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta. Sentencia C-836 de 2001, Corte Constitucional.

¹⁹⁹ La Corte Constitucional ha definido el principio de la confianza legítima de la siguiente manera: «[...]Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. [...]» Sentencia C-478/98.

²⁰⁰ En relación con la teoría del acto propio, es importante señalar que la misma tiene su origen en el principio general del derecho «*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*», en virtud del cual es inadmisibles actuar contra los actos propios hechos con anterioridad, en razón de la confianza despertada en otro sujeto de buena fe con ocasión de una primera conducta realizada. Su sustento normativo se encuentra en el artículo 83 de la Carta Política que contempla el principio de buena fe. La Corte Constitucional se ha referido a la prohibición de venirse contra el acto propio de la administración en sentencias T-475/92, T-578/94, entre otras.

²⁰¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, 04-03-2008, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02724-01(31120), Actor: Red de Solidaridad Social, Demandado: Aseguradora de Fianzas S.A.-CONFIANZA-

²⁰² Este principio supone la identidad de interpretación en pronunciamientos frente a un mismo tema. Ver Sentencia citada del 27-07-2017, Radicación: 11001-03-28-000-2016-00060-00. Chamberlain, citado por la Corte Constitucional en sentencia C-335 de 2008, sostiene que el respeto por los precedentes se funda en un tríptico: protección de las expectativas patrimoniales, seguridad jurídica y necesidad de uniformidad de los fallos. Sin embargo, la alta corte refiere que, en últimas, «[...] todas ellas se subsumen tanto en el principio de seguridad jurídica como en aquel de igualdad: casos iguales deben ser resueltos de la misma forma [...]».

²⁰³ Véanse, entre otras, las Sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008, C-539 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012.

²⁰⁴ Todo tribunal debe ser consistente con sus decisiones previas, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles (Sentencia SU-047 de 1999 Corte Constitucional).

²⁰⁵ Sentencia C-179 de 2016. Además, en la Sentencia T-775 de 2014, , se expuso que «[...] la regla de la universalidad implica que la decisión del juez debe estar fundada no en criterios coyunturales o *ad-hoc*, sino en principios generales que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se construyan para fallar un supuesto específico, pero con la posibilidad de poder aplicarlo a una hipótesis semejante en el futuro [...]» .

semejantes, ha sido derivada por la jurisprudencia o por precedentes en casos anteriores semejantes. [...]».²⁰⁶

Interdicción de la arbitrariedad y la garantía de la imparcialidad y objetividad. En la medida en que si el juez se encuentra motivado a decidir con base en reglas normativas derivadas del precedente, pese a que en un momento dado se aparte fundadamente de este, ello permite que el ciudadano y la administración sujetos a su juicio, confíen plenamente en que aquel lo hizo dentro del marco jurídico vigente y no movido por sus propias e irracionales convicciones, o por la calidad de alguno o algunos de los sujetos que intervienen en el proceso.

210. Como se ha expuesto, dentro de los aspectos más importantes del precedente, se encuentra su efecto vinculante. Al respecto, la doctrina especializada considera que el cumplimiento del precedente: i) efectiviza el ordenamiento jurídico; ii) unifica el contenido de las expresiones y términos clasificatorios del derecho, eliminando o disminuyendo la vaguedad y la ambigüedad; iii) es un imperativo para la realización del derecho a la igualdad; iv) materializa la seguridad jurídica y la confianza legítima de los ciudadanos; v) permite ejercer control sobre la actividad judicial; vi) implica realizar el imperio de la ley de que habla el artículo 230 de la Constitución.

211. Por otra parte, en la teoría del discurso de Alexy, el fundamento del valor del precedente radica en el principio de universalidad (*Universalisierbarkeitsprinzip*), el cual a su vez tiene sus orígenes en el *stare decisis* expresión que viene del latín «*stare decisis et non quieta movere*»²⁰⁷. El mismo tratadista ha definido el principio de universalidad de la siguiente manera: $(x)Fx \rightarrow Orx$, es decir, una norma según la cual para toda situación similar a F se dará la consecuencia OR.

212. En tal virtud, y para efectos del cambio de precedente, Alexy planteó la regla de «la carga de argumentación» (*Argumentationslastregel*)²⁰⁸, según la cual quien quiera apartarse de un precedente está obligado a justificar sus razones. Ello a fin de garantizar los principios constitucionales fundamentales de igualdad de trato ante las autoridades y seguridad jurídica.

213. La regla de universalidad contenida en la decisión es esencial en materia de vinculatoriedad del precedente, pues a través de ella, se garantizan los principios de certeza, seguridad y objetividad, y se limita la arbitrariedad de la decisión judicial, toda vez que se asegura que los jueces decidan casos similares de manera similar a como se resolvieron en el pasado. En ese sentido, para Aarnio «los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales»²⁰⁹.

²⁰⁶ Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 231

²⁰⁷ Estar a lo decidido y no perturbar a lo establecido.

²⁰⁸ Robert Alexy «Teoría de la Argumentación Jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 335.

²⁰⁹ Aulis Aarnio, «Lo racional como razonable», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 126.

214. Teniendo en cuenta lo anterior, se torna indispensable señalar si los efectos de las reglas de unificación aquí contempladas serán retrospectivos o prospectivos.

215. El efecto retrospectivo implica «la aplicación del nuevo criterio al caso actual enjuiciado y a cualquier otro caso que haya de ser resuelto con posterioridad donde resultara aplicable la misma fuente del Derecho seleccionada o interpretada con el nuevo criterio jurisprudencial»²¹⁰. Por su parte, en el sistema prospectivo el caso actual enjuiciado debe ser resuelto conforme al antiguo criterio jurisprudencial «anunciándose en la misma sentencia el nuevo criterio jurisprudencial, que sólo sería aplicable para casos posteriores, variando, no obstante los criterios para la aplicación de la nueva doctrina, ya que puede circunscribirse a cualquier caso que se resuelva con posterioridad a la emanación de la sentencia, o solo a los hechos enjuiciados en procesos que se inicien con posterioridad a la sentencia, o solo a los hechos que se produzcan con posterioridad a la sentencia».²¹¹

216. En ese sentido, según el mismo tratadista el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha seguido el criterio de la *retrospective overruling*, con base fundamentalmente en los siguientes argumentos: «la interpretación dada por el Tribunal a un determinado precepto comunitario tiene efectos retroactivos a la fecha de entrada en vigor del precepto interpretado, lo que permite la invocación del nuevo criterio interpretativo a cualquier proceso en que resulte aplicable la disposición interpretada, abstracción hecha de la fecha de iniciación del proceso o de producción de los hechos enjuiciados»²¹². Lo anterior, sin perjuicio de que en la misma sentencia, el TJUE pueda establecer con carácter excepcional limitaciones a tales efectos, por virtud de motivos de seguridad jurídica y buena fe y el riesgo de trastornos graves.

217. Por su parte, en los países del *Common Law* «existe una general reticencia al *prospective overruling*²¹³, aplicándose, con carácter general, el efecto retrospectivo –*regular retroaction*»²¹⁴. Como excepción a la regla, en Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia ha admitido que como la Constitución no prohíbe ni impone el *prospective overruling*, el Tribunal Supremo puede considerar, según las circunstancias del caso, la procedencia o no del efecto prospectivo.

²¹⁰ Martín Orozco Muñoz. «La creación judicial del derecho y el precedente vinculante». Editorial Aranzadi, 2011. P. 248

²¹¹ Ibidem.

²¹² Ibidem.

²¹³ Sobre estado de la cuestión en Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda y Canadá, ver *Juratovich, B*, 2008, pp. 200-208. Citado por Martín Orozco Muñoz. «La creación judicial del derecho y el precedente vinculante». Editorial Aranzadi, 2011. P. 257

²¹⁴ Martín Orozco Muñoz. «La creación judicial del derecho y el precedente vinculante». Editorial Aranzadi, 2011. P. 257

218. A su turno, la Sala Plena de esta Corporación por regla general ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva. Y tan solo al analizar el caso de la acción procedente para reclamar el pago de la sanción moratoria de las cesantías, la Sala Plena de esta Corporación consideró que la regla jurisprudencial allí definida debía tener efectos hacia el futuro, por cuanto restringía el derecho a la administración de justicia. En dicha providencia se indicó lo siguiente²¹⁵:

«Como fue reseñado, en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, prevista en la Ley 244 de 1995, instrumento que ahora se considera improcedente.

Sin embargo, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.»

219. Así mismo, las diferentes Salas de esta Corporación han dado aplicación al precedente de forma retroactiva. Y solo en algunos casos, se determinó que la nueva regla aplicaba hacia el futuro, de manera que los casos anteriores debían definirse por los criterios vigentes. Estos son entre otros: i) en materia de comparecencia al proceso por parte de la Fiscalía General de la Nación a través del director ejecutivo de administración judicial o de la propia fiscalía²¹⁶; ii) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 7 y 39 de la Ley 617 de 2000, el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral y los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos²¹⁷.

220. En ese orden, se concluye que la regla general es la retrospectividad de la jurisprudencia (*retrospective overruling, adjudicative retroactivity*) y que la excepción es la prospectividad (*prospective overruling*). Esta última hipótesis presupone la aplicación de un juicio de ponderación, que permita determinar cuál es la decisión que más efectiviza los principios constitucionales.

²¹⁵ 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.

²¹⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Auto del 25 de septiembre de 2013. Radicación: 25000-23-26-000-1997-05033-01(20420).

²¹⁷ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 7 de junio de 2016. Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00 (2015-00051).

221. Ahora bien, a efectos de definir cuándo es procedente dar efectos prospectivos a una sentencia, es necesario tener en cuenta el caso «*Desist v. United States*²¹⁸, donde la Corte recuerda que desde “*Linkletter*”, quedó establecido que la Constitución no prohíbe ni exige el efecto retrospectivo para decisiones que contengan nuevas reglas constitucionales en materia de juicios criminales, siempre ha considerado la retroactividad o irretroactividad de tales decisiones en función de tres factores, “recientemente reseñados en *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293”, que importan tener en cuenta: a) el fin al cual sirven los nuevos standards, b) el grado de confianza sobre los viejos standards, y c) el efecto sobre la administración de justicia de la aplicación retroactiva de los nuevos standards»²¹⁹

222. Por su parte, esta Corporación en reciente decisión defendió la prospectividad del precedente cuando²²⁰: i) las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; ii) lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iii) el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no sólo sorprendería a las partes sino que, de facto y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas.

22 Es importante anotar que las tesis aquí expuestas en cuanto a la aplicación de la Ley 244 de 1995 y sus modificaciones a los docentes oficiales, implican un cambio de jurisprudencia en la Sección Segunda del Consejo de Estado. Sin embargo, con ellas no se está restringiendo el acceso a la administración de justicia, porque en anterior oportunidad los criterios sostenidos estuvieron suficientemente motivados en fuentes normativas e inspiradas en hermenéuticas serias y razonables, tampoco se configuran en alguna de las hipótesis referidas anteriormente, por lo que es improcedente e innecesario dar efectos prospectivos al precedente que constituye esta decisión.

224. Por lo anterior, las reglas contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en judicial.

225. De igual manera, la Sala precisa que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables, es decir, que esta sentencia no tiene efectos retroactivos.

²¹⁸ 394 U. S. 244 (1969). Citada por Eduardo Soderó. «Sobre el cambio de los precedentes». Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-el-cambio-de-los-precedentes-0/>.

²¹⁹ Eduardo Soderó. «Sobre el cambio de los precedentes».

²²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Rad. 08001233300020130044-01. Auto del 25 de septiembre de 2017.

3.7. Análisis de la Sala del caso particular.

226. En el *sub judice*, 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, no puede ser aplicada analógicamente o por extensión al personal docente del sector oficial.

227. El apoderado judicial del demandante manifestó su desacuerdo frente a la decisión 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 2006²²¹, no se excluyó a los docentes como destinatarios de la misma; e igualmente, de acuerdo con el principio de favorabilidad en materia laboral y el derecho a la igualdad de los trabajadores contemplados en la Constitución Política.

228. Por lo anterior, señaló que para efectos del régimen prestacional, a los docentes se les debe aplicar el *régimen general del empleado público*, pues si bien el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 reguló las cesantías de los empleos de régimen especial de la docencia, dichas normas no consagran el procedimiento al que deben someterse los mismos, una vez solicita el retiro parcial o definitivo de la aludida prestación social, pues solo previeron la actuación interadministrativa que debe efectuarse entre las entidades territoriales certificadas, el FOMAG y la Fiduprevisora.

229. Al respecto, de acuerdo con las reglas jurisprudenciales fijadas por la Sección Segunda en los acápites precedentes, debido a la categoría de empleado público de los docentes oficiales, se concluyó que ellos al igual que los demás servidores públicos, son sujetos pasibles de la sanción moratoria prevista en la Ley Ley 244 de 1995²²² modificada por la Ley 1071 de 2006²²³.

230. En tal sentido, la Sala analizará en el caso concreto el procedimiento efectuado para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales del actor, a efectos de determinar si se configuró la sanción moratoria pretendida en ejercicio del presente medio de control. Al efecto, es necesario examinar los elementos probatorios sustento de los fundamentos fácticos de la parte demandante, así:

²²¹ “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.”

²²² « 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.».

²²³ «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.».

- a. Copia auténtica del Decreto 1461 de 6 de diciembre de 1989, expedido por el gobernador del Tolima, mediante el cual nombró al actor en el cargo de «Docente del nivel primario de la Escuela Rural Mixta “Potosí” del municipio de Cajamarca»²²⁴, cuya posesión tuvo lugar el 26 de diciembre de 1989, según el acta de la misma fecha²²⁵.
- b. Copia auténtica del Decreto 1142 de 27 de septiembre de 2012, mediante el cual el gobernador del Tolima en consideración a la pérdida de la capacidad laboral del 80% del actor, resolvió retirarlo del servicio activo a partir del 1º de octubre de la misma anualidad²²⁶.
- c. Original de la petición encaminada a obtener **la pensión de invalidez** radicada el **26 de julio de 2012**²²⁷, reconocida a través de la Resolución 04380 de 9 de octubre de 2012 suscrita por el secretario de educación del Tolima y el coordinador del Fondo de Prestaciones Sociales de la entidad territorial, a partir del **1 de octubre de 2012**²²⁸.
- d. Copia auténtica de la **solicitud de cesantías definitivas**, presentada el **11 de marzo de 2013** ante la Secretaría de Educación territorial del Tolima²²⁹; petición en virtud de la cual el secretario de educación y cultura departamental, expidió la Resolución 0376 del 3 de febrero de 2014²³⁰, en la que ordenó el pago de la suma de \$ 32.799.341, por haber laborado como docente nacionalizado desde el 26 de diciembre de 1989 hasta el 30 de septiembre de 2012, previos los siguientes descuentos:

	Concepto	Valor
1	Liquidación definitiva de cesantías	\$61.532.616
2	Descuento: Retiro parcial de cesantías destinado a reparación de vivienda ²³¹	\$21.349.361
3	Descuento: Proceso de alimentos	\$7.383.914
TOTAL		\$32.799.341

²²⁴ FF. 109 y 110.

²²⁵ FF. 108.

²²⁶ FF.113 y 114.

²²⁷ FF. 17.

²²⁸ Resolución que obra a folios 11 a 13 del expediente.

²²⁹ FF.111.

²³⁰ FF.115 y 116.

²³¹ Reconocida a través de la Resolución 0278 del 21 de febrero del 2008, por el secretario de educación y cultura del departamento del Tolima, acto administrativo que obra en copia auténtica a folios 126 a 129 del expediente.

El anterior acto administrativo se notificó personalmente al titular el **4 de febrero de 2014**, quien manifestó que renunciaba al término de ejecutoria, según se observa a folio 117 del expediente.

- e. Certificado expedido por la Fiduprevisora el 12 de septiembre de 2015, de acuerdo con el cual, el **pago** de las cesantías definitivas ordenado mediante la Resolución 0376 de 3 de febrero de 2014, estuvo a disposición del demandante desde el **8 de agosto de 2014**, por valor de \$40.183.255 por intermedio del Banco BBVA Colombia²³².

231. De los elementos de prueba aportados en el expediente, se evidenció que la solicitud de liquidación de cesantías definitivas se efectuó el **11 de marzo de 2013**, según se observa en la petición y en el acto administrativo de reconocimiento de la señalada prestación social, sin que pueda tenerse como fecha de radicación el 26 de julio de 2012, como lo alegó el demandante, pues en dicha fecha únicamente pidió la pensión de invalidez que posteriormente le fue otorgada y se plasmó en la resolución que ordenó el pago de esta prestación periódica por pérdida de la capacidad laboral.

232. Establecido lo anterior, se considera que el servidor público que tenía a su cargo la función de expedir el acto correspondiente, que para el caso concreto del demandante era el secretario de educación departamental del Tolima, contaba al efecto, con el plazo de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, el cual venció el **4 de abril de 2013**, pero como se evidenció de la valoración de las pruebas, la Resolución 0376 solo fue proferida hasta el 3 de febrero de 2014, esto es, **9 meses 28 días**, después de que feneciera la oportunidad.

233. Por ello, la Sala aplicará la regla jurisprudencial fijada en esta sentencia, relativa a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, 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.

234. En tal virtud, en el asunto objeto de estudio, los plazos descritos transcurrieron así:

Término	Fecha	Caso concreto
Fecha de la reclamación de las cesantías definitivas	11/03/2013	Fecha de reconocimiento: 03/02/2014 Fecha de pago: 08/08/2014
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	04/04/2013	
Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (Arts. 76 y 87)	18/04/2013	

²³² FF. 7 del cuaderno de pruebas de oficio.

CPACA)		Período de mora: 27/06/13 – 07/08/14
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	26/06/2013	

235. Tal como se evidencia, se causó un período de mora desde el **27 de junio de 2013 hasta el 7 de agosto de 2014**, día anterior a aquél en que la Fiduprevisora realizó el pago de las cesantías definitivas, generándose un retardo de **1 año, 1 mes 9 días**.

236. En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción, como se expuso en precedencia, se aplica la regla fijada en esta sentencia y por ende, será la correspondiente a la fecha en que finalizó la relación laboral del demandante, por ser el momento a partir del cual se hizo exigible el reconocimiento de las cesantías definitivas, esto es, la devengada en el año **2012**.

3.7.1. Decisión de segunda instancia

237. Por las razones que anteceden, la Sala revocará la sentencia proferida el 13 de octubre 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 **27 de junio de 2013 hasta el 7 de agosto de 2014**, la cual se liquidará con base en la asignación básica devengada por el actor para la anualidad del **2012**, por las razones expuestas en precedencia.

3.7.2. Condena en costas

238. Al respecto, la Sala de Sección indica que si bien no existe criterio único que gobierne su condena, ha de señalarse que ambas subsecciones acuden al de causación, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo²³³, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso²³⁴.

²³³ «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.»

²³⁴ «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:

239. En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante, razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en esta instancia.

240. Dilucidado todo lo anterior, encuentra la Sala que el análisis efectuado en esta providencia, evidencia situaciones al interior de la administración que son determinantes para la ocurrencia y prolongación en el tiempo de la sanción moratoria, permitiendo una real y desmedida afectación del erario, cuando por definición lo correcto debiera ser la gestión administrativa y presupuestal de las autoridades para el pago oportuno de las cesantías reconocidas a sus servidores.

241. En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que la mencionada gestión administrativa y presupuestal de las autoridades públicas hace parte de la órbita de los entes de control y del poder punitivo del Estado, para esta Sección es pertinente invitar a las entidades que los integran, esto es, Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República, como también a la Fiscalía General de la Nación; para que dentro de sus facultades y si lo estiman conveniente, ejerzan una labor preventiva y correctiva en procura de mejorar las prácticas relacionadas con el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos, en donde para los docentes oficiales, concurren en el trámite los entes territoriales y el Fomag. Para ello, se remitirá copia esta providencia y del expediente a las referidas instituciones.

242. De otra parte, se observa poder conferido por la directora del Departamento Administrativo del Tolima al abogado Gabriel Humberto Costa López identificado con C.C. 19.239.017 de Bogotá y T.P. 31.842 del C.S.J., por lo que se le

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.» (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

reconocerá personería para actuar como apoderado del departamento del Tolima, de acuerdo con las facultades y en los términos del mandato que obra a folio 199 del expediente.

243. Finalmente, en virtud de la delegación efectuada por la ministra de Educación Nacional al Asesor 1020-08 de la Oficina Asesora Jurídica²³⁵, se allegó poder conferido 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.J., quien a su vez lo sustituyó a la abogada Luisa Fernanda Fernández Castellanos, identificada con C.C. 1.014.235.649 y T.P. 262.670 del C.S.J., por lo que se les reconocerá personería para actuar como apoderadas principal y sustituta de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con las facultades y para los efectos del mandato y la sustitución que obran a folios 226 y 227 del expediente.

244. En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

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

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

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

²³⁵ A través de la Resolución 01143 del 26 de enero de 2016.

- ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley²³⁶ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

- iii) Cuando se interpone recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.

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

²³⁶ Artículo 69 CPACA.

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

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

SÉPTIMO: Declarar la nulidad del Oficio 2014RE5750 de 23 de abril de 2014, mediante el cual el secretario de educación y cultura departamental del Tolima le negó el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías definitivas al señor Jorge Luis Ospina Cardona, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: 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, a título de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, desde el 27 de junio de 2013 hasta el 7 de agosto de 2014, la cual se liquidará con base en la asignación básica devengada por el actor para la anualidad de 2012, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: ABSTENERSE de condenar en costas a la parte vencida en el proceso, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

DÉCIMO: INAPLICAR por ilegal el Decreto 2831 de 2005, e **INSTAR** a los entes territoriales y al Fomag a que las solicitudes de reconocimiento de cesantías definitivas promovidas por los docentes sean tramitadas en atención a lo previsto en la Ley 1071 de 2006, y al Gobierno Nacional a que disponga una reglamentación acorde con esta norma.

UNDÉCIMO: REMITIR copia de esta providencia y del expediente al Procurador General de la Nación, al Contralor General de la República y al Fiscal General de la Nación, para lo de su competencia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO SEGUNDO: RECONOCER personería al abogado Gabriel Humberto Costa López identificado con C.C. 19.239.017 de Bogotá y T.P. 31.842 del C.S.J., para actuar como apoderado del departamento del Tolima, de acuerdo con las facultades y en los términos del mandato que obra a folio 199 del expediente.

DÉCIMO TERCERO: RECONOCER personería 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.J., y Luisa Fernanda Fernández Castellanos, identificada con C.C.1.014.235.649 y T.P. 262.670 del C.S.J., para actuar como apoderadas principal y sustituta de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de acuerdo con las facultades y

para los efectos del mandato y la sustitución que obran a folios 226 y 227 del expediente.

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

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ