



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

Bogotá D. C., 28 de septiembre de 2017.

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.-
Radicación: 17001233300020130043302(3127-2015)
Actora: Luz Stella Henao Oviedo
Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.-
Tema: Sanción moratoria – Docente – Aplicación de la Ley 1071 de 2006.-
Decisión: Confirma sentencia que concedió pretensiones

FALLO SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 4 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la señora Luz Stella Henao Oviedo, ordenando al Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar a la actora la sanción moratoria de que trata el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, por el periodo comprendido del 21 de

mayo de 2010 al 15 de agosto de 2011, liquidado con fundamento en el salario devengado en los años 2010 y 2011.

ANTECEDENTES

La señora Luz Stella Henao Oviedo en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, solicitó la nulidad del acto administrativo ficto negativo derivado del silencio administrativo frente a la petición elevada el 15 de diciembre de 2011, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se reconozca y pague la sanción moratoria, equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, contados desde los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de las cesantías y hasta cuando se hizo efectivo el pago. Así mismo, pidió que la suma resultante sea reajustada teniendo como base el IPC de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Fundamentos fácticos¹.-

La demandante señaló que, en su condición de docente al servicio educativo estatal, el día 12 de febrero de 2010, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, siéndole reconocida la misma mediante Resolución 907 del 16 de diciembre de 2010.

¹ Folios 5 y 6 del plenario.

Adujo haber recibido el pago de las cesantías parciales reconocidas a través de la resolución antes mencionada, el día 16 de agosto de 2011.

Alegó que al haber sido solicitado el reconocimiento y pago de las cesantías en fecha 12 de febrero de 2010, la entidad accionada tenía como plazo para cancelarlas el día 20 de mayo de 2010, pero solo ocurrió ello el día 16 de agosto de 2011, por lo que, a su juicio, estima que trascurrió 445 días de mora contados a partir de los 65 días hábiles con que contaba la entidad para cancelar las cesantías parciales reclamadas.

Normas violadas y concepto de violación².-

Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones: Ley 244 de 1995, artículo 1 y 2; Ley 91 de 1989, artículo 5 y 15; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

La parte actora no formuló cargos de nulidad concretos contra el acto acusado. Sin embargo, presentó algunos argumentos generales con los cuales pretende demostrar la ilegalidad del mismo.

Acusó el acto administrativo de desconocer los mandatos establecidos en la Ley 244 de 1995 y en particular, lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, las cuales establecen el término para el reconocimiento de las cesantías (parciales y definitivas) de los servidores públicos.

² Folios 6 al 9 del expediente.

Que para el caso concreto, las disposiciones normativas antes mencionadas establecen que entre el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud. Sin embargo, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos fijados en la ley, lo que genera una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles después de haber presentado la petición de reconocimiento y pago de las cesantías.

Así mismo, señaló que inicialmente la sanción solo hacía referencia a las cesantías definitivas, pero con la entrada en vigencia de la Ley 1071 de 2006, la protección de que el trabajador pudiera obtener su pago de la cesantías antes de los 65 días después de radicada la solicitud fue ampliada a la cesantía parcial por medio de la Ley 1071 de 2006, imperativo legal que la entidad demandada pretende desconocer.

Contestación de la demanda.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG³.

El órgano demandado se opuso a las pretensiones de la demanda, al señalar que de acuerdo a las disposiciones del Decreto 2831 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 secretaría de educación de las entidades territoriales certificadas.

³ Folios 117 a 123 del expediente.

De igual forma, arguyó que la Ley 91 de 1989 constituye el régimen legal especial de los docentes donde se estableció todos aquellos derechos y deberes para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que ésta contempla, por eso, frente al reconocimiento del auxilio de cesantías de los docentes afiliados a dicho Fondo debe acudir al trámite regulado en la referida legislación, excluyéndose la aplicación de normas generales contempladas en Ley 50 de 1990, Ley 244 de 1995, y 1071 de 2006.

Propuso como argumentos que denominó excepciones, las siguientes:

- (i) Falta de legitimación por pasiva, por cuanto la Nación – Ministerio de Educación no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social, ya que fue expedido por la secretaria de educación respectiva. ;
- (ii) buena fe, como eximente de responsabilidad, en la medida en que el pago no solo depende del correcto diligenciamiento de los actos administrativos por parte del ente distrital, departamental o municipal y el visto bueno previo de la entidad fiduciaria, sino de la respectiva disponibilidad presupuestal;
- (iii) Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, puesto que el interesado debe demostrar que no existe educador alguno con petición anterior y de otro lado, la sanción pretendida es incompatible con la indexación; y
- (iv) Prescripción, frente a cualquier derecho reclamado.

Municipio de Manizales.

Alegó el ente territorial vinculado que, el silencio administrativo alegado no le es atribuible, dado que, las entidades territoriales no tienen a cargo el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los docentes estatales, mucho menos tiene a cargo el pago de la sanción moratoria que en ellas se originen.

Así mismo, formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inaplicación de la Ley 1071 de 2006. Respecto de la primera, adujo que por virtud de la Ley 91 de 1989, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas se encuentra a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, la entidad territorial no tiene atribuida tal competencia. Y en cuanto a la segunda excepción, arguyó que si bien el municipio es el empleador de la demandante, también lo es que, no es la autoridad que tiene a cargo el reconocimiento y pago de la cesantía, por lo que, lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006, no resulta extensible al ente territorial.

Audiencia Inicial⁴.

El Tribunal Administrativo de Caldas se constituyó en audiencia pública el 4 de junio de 2015, en la cual, una vez agotado el saneamiento del proceso y resuelta las excepciones previas propuestas por la entidad demandada, procedió a fijar el litigio consagrando los siguientes problemas jurídicos provisionales: i) Las razones expuestas por las demandadas, justifican el

⁴ Folios 155 del proceso.

pago extemporáneo de las cesantías parciales y por tanto, no se debe pagar la sanción moratorio prevista en el parágrafo del artículo 5ª de la Ley 1071 de 2006?. ii) Si no se aceptan las razones dadas, a partir de cual fecha se causaría la sanción moratoria? iii) En caso de acceder a las pretensiones de la demanda, hay prescripción trienal de la sanción moratoria y la condena al pago de la cantidad liquida de dinero se debe ajustar tomando como base el IPC tal y como lo ordena el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011?.

Continuando con la audiencia inicial, una vez agotada la fase de conciliación, resolución de medidas cautelares y decreto de pruebas, la corporación falladora estimó procedente proferir sentencia en esa misma audiencia, de conformidad con los artículos 179 y 180 de la Ley 1437 de 2011.

Sentencia de primera instancia⁵.

El Tribunal Administrativo de Caldas mediante fallo de 4 de junio de 2015 proferido en audiencia inicial, declaró la nulidad del acto administrativo acusado y condenó a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar la sanción pretendida por la señora Luz Stella Henao Oviedo, consistente en 1 día de salario por cada día de retardo en el periodo comprendido entre el 21 de mayo de 2010 y el 15 de agosto de 2011 inclusive, liquidada por la demandada conforme los salarios devengados para los años 2010 y 2011.

El *a quo* consideró que si bien a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se les debe aplicar la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2135 de 2005, considera que le es aplicable el artículo 5º de la

⁵ Folios 157 a 165 del expediente.

Ley 1071 de 2006, en tanto que, tal normatividad es una típica regla o norma de acción, y por tanto está destinada a evitar la ponderación por parte de la administración, porque son concluyentes y perentorias los términos allí establecidos, cuando se dan las condiciones de aplicación.

En ese mismo sentido, señaló que el reconocimiento y pago oportuno establecido en el artículo 6º de la Ley 1071 de 2006, no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse, por que la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías.

Bajo ese entendido, concluyó que los 65 días hábiles posteriores a la fecha en que fue radicada la solicitud, previstos para el reconocimiento y pago de la multicitada prestación social, se cumplieron el 20 de mayo de 2010, siendo reconocida la misma solo hasta el 16 de diciembre de 2010, es decir, casi 7 meses por fuera el término establecido en la ley. De igual manera, como quiera que aquella fue cancelada el día 16 de agosto de 2011, se establece que entre el 21 de mayo de 2010 y el 15 de agosto de 2011, se hizo exigible la sanción moratoria de que trata el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

Recurso de apelación.-

El apoderado judicial de Nación- Ministerio de Educación Nacional- FOMAG⁶ manifestó su desacuerdo frente a la decisión de primera instancia, básicamente reiterando lo manifestado en el escrito de contestación a la demanda, al señalar que los docentes estatales tienen un régimen autónomo y especial para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, por lo tanto, conforme al numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el fondo

⁶ Folios 128 al 137 del plenario.

es el único habilitado para el pago del auxilio de cesantías, lo cual excluye a los beneficiarios de esta norma de los demás regímenes de liquidación de cesantías previstos en normas generales tales como la Ley 50 de 1990, la Ley 344 de 1996, la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006.

Alegó que el trámite especial previsto en el decreto reglamentario 2831 de 2005⁷ para el reconocimiento de cualquier prestación social, previó el término de 15 días hábiles para elaborar el proyecto de acto administrativo por parte de la secretaría de educación respectiva, dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud, para que posteriormente, sea remitido a la sociedad fiduciaria que cuenta con 15 días para impartir su aprobación o indicar las razones de su desacuerdo, y finalmente, ser devuelto al secretario de educación para que lo suscriba y se envíe a la Fiduprevisora a efectos de realizar el pago. En consecuencia, no es dable aplicar la Ley 244 de 1995⁸, pues difiere del procedimiento descrito y menos aún, hacer extensiva una sanción prevista en una norma general.

Por último, arguye que entrándose de las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, no depende única y exclusivamente de una sola entidad, pues en dicho procedimiento concurren igualmente la secretaria de educación del ente territorial certificado a cuya planta pertenece el docente y es a quien le corresponde elaborar el acto administrativo de reconocimiento de la prestación y al fondo le corresponde efectuar el pago, no siendo posible en el caso concreto, determinar cuál de tales autoridades fue la que incurrió en mora respecto a los términos fijados en el Decreto 2831 de 2005.

⁷ “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.”

⁸ *Ibíd*em 25.

Alegatos de conclusión.-

La parte demandante señala que la Ley 1071 de 2006 aplicada por el a quo, modificó la Ley 244 de 1995 y contempló como destinatario de la misma a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente, dentro de los cuales, se encuentran los docentes estatales, como es el caso de la actora. De igual manera, respecto de los términos dispuestos por la ley para expedir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación, alude que los mismos están fijados en el artículo 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006.

Por su parte, la Nación- Ministerio de Educación Nacional- FOMAG no hizo uso de esta oportunidad procesal.

Concepto del Ministerio Público⁹

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado presentó concepto solicitando se confirme la sentencia recurrida, toda vez que, las cesantías parciales reclamadas por la actora fueron reconocidas y pagadas de manera tardía.

CONSIDERACIONES

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

⁹ Folios 222 al 227 del expediente.

Problema jurídico.-

De acuerdo con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, le corresponde a la Sala:

Establecer si a los docentes oficiales regidos por la Ley 91 de 1989¹⁰, les es dable la aplicación de la Ley 244 de 1995¹¹ modificada por la Ley 1071 de 2006¹², que regula el término para el pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el siguiente estudio: (i) Marco legal del auxilio de cesantías en el sector público; (ii) Sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos; (iii) Del régimen de cesantías de los docentes; (iv) Aplicación de la Ley 1071 de 2006 al personal docente del sector oficial; (v) Antecedentes jurisprudenciales; (vi) Del FOMAG, procedimiento y competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes; y (vii) Solución del caso.

Marco legal del auxilio de cesantías en el sector público.

El auxilio de cesantía es una prestación social de creación legal que debe pagar el empleador al trabajador por los servicios prestados en el evento en que llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus

¹⁰ “por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

¹¹ “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.”

¹² “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.”

necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda.

El auxilio de cesantías se encuentra regulado en la Ley 6ª de 1945¹³, que en su artículo 17 previó entre otras esta prestación, de la cual serían destinatarios los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, teniendo en cuenta el tiempo prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

A su vez, el párrafo del artículo 1º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946 *“Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras”*, extendió dicho beneficio a los trabajadores del orden territorial y a los particulares, cuando dispuso:

“Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares”.

Por su parte, el Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947 *“Sobre auxilio de cesantía”*, en su artículo 1º reiteró el anterior precepto normativo, a saber:

“Artículo 1º.- Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942.”

¹³ “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”.

Posteriormente, con la expedición del Decreto 3118 de 1968¹⁴, se creó el Fondo Nacional del Ahorro como un establecimiento público, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico y entre otras disposiciones, se inició la eliminación de la retroactividad de la cesantía, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, para instituir la liquidación anual de las cesantías, al contemplar en su artículo 27 que cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado liquidarían la cesantía que de forma anual se causara en favor de sus trabajadores o empleados. Dicha liquidación, según esta norma, tiene carácter definitivo y no podrá ser revisada aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

A diferencia de las entidades públicas del orden nacional en las cuales se dio paso a un sistema de liquidación anual de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3118 de 1968, en el nivel territorial, el auxilio de cesantía permaneció regulado de conformidad con la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947, disposiciones que consagran el carácter retroactivo del régimen de cesantías, en el que se tenía en cuenta el último sueldo devengado por el servidor público para efectos de liquidar la prestación por todo el tiempo de servicio.

En el año 1990, con ocasión de la expedición de la Ley 50 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”*, fue modificado el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los denominados fondos

¹⁴ “Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones”.

de cesantías, por el nuevo régimen anualizado, en el cual el empleador al 31 de diciembre de cada año debe liquidar las cesantías por la anualidad o fracción consignando el valor correspondiente al fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado antes del 15 de febrero de cada año y la sanción de un día de salario por cada día de retardo en el cumplimiento de la obligación, así:

«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 proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.»

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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo. (...))»

Para el sector público, se expidió la Ley 344 de 1996 *“Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”*¹⁵, y el artículo 13 amplió la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado (Ramas Legislativa y Ejecutiva)¹⁶ sin perjuicio de los derechos convencionales y lo previsto en la Ley 91 de 1989, a partir de su entrada en rigor, esto es, el 31 de diciembre de 1996. Dice la norma:

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

¹⁵ Publicada en el Diario Oficial No. 42.951 de 31 de diciembre de 1996.

¹⁶ Excepto el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

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.

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.

~~El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo"~~

El artículo 14 de la referida disposición, igualmente con el objetivo de racionalización y disminución del gasto público, previó que en los presupuestos públicos anuales podrán incluirse las apropiaciones legales para el pago de cesantías parciales o anticipos de cesantías, y para reducir el rezago existente respecto del monto de solicitudes. La disposición señaló lo que al tenor se transcribe a continuación:

“Artículo 14^o.- Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, sólo podrán ~~reconocerse,~~ liquidarse y pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de solicitudes y los reconocimientos y pagos, cuando existan. En este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse.”

La Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 1997¹⁷, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 13 y 14, entre otros, de la citada Ley 344 de 1995 por considerarlos violatorios de los derechos a la dignidad humana, el trabajo y la seguridad social, declaró la exequibilidad del artículo 13, salvo el aparte “El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el

¹⁷ Magistrados Ponentes: Dr. José Gregorio Hernández Galindo, Dr. Alejandro Martínez Caballero y Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo.”, el cual fue retirado del ordenamiento jurídico por desconocer la Norma Superior, toda vez que representa una autorización indeterminada, tanto desde el punto de vista material como desde el temporal, para que el Ejecutivo cumpla una función indudablemente legislativa, pues corresponde al Congreso de la República de manera exclusiva establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración¹⁸.

En cuanto al artículo 14, el tribunal constitucional puso de presente que salvo las expresiones "reconocerse, liquidarse y", la primera parte de la norma, se ajusta a la Constitución, en la medida en que desarrolla los mandatos superiores sobre la necesidad de partida presupuestal disponible para todo gasto público; por el contrario, el reconocimiento y liquidación de las cesantías parciales, no pueden negarse al empleado so pretexto de no existir la asignación del presupuesto, pues son actos que materializan una obligación ya existente en cabeza del organismo estatal, máxime cuando se trata de un derecho del solicitante, el cual, si se somete a los requisitos previstos en la ley, puede retirar las sumas causadas por tal concepto; por tanto, ello no puede ser excusa legalmente válida para reconocer y pagar las cesantías en forma tardía o extemporánea.

Seguidamente, la Corte Constitucional indicó que pese a que la norma no fija un tope anual, o un máximo del 10% del rezago, como meta para atender solicitudes represadas, sino un mínimo imperativo; condicionó su exequibilidad en el entendido de que por debajo del mismo no pueden

¹⁸ “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
(...)

11. Establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración.”

descender los límites de la gestión administrativa, pues el objetivo acorde con la Constitución consiste en la agilización global de las solicitudes y reconocimientos pendientes de pago, mientras que la mora causa grave daño a los empleados, pues conlleva de un lado, el deterioro del poder adquisitivo de la moneda, y por otro, que el costo respectivo no deba asumirlo el trabajador sino el patrono. En consecuencia, definió de manera ostensible que una vez efectuada la liquidación de los valores respectivos, los empleados tienen derecho también a que las sumas correspondientes les sean desembolsadas, con el fin de que atienda las necesidades que lo conllevaron al solicitar el anticipo de la prestación social –cesantías-.

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

Por medio de la Ley 244 de 1995¹⁹, el legislador estableció en cabeza de la entidad empleadora la obligación de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los **servidores públicos** dentro de los 15 días siguientes a la solicitud del interesado, para lo cual deberá expedir la resolución correspondiente y tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha en que adquiriera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día 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

¹⁹ “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.”

administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo.” (Se destaca).

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

La anterior disposición fue modificada por la Ley 1071 de 2006²⁰, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de **cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y servidores del Estado**. Su ámbito de aplicación son los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, así como los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

La citada disposición adicionó la Ley 244 de 1995 para señalar que los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del

²⁰ “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”.

Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios²¹ 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.”

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

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

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

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

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

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.” (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

De las normas transcritas, se concluye que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1071 de 2006, toda entidad empleadora está en la obligación de liquidar, reconocer y pagar el auxilio de cesantías, bien porque el servidor público requiera un retiro parcial en los casos previstos en la ley o con

²¹ Igualmente dispuso su aplicación a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

ocasión de la terminación del vínculo laboral, puesto que la Ley 244 de 1995 únicamente contempló el plazo y la respectiva penalidad pecuniaria de un día de salario por cada día de retardo hasta el pago efectivo de las cesantías definitivas.

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

Del régimen de cesantías de los docentes.

A través de La Ley 91 de 1989²², el Congreso de la República creó el FOMAG y determinó sus competencias frente a la Nación y a las entidades territoriales. Dice la norma:

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

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

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

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

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

²² “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.”

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

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

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

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

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

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

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

5. Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la

presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

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

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

Crea el FOMAG, en los siguientes términos:

“Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.

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

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

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

“Artículo 15º.- A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley”²³.

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

“3.- Cesantías:

- A.** Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.
- B.** Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional”²⁴.

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

i) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de

²³ Se subraya.

²⁴ Destacado por la Sala.

diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

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

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

La constitución Política define en el artículo 123 a los servidores públicos, en los siguientes términos:

“Artículo 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.” (Negritas y subrayas fuera del texto original).

Como se señaló en el acápite precedente, son destinatarios de la Ley 1071 de 2006 los servidores públicos, definidos de manera expresa por la norma superior. En tal virtud, el ámbito de aplicación de dicha ley, tal como está consagrado en la exposición de motivos así:

“(…) el ámbito de aplicación del proyecto de ley que pongo a su consideración, el cual **cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial.**”²⁵. (Se destaca).

²⁵ Consulta realizada en el link: <http://www.notinet.com.co/pedidos/expo1071.doc>. Proyecto de Ley 44 de 2005.

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

Antecedentes jurisprudenciales.

Revisada la jurisprudencia de los últimos años, se observaba inicialmente, la existencia de posiciones distintas al interior del Consejo de Estado frente a la problemática del reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de los docentes oficiales, en los términos de la Ley 244 de 1995 modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, que se ha concretado en determinar si con la expedición de la Ley 91 de 1989, que tuvo por objeto la creación del FOMAG, al fijar las normas prestacionales aplicables a los docentes oficiales en la reglamentación contenida en su artículo 15, extendió a favor de los docentes oficiales, la sanción de un día de salario por cada día de retardo en caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos. Al respecto, se encuentran, entre otras, las siguientes providencias:

- Sentencia de 9 de julio de 2009, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez²⁶. No se accedió al reconocimiento de la mora en el pago de las cesantías en razón a que en el ordenamiento jurídico aplicable a los docentes no existe disposición normativa que así lo establezca.

- Sentencia de 25 de julio de 2013, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve²⁷. Señaló que los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora, pero en el caso concreto negó su reconocimiento, con fundamento en que la norma vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos (Ley 244 de 1995), únicamente contemplaba la penalidad para los eventos de retardo en el pago de las cesantías definitivas, por cuanto la actora pretendía el pago de sus cesantías parciales.

- Sentencia de 19 de enero de 2015, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren²⁸. En virtud de los principios de especialidad normativa e inescindibilidad de la ley, indicó que no resulta jurídicamente viable aplicar la sanción por mora prevista en las leyes referidas para aquellos eventos de retardo en el pago de cesantías parciales o definitivas de los docentes, cuando los términos de uno y otro régimen (el general de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y el especial consagrado en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005²⁹, así como en el Decreto 2831 de 2005³⁰) son diversos.

²⁶ Expediente 0672-07.

²⁷ Expediente 1872-12.

²⁸ Expediente 4400-13.

²⁹ “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

(...)

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

- Sentencia de 22 de enero de 2015, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez³¹, en la cual se accedió al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, por cuanto la administración incumplió los plazos establecidos por el legislador la liquidación y cancelación oportuna de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

En este orden de ideas, en atención a la finalidad del legislador de establecer un término perentorio para la protección de la prestación social – cesantías, no existe contradicción alguna para aplicar la Ley 1071 de 2006 a los docentes, en la medida en que conforme la Constitución Política son servidores públicos, máxime cuando constituye un desarrollo legal de los mandatos constitucionales previstos en los artículos 13 y 53, en los términos señalados por la Sección Segunda como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”

³⁰ “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.”

³¹ Expediente 0271-14.

En esa misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional en sentencia unificadora No 336 del 18 de mayo de 2017³², al pronunciarse acerca de si el régimen contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a los servidores públicos es aplicable a los docentes oficiales, sostuvo lo siguiente:

«(...) Por ser un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, la Sala concluye que en aplicación de los postulados constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación sobre la naturaleza de las cesantías y a la luz de los tratados internacionales ratificados por Colombia, a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas...»

Así mismo, en líneas posteriores en la citada providencia, refiriéndose a la aplicación al personal docente estatal de normas pertenecientes al régimen general contenido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, señaló lo siguiente:

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

³² Ponencia del Magistrado (e) Iván Humberto Escruce Mayolo.

Todo lo anterior, permite observar que en la actualidad existe paridad o simetría de criterio entre las dos citadas corporaciones judiciales en cuanto a la aplicación del régimen general contenido en la Ley 244 de 1995 modificado por la Ley 1071 de 2006, a los docentes oficiales, en lo que tiene que ver con el pago de la sanción moratoria.

Del FOMAG, el procedimiento y la competencia para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Como se señaló, el legislador mediante la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989, creó el FOMAG, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales a sus afiliados, esto es, de los docentes³³. Así se observa en el ya citado, artículo 5º ibídem.

En relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la citada norma teniendo en cuenta el proceso de nacionalización de la educación oficial llevada a cabo en el país mediante la Ley 43 de 1975³⁴, señaló que quedarían automáticamente afiliados al Fondo

³³ “**Artículo 5o.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
2. Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
3. Llevar los registros contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.
4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.”

³⁴ “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.”

los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la citada ley, esto es, el 29 de diciembre de 1989 y, así mismo, el personal vinculado con posterioridad, siempre que cumplieran los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

En punto del manejo de los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 3º de la Ley 91 de 1989, dispuso que para tal efecto el Gobierno Nacional suscribiría un contrato de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria de naturaleza estatal o de economía mixta la cual se encargaría de su administración. Así se observa en el citado artículo 3 que prevé:

“El Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.”

Con posterioridad, el Presidente de la República mediante Decreto 1775 de 3 de agosto de 1990³⁵, artículos 5º a 8º, reglamentó el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y precisó, en relación con el trámite de las solicitudes de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de los docentes, que las mismas debían ser radicadas ante la Oficina de Prestaciones Sociales del respectivo Fondo Educativo Regional, quien procedería a realizar el estudio de la documentación, con el visto bueno de la entidad fiduciaria, para luego expedir la correspondiente resolución de reconocimiento.

³⁵ “Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de que trata la Ley 91 de 1989.”

No obstante lo anterior, en relación con este mismo punto, el Congreso de la República mediante el artículo 56³⁶ de la Ley 962 de 2005, dispuso que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual en todo caso debía ser elaborado por la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

El anterior trámite fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, los cuales a la letra señalan:

“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.

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

Artículo 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

³⁶ **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.

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”.

Así las cosas, debe decirse que de conformidad con las normas transcritas las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, tanto la secretaría de educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los siguientes términos:

Entidad responsable	Actuación	Término
Secretaría de educación territorial	Elaboración del proyecto de acto administrativo y remisión a la sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la petición
Sociedad fiduciaria	Impartirá su aprobación o indicará las razones para improbarla, e informará a la secretaría de educación respectiva	Dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución
Secretario de educación territorial	Suscribirá la resolución y efectuará la notificación	Dentro del término previsto en la ley
Secretaría de educación territorial	Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo

De acuerdo con las normas transcritas, se tiene en lo atinente a las prestaciones sociales del magisterio y pese a que en efecto la facultad nominadora se encuentra en cabeza de las secretarías de educación del nivel territorial, se tiene que es ésta una competencia dada al FOMAG,

mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la secretaría de educación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 56 de la Ley 962 de 2005³⁷.

En ese orden de ideas, se establece que si bien el Decreto reglamentario 2831 de 2005 previó los respectivos términos dentro del procedimiento administrativo para el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, la norma no contempló un plazo perentorio para efectuar el pago del valor reconocido por la prestación social, entre ellas las cesantías; a diferencia de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006³⁸, que consagró los términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, según se expone en el siguiente acápite.

Si bien la fiduciaria es la encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la secretaría de educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación pretendida por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

El objeto de la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar³⁹ una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los

³⁷ Ibídem 29.

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 Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “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.”

docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba, circunstancia que en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 de la precitada ley, el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”

Así las cosas, en lo que tiene que ver con las prestaciones sociales del magisterio, se tiene que es ésta una competencia dada al respectivo Fondo mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la secretaría de educación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley 962 de 2005 artículo 56, por lo tanto, encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto **el reconocimiento como el pago de las cesantías de los docentes**, es ostensible que el restablecimiento en tratándose de controversias relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, corresponde al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser en cabeza de quien se encuentra el patrimonio autónomo creado por la ley para el pago de los factores prestacionales de sus afiliados, sin que para ello se requiera de intervención alguna del ente territorial – secretaría de educación municipal.

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

De la solución del caso.

En el *sub júdice*, el *a quo* declaró la nulidad del acto administrativo acusado y condenó a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar la sanción pretendida por la señora Luz Stella Henao Oviedo, ordenando al Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar a la actora la sanción moratoria de que trata el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, por el periodo comprendido del 21 de mayo de 2010 al 15 de agosto de 2011, liquidado con fundamento en el salario devengado en los años 2010 y 2011, al estimar que conforme las pruebas allegadas al expediente se encuentra acreditado que se configuró el retardo del empleador para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales reclamadas por la actora.

El apoderado judicial de la entidad demandada manifestó su desacuerdo frente a la decisión de primera instancia, al estimar que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, es el procedimiento especial aplicable al caso de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, mal haría en aplicársele a la demandante el régimen previsto en la Ley 244 de 1995 modificado por la Ley 1071 de 2006 y menos aún, hacer extensiva una sanción establecida en una norma general para un procedimiento que se encuentra regulado en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías.

Al respecto se tiene que, tal como se expuso en acápites precedentes, la voluntad del legislador al expedir la Ley 1071 de 2006 fue proteger a los servidores públicos en atención a la importancia que reviste la prerrogativa laboral – cesantías-, entre ellos los docentes, según la definición establecida en la Constitución Política, máxime cuando constituye un desarrollo legal de los mandatos constitucionales previstos en los artículos 13 y 53, en los términos señalados por la Sección Segunda como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

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

Conforme lo anterior, al analizar la Sala en el caso concreto el procedimiento efectuado para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de la demandante, se observa que con la presentación de la demanda, se allegó al proceso copia auténtica de los siguientes documentos probatorios:

- Resolución 907 del 16 de diciembre de 2010, expedida por la secretaria de educación municipal de Manizales⁴⁰, “Por la cual se reconoce y ordena el pago de cesantías parcial para reparación de vivienda”⁴¹, causadas con ocasión de los servicios prestados como docente nacionalizada, durante el período:

⁴⁰ Folios 18 al 20.

⁴¹ “En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005”

Tiempo laborado	Desde	Hasta	D.	M.	A.
Secretaría de Educación	8/5/1987	30/11/2009	23	6	22

En dicha resolución se dejó consignado que la solicitud fue presentada o radicada por la demandante en fecha 12 de febrero de 2010, pretendiendo el reconocimiento y pago de las cesantías parciales con destino a reparación de vivienda.

En efecto, el referido acto administrativo reconoció y ordenó pagar a la actora la suma de \$58.214.653, de la cual giró un saldo liquido de \$20.148.000, por ser la suma solicitada por la docente como anticipo con destino a reparación de vivienda.

- Notificación personal del acto de la anterior resolución se surtió en la fecha 16 de diciembre de 2010⁴².

- Y el pago de la misma se efectuó según certificación expedida por la fiduprevisora el día 16 de agosto de 2011, a través de la entidad financiera BBVA Manizales, por el valor de \$20.148.000⁴³.

- Petición de reconocimiento de la **sanción por mora** radicada ante la Secretaría de Educación de Manizales el 15 de diciembre de 2011⁴⁴, frente a la cual se configuró el acto ficto negativo derivado del silencio administrativo, objeto de control de legalidad a través del presente medio de control.

⁴² Folio 20.

⁴³ Folio 21.

⁴⁴ Folios 23 al 25.

De acuerdo con las pruebas señaladas, se observa que a la actora en calidad de docente, le fue reconocida sus cesantías parciales por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por intermedio de la secretaria de educación municipal de Manizales, conforme la Ley 962 de 2005, la cual previó que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, cuyo trámite está comprendido por la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual en todo caso debe ser elaborado por la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

No obstante, tal como lo dispone el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 el patrimonio autónomo, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria, es de la Nación; por consiguiente, habida cuenta que se encuentra en cabeza del FOMAG tanto **el reconocimiento como el pago de las cesantías de la actora**, es ostensible que el restablecimiento en tratándose de controversias relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, en el caso concreto la solicitud de sanción moratoria por el incumplimiento del término legal, corresponde Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que para ello se requiera de intervención alguna del ente territorial – secretaría de educación territorial-, razón por la cual, es el aludido fondo quien deberá asumir las consecuencias jurídicas derivadas en la presente sentencia judicial.

Ahora bien, en cuanto a la temporalidad de la sanción moratoria reclamada por la accionante, el tribunal de instancia consideró que se configuró la sanción por mora desde el 21 de mayo de 2010 y el 15 de agosto 2011, día

anterior en el que se efectuó el pago del valor liquidado por concepto de cesantías parciales.

De acuerdo con la valoración probatoria efectuada por la Sala de decisión, se encuentra acreditado que la petición de reconocimiento de la cesantía se presentó el 12 de febrero de 2010, por lo que el término de los 15 días de que trata la Ley 1071 de 2006⁴⁵, venció el 5 de marzo de 2010, pero la entidad nominadora solo expidió la resolución hasta el 16 de diciembre de 2010, es decir, 9 meses 11 días después de vencido el término señalado en la ley.

Por consiguiente, en virtud de la finalidad del legislador al expedir la disposición señalada, que previó los términos para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los servidores públicos y la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo proferida por esta Corporación⁴⁶, es claro que ante la ausencia de pronunciamiento o resolución tardía por parte de la administración, el término inicia a partir de la fecha de radicación de la solicitud de liquidación de cesantías definitivas o parciales, pues una interpretación contraria, conllevaría a que la exigibilidad de la prestación social quedara al arbitrio de la administración.

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

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

Término	Fecha	Caso concreto
Fecha de la reclamación de las cesantías parciales	12/02/2010	Fecha de reconocimiento: 16/12/2010
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4º L. 1071/2006 ⁴⁷)	5/03/2010	Fecha de pago: 16/08/2011
Vencimiento del término de ejecutoria - 5 días (Art. 51 CCA ⁴⁸)	12/03/2010	Período de mora: 21/05/2010 – 15/08/2011
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5º L. 1071/2006 ⁴⁹)	20/05/2010	1 año, 2 meses, 27 días (452 días)

Tal como se evidencia del acervo probatorio que obra dentro del expediente, se causó un período de mora desde el 21 de mayo de 2010, esto es, al día siguiente del vencimiento del plazo legal de los 65 días hábiles para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales hasta el 15 de agosto de

⁴⁷ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.
[...]

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

⁴⁸ “Artículo 51. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 2304 de 1989 De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

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

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

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

⁴⁹ “Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.”

2011, es decir, hasta el día anterior en que se hizo efectivo el pago de la suma reconocida por las cesantías parciales.

Visto lo anterior y conforme las pruebas documentales arrimadas al plenario, es claro que la entidad demandada incurrió en mora frente a su obligación de efectuar el reconocimiento y pago de las cesantías parciales para reparación de vivienda de la demandante en **452 días**, es decir, 1 año, 2 meses y 27 días comprendidos entre el **21 de mayo de 2010 y el 15 de agosto de 2011**, razones por las que habrá de confirmarse la sentencia apelada en lo que respecta a este punto.

De otra parte, se observa que en el numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia objeto del recurso de apelación, se condenó en costas⁵⁰ a la parte vencida en el proceso.

Al respecto, la Sala debe reiterar lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda⁵¹ de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

⁵⁰ Aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

⁵¹ Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

En el caso, la Sala observa que el *a quo* no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición al demandado, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.

Por consiguiente, se revocará el numeral sexto de la parte resolutive que condenó en costas a la parte vencida dentro del proceso, por las consideraciones expuestas en precedencia.

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

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMASE con modificaciones la sentencia proferida el 4 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Caldas, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la señora Luz Stella Henao Oviedo y ordenó al Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar a la actora la sanción moratoria de que trata el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, por el periodo comprendido del 21 de mayo de 2010 al 15 de agosto de 2011.

SEGUNDO.- REVOCASE el numeral sexto de la parte resolutive del fallo indicado en el ordinal anterior, en tanto que no hay lugar a condenar en costas ni en primera ni en esta instancia a la parte vencida en el proceso, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER