

AUXILIO DE CESANTÍAS - Finalidad

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 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.

FUENTE FORMAL: LEY 6 DE 1945 - ARTÍCULO 17 / LEY 65 DE 1946 - ARTÍCULO 1 / DECRETO 1160 DE 1947 - ARTÍCULO 1 / DECRETO 3118 DE 1968 - ARTÍCULO 27 / LEY 50 DE 1990 - ARTÍCULO 99 / LEY 344 DE 1996 - ARTÍCULO 13 / LEY 91 DE 1989 - ARTÍCULO 13

SANCIÓN MORATORIA - Finalidad

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

FUENTE FORMAL: LEY 244 DE 1995 - ARTÍCULO 1 / LEY 1071 DE 2006 - ARTÍCULO 4 / LEY 1071 DE 2006 - ARTÍCULO 5

AUXILIO DE CESANTÍAS DOCENTE – Reconocimiento / AUXILIO DE CESANTÍAS DOCENTE - Regulación legal

Se concluye que respecto de los docentes oficiales, la ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación: i) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. ii) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 (sean nacionales o nacionalizados), se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 123 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53 / LEY 91 DE 1989 - ARTÍCULO 1 / LEY 91 DE 1989 - ARTÍCULO 2 / LEY 91 DE 1989 - ARTÍCULO 3 / LEY 91 DE 1989 - ARTÍCULO 15

SANCIÓN MORATORIA DOCENTE - Reconocimiento / PRINCIPIO DE IGUALDAD / PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO - Docentes territoriales / SANCIÓN MORATORIA - Reconocimiento

La Sala considera señalar que en virtud del derecho a la igualdad y el principio in dubio pro operario, previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, respectivamente y en atención a que la Ley 244 de 1995 adicionada por la Ley 1071 de 2006 no excluyó al sector oficial docente del ámbito de aplicación, se tiene que los docentes 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. NOTA DE RELATORIA: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Segunda,

sentencia de unificación de 25 de abril de 2016, C.P., Carmelo Perdomo Cuéter, rad. 0088-15.

AUXILIO DE CESANTÍAS DOCENTE – Reconocimiento y pago / FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Competencia

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 a la Nación - 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. (...) Por otro lado, en cuanto a los cargos elevados en el recurso de apelación del FOMAG, referidos a que esta entidad reconoció en debida forma la petición de la demandante y que la mora no puede hacérsele imputable, toda vez que la misma no participa en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, correspondiéndole dicha facultad a las secretarías de educación; es pertinente indicar que el FOMAG es el único llamado a responder por la sanción moratoria reclamada por el actor, dado que aunque intervinieron otras personas jurídicas, esto no las hace responsables, habida cuenta de que tratándose de controversias relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, corresponde a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, por ser en cabeza de quien se encuentra el patrimonio autónomo creado por la ley, 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. **NOTA DE RELATORIA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 18 de agosto de 2011, C.P., Gerardo Arenas Monsalve, rad. 1048-12.

FUENTE FORMAL: LEY 43 DE 1975 / DECRETO 1775 DE 1990 / DECRETO 2831 DE 2005 - ARTÍCULO 2 / DECRETO 2831 DE 2005 - ARTÍCULO 5 / LEY 962 DE 2005 - ARTÍCULO 56.

EJECUTORIA DEL ACTO DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS CESANTÍAS / NOTIFICACIÓN / SANCIÓN MORATORIA - Conteo del término

El legislador estableció [artículo 76 del Código Contencioso Administrativo] como único trámite entre el acto administrativo de reconocimiento y el pago efectivo, la notificación del primero de ellos, cuando expresó la necesidad de que el mismo quede en firme, es decir, que su comunicación se lleve a cabo en debida forma al interesado. (...) Por lo tanto, se entiende que una vez interpuestos los recursos correspondientes (más el tiempo que tarde en resolver) o transcurrido el lapso de los 10 días sin que estos se hayan interpuesto, quedará en firme el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías del servidor público. Visto lo anterior, se observa que en ningún momento se concibió un trámite adicional para el pago de las cesantías, sino simplemente la notificación abordada en precedencia. (...) Por lo anterior, la sentencia de primera instancia, erró al establecer que: «(...) es evidente que el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles que tenía el Fondo para realizar el pago no empezaron a contabilizarse desde la fecha de la expedición de la resolución que lo reconoció, como pretende el Fondo accionado se (sic) haga sino desde la fecha en que de conformidad con la norma, debió expedir el acto de

reconocimiento, más cinco días hábiles que corresponden a la ejecutoria (...).»En consecuencia, dicha fecha de ejecutoria se cumplió el 16 de noviembre de 2010 y no el 14 de octubre de 2010, como lo sugirió el Tribunal de instancia. Por otra parte, aunque el fallador de instancia estipuló como fecha de inicio para contabilizar el periodo de mora el 5 de enero de 2011, esta Sala determina que el mismo surgió el 21 de enero de 2011, habida cuenta de que los 45 días que menciona la Ley 1071 de 2006 se cumplían el 20 de enero de 2011. NOTA DE RELATORIA: Consejo de estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, rad 2000-02513(IJ), C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00156-01(2159-14)

Actor: HERLINDA MONTAÑA BRIÑEZ

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Tema: Sanción moratoria – Docente – Aplicación de la Ley 1071 de 2006

FALLO SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 04 de abril de 2014 por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda presentada por la señora Herlinda Montaña Briñez.

A N T E C E D E N T E S

La señora Herlinda Montaña Briñez 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 Oficio No. 2012EE15770 del 21 de noviembre de 2012, expedido por el secretario de educación del departamento del Tolima, mediante el cual: (i) se le informó que el pago de las cesantías reconocidas por la secretaría de educación del Tolima, mediante la Resolución No. 1137 de 2010, estaba programado para la nómina del 10 de agosto de 2011 y que en caso de no haberlas reclamado, debería reprogramar la fecha con la Fiduciaria La Previsora y (ii) referente al pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006, manifestó que dicho monto es pagado por la fiduciaria, una vez es reconocido por los secretarios de educación, de conformidad con la apropiación presupuestal del FOMAG y dicho fondo no cuenta con un rubro para cancelar sanciones por posibles moras en el pago de cesantías.

Así mismo, solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo ficto negativo derivado del silencio administrativo por parte de Nación – Ministerio de Educación Nacional, frente a la petición elevada el 19 de noviembre de 2012, mediante la cual solicitó el pago de las cesantías definitivas.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el pago de sus cesantías y así mismo, la sanción de un día de salario por cada día de retardo hasta el cumplimiento total de la obligación, con efectos desde el 13 de diciembre de 2010, e igualmente, de los intereses moratorios y la indexación.

Fundamentos fácticos[1].-

La demandante señaló que prestó sus servicios en el sector oficial como docente provisional del departamento del Tolima desde 2006 hasta 2010 y como consecuencia de haber sido retirada del servicio mediante Resolución No. 733 del 4 de mayo de 2010[2], expedida por el Secretario de Educación y Cultura del departamento del Tolima, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, a través de oficio radicado con el número 2010-CES-02877 del 16 de septiembre de 2010, cuyo reconocimiento tuvo lugar a través de la Resolución 1137 de 29 de noviembre de 2010, sin que se efectuara el pago dentro del término legal.

Indicó que debido al retardo del empleador, la docente elevó petición el 19 de noviembre de 2012 ante el Ministerio de Educación Nacional y el 20 de noviembre de la misma anualidad, ante el FOMAG y la gobernación del Tolima, en aras de obtener el pago de sus cesantías y la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006. Al respecto:

- La Secretaria de Educación Departamental del Tolima mediante Oficio No. 2012EE15770 del 21 de noviembre de 2012, indicó que (i) el pago de las cesantías estaba programado para la nómina del 10 de agosto de 2011 y que en caso de no haberlas reclamado, debería reprogramar la fecha con las Fiduciaria La Previsora y (ii) que el FOMAG no cuenta con un rubro destinado a cancelar sanciones por posibles moras en el pago.

Normas violadas y concepto de violación[3].-

Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones: artículos 2, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política; las Leyes 1437 de 2008, 244 de 1995, y 1071 de 2006.

Acusó el acto administrativo de haberse expedido con infracción de las normas en que debía fundarse (señaladas en precedencia), las cuales establecen el término para el reconocimiento de las cesantías definitivas de los servidores públicos, pues contraría el principio de legalidad del Estado Social de Derecho y el derecho al trabajo, al percibir las prestaciones económicas derivadas del servicio prestado en ejercicio de su cargo como docente.

Contestación de la demanda

Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG.

La entidad demandada se opuso a los cargos formulados contra el acto administrativo acusado, al señalar que el FOMAG reconoció en debida forma la petición del demandante y que la mora no puede hacérsele imputable, toda vez que dicha entidad no participa en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, correspondiéndole dicha facultad a las secretarías de educación,

como autoridad nominadora.

Lo anterior, en virtud de las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, las cuales descentralizaron el sector educativo y asignaron la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales a los gobernadores y alcaldes respectivos.

Indicó que la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006, aplica solo para los plazos del pago, más no para el trámite de las prestaciones pecuniarias correspondientes y que de reconocerse las pretensiones, se estaría incurriendo en un acto contrario a derecho y en un perjuicio para el patrimonio de la Nación.

Además, en el eventual caso de que dicho incumplimiento fuera del resorte de esta entidad, deberá concebirse como «interés de mora» y por lo tanto, no puede calcularse como días de salario a favor del petente, sino un equivalente a máximo 2 veces el interés bancario corriente vigente para la fecha de causación de la deuda.

Propuso como argumentos que denominó excepciones, las siguientes:

(i) Falta de legitimidad por pasiva: el FOMAG es una cuenta especial de la Nación, que no tiene personería jurídica, por lo cual, el acto demandado contiene la voluntad de la secretaría de educación territorial y no de esta entidad.

(ii) Prescripción: frente a cualquier derecho reclamado.

(iii) Ineptitud de la demanda: el acto administrativo que le negó al actor el reconocimiento de las prestaciones, no fue expedido por esta entidad.

Contestación a las excepciones[5]

El apoderado de la parte demandante contestó a las anteriores excepciones planteadas por el FOMAG, de la siguiente manera:

(i) Falta de legitimidad por pasiva: si bien, el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías está firmado por el secretario de educación departamental, también lo suscribió el coordinador del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(ii) Prescripción: no está llamada a prosperar, toda vez que los derechos reclamados se encuentran vigentes.

(iii) Ineptitud de la demanda: el acto administrativo presunto o ficto que ahora se ataca, fue producto del silencio administrativo de la entidad demandada.

Departamento del Tolima[6]

Dicha entidad solicitó la negación de las súplicas del escrito demandatorio, considerando que este ente territorial no es el encargado de reconocer y pagar la prestación solicitada, ya que dicho emolumento está a cargo del FOMAG, cuya representación está en cabeza de la Fiduciaria la Previsora S.A., por lo cual era necesario vincular a la misma, ya que es la llamada a responder por la presunta mora en el pago de las cesantías, en virtud de las obligaciones adquiridas con el fideicomitente, que para este caso es el FOMAG.

Finalmente, propuso las excepciones de:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva: esta entidad no participó en la elaboración del acto cuestionado.
- Imposibilidad legal del departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas: lo pretendido por la demandante no es competencia del departamento.
- Cobro de lo no debido: el aludido pago debe ser efectuado por otra autoridad.

Audiencia Inicial[7].

El Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo del Tolima se constituyó en audiencia pública el 13 de enero de 2014, en la cual, una vez agotado el saneamiento del proceso, resolvió sobre las excepciones previas propuestas[8] por la entidad demandada en los siguientes términos:

En cuanto a la falta de legitimación en la causa por pasiva, señaló que la misma no está llamada a prosperar, pues según el artículo 5º de la Ley 91 de 1989 y 56 de la Ley 962 de 2005, las prestaciones sociales serán pagadas por el FOMAG, mediante la aprobación del proyecto de resolución elaborado por el respectivo secretario de educación.

Sobre la ineptitud de la demanda, iteró lo manifestado respecto de la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Alegatos de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG

En su escrito de alegaciones, la entidad demandada insistió en lo manifestado en la contestación de la demanda.

Sentencia de primera instancia[10]

El Tribunal Administrativo del Tolima mediante fallo de 04 de abril de 2014, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, por cuanto:

Como cuestión previa, estableció que aunque la demandante radicó múltiples solicitudes ante el Ministerio de Educación Nacional, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la gobernación del departamento del Tolima, frente a los cuales solicitó la declaratoria de nulidad del acto ficto derivado de los silencios administrativos negativos configurados, el análisis correspondiente se debe circunscribir al Oficio No. 2012EE15770 del 21 de noviembre de 2012, suscrito por el secretario de educación departamental del Tolima, en consideración a que este último fue el que definió la situación jurídica de la actora con respecto al pago de las acreencias reclamadas, pues fue expedido por la entidad facultada legalmente para resolver dicha petición.[11]

Luego bien, después de examinar las pruebas arrojadas al proceso, encontró que a pesar de que el pago de las cesantías efectuado por la Fiduprevisora S.A., en el banco BBVA, no fue notificado a la actora, se constató efectivamente la consignación a la cuenta indicada el 10 de agosto de 2011, constituyendo así, una extinción de dicha obligación, ya que «el hecho que ella no se haya percatado del desembolso de la acreencia laboral reclamada, no implica que dichos valores no hubieren sido cancelados, máxime, cuando estos entraron a su patrimonio y estuvieron a su disposición, por lo que era un deber de la peticionaria verificar periódicamente el saldo de su cuenta para cerciorarse del pago de la prestación solicitada.»[12]

En este orden de ideas, la contestación dada mediante el Oficio No. 2012EE15770 del 2012, expedido por el secretario de educación del departamento del Tolima, estuvo ajustada a derecho, ya que la reprogramación del pago en vista del reintegro de los dineros, por no reclamación oportuna de los mismos, no constituye una negativa del pago, sino un procedimiento encaminado a velar por la seguridad de los recursos públicos.

Así entonces, le correspondía a la accionante, elevar la solicitud correspondiente y adjuntar los documentos indicados en la página web del FOMAG para obtener la consignación de sus cesantías por segunda vez.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, determinó que aunque el pago de las cesantías se efectuó, según se indicó en precedencia, este fue hecho fuera de término, teniendo en cuenta que si la radicación de la solicitud de cesantías tuvo lugar el 16 de septiembre de 2010, el pago debió hacerse máximo el 5 de enero de 2011, y el desembolso solo se dio hasta el 10 de agosto de 2011. Por lo anterior, coligió que hubo una mora de 216 días y condenó a su reconocimiento en los términos de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Finalmente, declaró que la excepción de prescripción no estaba llamada a prosperar y negó la pretensión de indexación, habida cuenta que con el monto de la sanción moratoria ya está cubierta la eventual devaluación de la suma en cuestión, en los términos de la sentencia C-448 de 1996.

Por último, condenó en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud del criterio objetivo para la imposición de las mismas, sin considerar la temeridad o mala fe de la parte vencida en el proceso.

Recursos de apelación.-

El demandante.

El apoderado judicial de la parte demandante[13] manifestó su desacuerdo frente a la decisión de primera instancia, al considerar que el a quo no tuvo en cuenta la omisión del deber de notificación del pago que en su concepto, debía realizar la Previsora, ya que este desconocimiento no permitió que la demandante se acercara al banco y por ende, la entidad pagadora procedió al reintegro de los dineros, delegando en la actora un trámite adicional innecesario, cual es la reprogramación. Por ende, solicitó que la mora se cause, no desde el 6 de enero al 9 de agosto de 2011, sino desde el 13 de diciembre de 2010, hasta que efectivamente se paguen las cesantías.

Por su parte, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio[14], se sostuvo en los argumentos planteados en la contestación de la demanda.

Concepto del Ministerio Público.-[15]

La Procuradora 3ª Delegada ante el Consejo de Estado, conceptuó favorablemente sobre la decisión adoptada por el a quo, había cuenta de la demora de la entidad, tanto para el reconocimiento, como para el pago de las cesantías de la accionante. En consecuencia, consideró que ninguno de los recursos de apelación procedía y que este alto tribunal debía confirmar en su integridad la sentencia de primera instancia.

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:

Problema jurídico.-

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

- Establecer si a la señora Herlinda Montaña Briñez, docente oficial regida por la Ley 91 de 1989, le son aplicables la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, que regulan el auxilio de cesantías en el sector público, y de ser así, desde cuando se le reconocería el pago de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías.
- Determinar si procede el reconocimiento de la sanción moratoria como consecuencia de la ausencia de notificación del hecho material que da cumplimiento al acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas, es decir, la carencia de notificación del desembolso de la suma de dinero que el ente demandado realiza en la cuenta bancaria de la actora por concepto de las cesantías reconocidas.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, 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; (vii) notificación del reconocimiento y pago de las cesantías al servidor público y (viii) Solución del caso.

Las fuentes que se tendrán en cuenta para la resolución del presente caso, son:

Constitución Política: Art. 13. Principio de igualdad; Art. 25. El trabajo como derecho y obligación; Art. 29. Debido proceso; Art. 229. Derecho acceder a la administración de justicia.

Legales: Ley 43/1975: nacionalización de la educación primaria y secundaria, Leyes 244/1995 y 1071/2006: sanción moratoria por el pago fuera de término de las cesantías de los funcionarios públicos.

También se tendrán en cuenta las sentencias que por parte de esta corporación han sido proferidas en temas como el aquí abordado.[16]

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 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 1945[17], 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.»

Posteriormente, con la expedición del Decreto 3118 de 1968[18], 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 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"[19], 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)[20] 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:

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°.- 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 1997[21], resolvió 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.

Al respecto, 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 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 administración[22].

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 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 1995[23], 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 adquiera 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 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 2006[24], 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 Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios[25] podrán solicitar el retiro parcial de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

"1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos."

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

"Artículo 4o. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la

entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

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

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

Artículo 5o. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta 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." (Negritas y subrayas fuera del texto original).

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

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

Del régimen de cesantías de los docentes.

A través de La Ley 91 de 1989[26], el Congreso de la República creó el FOMAG y determinó sus competencias frente a la Nación y a las entidades territoriales. Dice la norma:

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

1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.
2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.
3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la

Ley 43 de 1975.

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

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

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

1. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, así como los reajustes y la sustitución de pensiones son de cargo de la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional del Ahorro y en consecuencia seguirán siendo pagadas por dichas entidades, o las que hicieren sus veces.
2. Las prestaciones sociales del personal nacionalizado causadas hasta el 31 de diciembre de 1975, así como los reajustes y la sustitución de pensiones, son de cargo de las respectivas entidades territoriales o las cajas de previsión, o las entidades que hicieren sus veces, a las cuales venía 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»[27].

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»[28].

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

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

Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano tradicionalmente ha tenido como criterio de interpretación normativa, el recurso de indagar por la voluntad del legislador o el espíritu o racionalidad de la ley[29], así por ejemplo, el artículo 27, inciso 2, del Código Civil, señala que "se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento"; y en el artículo 45 de la Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, se señala, que "los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán,

y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador".

En tal virtud, se analiza la exposición de motivos del Proyecto de Ley 244 de 2005, que luego sería la Ley 1071 de 2006, "por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación", lo siguiente:

«(...) el ámbito de aplicación del proyecto de ley que pongo a su consideración, el cual cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que prestan servicios públicos y de educación. Es decir involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial.»[31]. (Se destaca).

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

Se concluye de lo hasta aquí expuesto, que la intención o voluntad del legislador, al proferir la Ley 1071 de 2006, no era la de excluir a los docentes oficiales sino equipararlos a los demás servidores públicos, al no establecer su exclusión de la norma que consagró la oportunidad para la liquidación y pago del auxilio de cesantías, que no había sido contemplada en la diversidad de regímenes laborales aplicables al magisterio los cuales hasta entonces no regulaban la sanción por mora frente al incumplimiento del empleador. Lo anterior, sin detrimento de los derechos adquiridos consignados en las disposiciones de las entidades territoriales, por lo que, en los artículos 2 y 15 de la Ley 91 de 1989 se estableció la regla según la cual, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional que habían venido gozando en cada entidad territorial y para quienes ingresaran con posterioridad a esa fecha, adoptar las disposiciones que rigen para los empleados públicos del orden nacional.

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

Antecedentes jurisprudenciales.

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

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

- Sentencia de 9 de julio de 2009, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez[32]. 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 Monsalve[33]. 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 Aranguren[34]. 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 2005[35], así como en el Decreto 2831 de 2005[36]) son diversos.
- Sentencia de 22 de enero de 2015, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez[37], en la cual se accedió al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, por cuanto la administración incumplió los plazos establecidos por el legislador la liquidación y cancelación oportuna de las cesantías reclamadas por la demandante.

En este punto la Sala considera señalar que en virtud del derecho a la igualdad y el principio in dubio pro operario, previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, respectivamente y en atención a que la Ley 244 de 1995 adicionada por la Ley 1071 de 2006 no excluyó al sector oficial docente del ámbito de aplicación, se tiene que los docentes 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-.

Al respecto, la Sección Segunda de esta Corporación mediante sentencia de unificación de 25 de agosto de agosto de 2016[38], Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, al abordar el estudio de la realidad sobre las formalidades, definió el alcance de los artículos 13 y 53 superiores, en los siguientes términos:

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

ii) El principio in dubio pro operario, conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en

el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

iii) El derecho constitucional fundamental a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política[39], en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.

iv) El principio de no regresividad, que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad[40]."

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.

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 docentes[41]. Así se observa en el ya citado, artículo 5 ibídem.

En relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Ley 43 de 1975[42], por medio de la cual se ordenó la nacionalización de la educación, proceso que consistió en trasladar de manera gradual a la Nación todos los costos que genera el servicio educativo, entre ellos, el pago de salarios y prestaciones sociales[43], señaló que quedarían automáticamente afiliados al Fondo 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 3 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 1990[44], artículos 5 a 8, 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.

No obstante lo anterior, en relación con este mismo punto, el Congreso de la República mediante el artículo 56[45] 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 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, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente interesado, según la normativa vigente[46].

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 deprecada 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 simplificar[47] una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los 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 a la Nación - 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.

Notificación del reconocimiento y pago de las cesantías al servidor público.

Mediante las precitadas Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, se fijaron los términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, y se establecieron las correspondientes sanciones en el caso de ignorar tales lapsos.

En cuanto al pago de dicha prestación social, expresaron tales cuerpos normativos en su respectivo orden, que:

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.

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. (subrayado fuera de texto).

Frente a los apartes subrayados, se colige que el legislador estableció como único trámite entre el acto administrativo de reconocimiento y el pago efectivo, la notificación del primero de ellos, cuando expresó la necesidad de que el mismo quede en firme, es decir, que su comunicación se lleve a cabo en debida forma al interesado.

Sobre la notificación de los actos administrativos, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone en su artículo 76:

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.

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 recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.

Por lo tanto, se entiende que una vez interpuestos los recursos correspondientes[48] o transcurrido el lapso de los 10 días sin que estos se hayan interpuesto, quedará en firme el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías del servidor público.

Visto lo anterior, se observa que en ningún momento se concibió un trámite adicional para el pago de las cesantías, sino simplemente la notificación abordada en precedencia.

De la solución del caso.

En el sub júdice, el a quo declaró la nulidad parcial del acto administrativo acusado y condenó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG al pago de la sanción pretendida, teniendo como período de mora el término de 216 días, contados a partir del vencimiento de los 65 días hábiles con que contaba la administración para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de la demandante (Ley 1071 de 2006), al considerar que conforme a las pruebas allegadas al expediente se acreditó que se configuró el retardo del empleador, así:

- 1 mes y 13 días para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías parciales.

- 7 meses, 4 días para el pago del valor liquidado.

El tribunal de instancia consideró que se configuró la sanción por mora desde el 06 de enero de 2011 (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 65 días que contempla la norma) hasta el 09 de agosto de 2011, día anterior a la fecha en que se realizó el pago de cesantías definitivas, de acuerdo con los términos que la Sala se permite graficar de la siguiente manera:

Ahora bien, el apoderado judicial de la parte demandante[49] manifestó su desacuerdo frente al fallo expedido, ya que no tuvo en cuenta la omisión del deber de notificación del desembolso que según él, le correspondía a la Fiduciaria La Previsora, pues este desconocimiento no permitió que la accionante se acercara al banco y por ende, la entidad pagadora procedió al reintegro de los dineros. Así mismo, señaló que la sanción de mora debía reconocerse desde el 13 de diciembre de 2010.

A su vez, el FOMAG se opuso a los cargos formulados contra el acto administrativo acusado, al señalar que reconoció en debida forma la petición de la actora y que la mora no puede hacersele imputable, toda vez que dicha entidad no participa en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, correspondiéndole dicha facultad a las secretarías de educación, como autoridad nominadora.

Indicó también, que la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006, aplica solo para los plazos del pago, más no para el trámite de las prestaciones pecuniarias correspondientes y que de reconocerse las pretensiones, se estaría incurriendo en un acto contrario a derecho y en un perjuicio para el patrimonio de la Nación.

Además, en el eventual caso de que dicho incumplimiento fuera del resorte de esta entidad, deberá concebirse como «interés de mora» y por lo tanto, no puede calcularse como días de salario, sino como un equivalente a máximo 2 veces el interés bancario corriente vigente para la fecha de causación de la deuda.

Ahora bien, considera la Sala que en virtud del derecho a la igualdad y el principio in dubio pro operario[50], y en atención a que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 no excluyeron al sector oficial docente del ámbito de aplicación, se tiene que los educadores, al igual que los demás servidores públicos, son destinatarios de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones, cuando se verifiquen los requisitos de su reconocimiento y pago.

Al respecto, la Sección Segunda de esta Corporación mediante sentencia de unificación de 25 de agosto de agosto de 2016[51], estableció que 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 Carta Superior, estos son servidores públicos.

En cuanto a los cargos señalados, la Sala analizará en el caso concreto el procedimiento efectuado para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la demandante y la eventual configuración de la sanción moratoria consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1074 de 2006. Según se observa a continuación, con la presentación de la demanda, se allegó al proceso copia de los siguientes documentos probatorios:

- Solicitud No. 2010-CES-028077 del 16 de septiembre de 2010, mediante la cual, la demandante reclamó sus cesantías ante el FOMAG[52].
- Resolución No. 1137 de 29 de noviembre de 2010[53], a través de la cual el FOMAG y la Secretaría de Educación Departamental del Tolima, reconocieron las cesantías definitivas solicitadas por un valor de \$3.803.658.
- Solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, del 17 de enero de 2013, donde la accionante afirma que la Resolución No. 1137 de 2010, fue notificada el 28 de junio de 2011.[54]

- Solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, de fecha 20 de noviembre de 2012.[55]

- Oficio No. 2012EE15770 del 21 de noviembre de 2012, expedido por el Secretario de Educación Departamental del Tolima, donde se le informa a la actora que el pago de sus cesantías fue hecho por la Fiduciaria La Previsora el 10 de agosto de 2011 y que en vista de su no reclamación, debe reprogramar el desembolso. Igualmente, que el FOMAG no cuenta con un rubro destinado al pago de sanciones derivadas de demoras en el pago de prestaciones sociales.[56]

- Oficio No. 2014EE00016230 de fecha 19 de marzo de 2014, expedido por la Fiduprevisora, donde afirmó que el desembolso de las cesantías, fue hecho el 10 de agosto de 2011 en el banco BBVA, pero que por la ausencia de cobro, se reintegró al sistema, siendo necesaria su reprogramación.[57]

En lo referente al pago de las cesantías del 10 de agosto de 2011 en el banco BBVA de la ciudad de Ibagué, el Tribunal Administrativo del Tolima, afirmó que se configuró el pago efectivo de la obligación por cuanto, habiéndose notificado la Resolución 1137 de 29 de noviembre de 2010, a través de la cual el FOMAG y la Secretaría de Educación Departamental del Tolima, reconocieron el valor de \$3.803.658[58]; no existía un trámite adicional que mediara entre ésta y el pago alegado.

Además, sostuvo que el hecho de que la actora no se percatara de dicho desembolso, no implica que la suma no haya sido cancelada, pues materialmente se produjo la consignación en la cuenta registrada para tales efectos, entrando así a su patrimonio, sin que la omisión de dicha verificación sea imputable al FOMAG, ni a la Fiduprevisora S.A.

Al respecto, la Sala considera que tal como se desprende de lo expresado en la demanda, la Resolución No. 1137 de 29 de noviembre de 2010 y el Oficio No. 2014EE00016230 de marzo de 2014 expedido por la Fiduprevisora; las cesantías reclamadas por la accionante efectivamente fueron canceladas, dado que la consignación es un hecho material que genera el cumplimiento de lo ordenado en la resolución de reconocimiento notificada el 28 de junio de 2011, sin que tuviera que existir una comunicación adicional sobre el desembolso bancario de las mismas, correspondiéndole a la actora verificar la extinción de la obligación previamente reconocida.

Así entonces, la reprogramación del pago sugerida por la Fiduprevisora en el Oficio No. 2014EE00016230 de fecha 19 de marzo de 2014, no constituye una negativa del pago de la prementada prestación social, sino un procedimiento administrativo destinado a velar eficazmente por la salvaguarda de los recursos que maneja el FOMAG.

Visto este panorama, la declaración del pago efectivo de las cesantías, se confirmará en el presente fallo, reiterándole a la accionante, que deberá reprogramar el desembolso a su banco, según las indicaciones del FOMAG y verificar la fecha en la que el mismo se realice.

Ahora bien, aunque esta Sala coincide con el Tribunal de primera instancia en el tiempo transcurrido entre i) la fecha de radicación de la solicitud, ii) la Resolución de reconocimiento y iii) el pago hecho al BBVA; discrepa en el conteo de los términos para efectos de determinar tanto la ejecutoria de la Resolución, como el inicio del periodo de mora y la consecuente aplicación de la sanción, tal como se grafica de la siguiente manera:

Término	1º instancia	2º instancia
Radicación de la solicitud	16/09/2010	16/09/2010
Vencimiento término para reconocimiento 15 días: Art. 4º L. 1071/2006	07/10/2010	07/10/2010
Vencimiento término de ejecutoria 10 días: Art. 76 CPACA	<u>14/10/2010</u>	<u>16/11/2010</u>
Vencimiento término para el pago 45 días: Art. 5º L. 1071/2006	<u>05/01/2011</u>	<u>20/01/2011</u>
Pago	10/08/2011	10/08/2011

Conforme a tal esquema, se encuentra acreditado que se configuró el retardo del empleador, así:

- 1 mes y 13 días para la expedición de la resolución de reconocimiento de las cesantías parciales.

- 6 meses, 3 semanas para el pago del valor liquidado.

Dicho análisis se puede resumir en el siguiente cuadro:

Como se observa, el a quo no tuvo en cuenta lo que dispone el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para contar el término de ejecutoria, pues lo aplicó de forma incorrecta, ya que debía ser de 10 y no de 5 días. Respecto a este, el artículo 5º de Ley 1071 de 2006, dispuso que:

«(...) 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.»

Dicha disposición, hace referencia al término de ejecutoria que para el caso deba transcurrir para que el acto administrativo quede en firme. Frente a este, el Código Contencioso Administrativo[59] establecía en su artículo 52:

«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. (...)»

No obstante, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo[60] modificó tal término[61], estableciendo que:

«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.»

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia, erró al establecer que[62]:

«(...) es evidente que el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles que tenía el Fondo para realizar el pago no empezaron a contabilizarse desde la fecha de la expedición de la resolución que lo reconoció, como pretende el Fondo accionado se (sic) haga sino desde la fecha en que de conformidad con la norma, debió expedir el acto de reconocimiento, más cinco días hábiles que corresponden a la ejecutoria (...).»[63]

En consecuencia, dicha fecha de ejecutoria se cumplió el 16 de noviembre de 2010 y no el 14 de octubre de 2010, como lo sugirió el Tribunal de instancia.

Por otra parte, aunque el fallador de instancia estipuló como fecha de inicio para contabilizar el periodo de mora el 5 de enero de 2011, esta Sala determina que el mismo surgió el 21 de enero de 2011, habida cuenta de que los 45 días que menciona la Ley 1071 de 2006 se cumplían el 20 de enero de 2011.

Ahora bien, aunque en principio, dicha fecha es la apropiada para comenzar a contabilizar la mora, este despacho se permite traer a colación la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado que aclaró a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, en los siguientes términos[64]:

"Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

(...)

Ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante." (subrayado fuera de texto).

Observa esta Corporación, que aunque el a quo citó a folio 16 del fallo[65] la antedicha providencia, no le dio aplicación a la misma, para efectos del conteo pertinente en el caso objeto de estudio, derivado de la demora de la administración para el reconocimiento de la mentada prestación social.

Por lo anterior, se aclara que la sanción debería aplicarse desde la fecha de radicación de la solicitud, esto es, el 16 de septiembre de 2010.

No obstante lo planteado, ante la imposibilidad de emitir un fallo que vaya más allá de lo solicitado (sentencia ultrapetita)[66], la orden de reconocimiento y pago de la aludida sanción moratoria, solo irá desde el periodo comprendido entre 13 de diciembre de 2010 y el 09 de agosto de 2011 (un día antes del pago), de acuerdo con lo manifestado en el escrito demandatorio[67] y el recurso de alzada[68], y no desde el 16 de septiembre de 2010, tal como se calculó en precedencia.

Además, debe tenerse en cuenta que el Medio de Control de Nulidad es objetivo, en tanto se ejerce contra actos de contenido general, mientras que el Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho está orientado a impugnar actos que afectan derechos subjetivos o particulares, por lo cual, la sentencia que concede debe limitarse al restablecimiento solicitado por el actor, no estándole permitido, ir más allá de las pretensiones.

Por otro lado, la sanción moratoria objeto de controversia, está concebida a título de sanción excepcional, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación sin que por ello dicha condena sea accesoria a las mismas, ni dependa de su reconocimiento.

De esta forma, se aprecia una mora de 7 meses y 4 semanas, es decir, 240 días, (del 13 de diciembre de 2010 al 09 de agosto de 2011) los cuales, deben multiplicarse por el salario diario legal mensual vigente de la demandante, de acuerdo a lo estipulado por las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que para el caso, fue el que percibió en el año 2010, de conformidad con la Resolución 1137 de 2010.

Por otro lado, en cuanto a los cargos elevados en el recurso de apelación del FOMAG, referidos a que esta entidad reconoció en debida forma la petición de la demandante y que la mora no puede hacérsele imputable, toda vez que la misma no participa en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, correspondiéndole dicha facultad a las secretarías de educación; es pertinente indicar que el FOMAG es el único llamado a responder por la sanción moratoria reclamada por el actor, dado que aunque intervinieron otras personas jurídicas, esto no las hace responsables, habida cuenta de que tratándose de controversias relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, corresponde a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG, por ser en cabeza de quien se encuentra el patrimonio autónomo creado por la ley, 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.

También alegó la entidad demandada, que la sanción de la Ley 1071 de 2006, aplica solo para los plazos del pago, más no para el trámite de las prestaciones pecuniarias correspondientes.

Frente a este discernimiento, debe precisarse que tal como quedó despejado con la Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 27 de marzo de 2007; ante la demora de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas solicitadas (trámite de las prestaciones), debe aplicarse la sanción de mora, desde la fecha de radicación de la solicitud para

que la norma tenga efecto útil y así hacer cierta la capacidad conminatoria de la sanción prevista, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público, sería inane dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción.

Además, expresó que de concederse las pretensiones de la demanda de la señora Montaña Briñez, se estaría incurriendo en un acto contrario a derecho y en un perjuicio para el patrimonio de la Nación.

La Sala considera que tal afirmación no tiene asidero alguno, ya que como se ha expuesto ampliamente, la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías, se deriva de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por lo que aplicarla cuando sea procedente, sería una consecuencia lógica y ajustada a derecho.

El FOMAG agregó que en el eventual caso de que la sanción moratoria que se llegase a decretar, fuera de su resorte, debería concebirse como un «interés de mora» y por lo tanto, no podría calcularse como días de salario, sino como un equivalente a máximo 2 veces el interés bancario corriente vigente para la fecha de causación de la deuda.

En relación con esto, la Sala se permite recordar que la normatividad eiusdem establece taxativamente que:

«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.» (subrayado fuera de texto).

Por lo cual, dicho cargo tampoco está llamado a prosperar en este análisis de segunda instancia.

Así las cosas, la Sala con fundamento en los argumentos expuestos revocará parcialmente la sentencia de 04 de abril de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en tanto accedió parcialmente a la nulidad pretendida por la señora Herlinda Montaña Briñez y declaró el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, a cargo de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, modificando el periodo que debe serle reconocido a la actora, como sanción moratoria, el cual iría desde el 13 de diciembre de 2010, hasta el 09 de agosto de 2011 (un día antes del pago) y no del 06 de enero de 2011 al 09 de agosto de 2011.

Ahora bien, se observa que el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia objeto del recurso de apelación, condenó en costas[69] a la parte vencida en el proceso.

Al respecto, la Sala debe reiterar lo expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda[70] 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.

En el caso, la Sala observa que el a quo acogió el criterio objetivo para la imposición de las costas, desconociendo las circunstancias de comprobación de las mismas, sin que esta sea la concepción aplicable actualmente. Por ello, se revocará este aparte de la sentencia apelada.

Por consiguiente, se revocará también el numeral cuarto 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,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR parcialmente la sentencia de 04 de abril de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se declaró la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2012EE15770 del 21 de noviembre de 2012, expedido por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se declaró el reconocimiento y pago de una sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas a la señora Herlinda Montaña Briñez.

SEGUNDO: modificar el numeral segundo de la sentencia recurrida en cuanto a RECONOCER y PAGAR a favor de la señora Herlinda Montaña Briñez la sanción moratoria a cargo de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, correspondiente al periodo comprendido entre el 13 de diciembre de 2010 y el 09 de agosto de 2011, según el salario devengado en su último año de servicios, esto es, 2010.

TERCERO: REVOCAR el numeral cuarto de la aludida sentencia y en su lugar, DECLARAR 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.

CUARTO. RECONOCER personería a la abogada Luisa Fernanda Fernández Castellanos, identificada con Cédula de Ciudadanía N° 1.014.235.649 de Bogotá y Tarjeta Profesional N° 262.670 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; en virtud del escrito visible a folios 304 a 312 del expediente.

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

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

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

[1] Folios 56 a 65 del plenario.

[2] Folio 133: fue declarada insubsistente, en virtud del concurso de méritos de docentes y directivos docentes según la convocatoria No. 108 de 2009, mediante el cual se nombró en periodo de prueba a la señora Diana Maryori Cossio Ospina.

[3] Folios 57 a 72 del expediente.

[4] Folios 85 a 89 del expediente.

[5] Folios 93 a 94.

[6] Folios 126 a 130

[7] Folios 166 a 178 y CD que obra a folio 159 del expediente.

[8] Indicó que en cuanto a la "imposibilidad legal del departamento para acceder a lo pretendido por inaplicación de las normas" y el "cobro de lo no debido", se resolverían con el fondo del asunto.

[9] Folios 206 a 208.

[10] Folios 214 a 234.

[11] Ley 91 de 1989: Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

[12] Folio 228.

[13] Folios 241 a 243 del plenario.

[14] Folios 244 a 246.

[15] Folios 293 a 300.

[16] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 9 de julio de 2009. C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez: 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

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 25 de julio de 2013. C.P.: Gerardo Arenas Monsalve: 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.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 19 de enero de 2015. C.P.: Gustavo

Eduardo Gómez Aranguren: 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 2005, así como en el Decreto 2831 de 2005) son diversos.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de enero de 2015. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez: 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.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia CE-SUJ2-005-16. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter: 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.

[17] "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo".

[18] "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".

[19] Publicada en el Diario Oficial No. 42.951 de 31 de diciembre de 1996.

[20] Excepto el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

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

[22] "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."

[23] "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."

[24] "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".

[25] 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.

[26] "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio."

[27] Se subraya.

[28] Destacado por la Sala.

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

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

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

[32] Expediente 0672-07.

[33] Expediente 1872-12.

[34] Expediente 4400-13.

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

(...)

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

[36] "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."

[37] Expediente 0271-14.

[38] Sentencia CE-SUJ2-005-16. Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15).

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

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

[41] "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."

[42] "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."

[43] El artículo 1 de la Ley 43 de 1975, señala, que "La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación. En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley."

[44] "Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de que trata la Ley 91 de 1989."

[45] **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.

[46] En este mismo sentido pueden verse las sentencias de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008 y 14 de febrero de 2013. Rad. 1048-2012. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

[47] 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."

[48] Más el tiempo en que tardan en resolverse.

[49] Folios 241 a 243 del plenario.

[50] Previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, respectivamente.

[51] Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

[52] Aunque dicha solicitud no obra en el expediente, en la Resolución 1137 de 29 de noviembre de 2010, mediante la cual le reconocen sus cesantías, la citan. Así mismo, ninguna de las partes puso en controversia la existencia de dicha petición.

[53] Folios 37 a 38.

[54] Folios 24 a 32, hecho 2°.

[55] Folios 10 a 11.

[56] Folio 36.

[57] Folio 205.

[58] Folios 24 a 32, hecho 2°: Solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación Delegada en Materia Administrativa, de fecha 17 de enero de 2013, donde la accionante afirma que la Resolución No. 1137 de 2010, fue notificada el 28 de junio de 2011.

[59] Decreto 01 de 1984.

[60] Ley 1437 de 2011.

[61] "El término para la interposición de los recursos en sede administrativa se duplicó, toda vez que el artículo 51 CCA establecía una precaria oportunidad de cinco (5) días para el efecto." Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo comentado y concordado, Jose Luis Benavides, Universidad Externado de Colombia, pág. 181, Bogotá, 2013.

[62] El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entró en vigencia a partir del 2 de julio de 2012, según su artículo 308 y el proceso objeto de controversia tuvo como fecha de admisión de la demanda el 30 de abril de 2013, por lo tanto, le es aplicable dicha normatividad.

[63] Folio 16 de la sentencia y 229 del expediente.

[64] CONSEJO DE ESTADO SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE Bogotá D. C., veintisiete (27) de marzo de dos mil siete (2007) Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ) Actor: JOSE BOLIVAR CAICEDO RUIZ Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

[65] Folio 229 del expediente.

[66] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Bogotá D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil diez (2010) Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ Radicación número: 13001123-31-000-1999-90004-01(16605) Actor: CONSTRUCTORA LA VIVIENDA S. A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

[67] Folio 57 condena No 2.

[68] Folios 241-242.

[69] 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).

[70] 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.



