



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

## MEMORANDO

RADICACIÓN CORRESPONDENCIA INTERNA	
	I-2016-47408
Fecha	12-08-2016
No. Referencia	

**DE:** **HEYBY POVEDA FERRO**  
Jefe Oficina Asesora Jurídica

**PARA:** **JANINE PARADA NUVAN**  
Profesional Especializado  
Dirección de Talento Humano

**ASUNTO:** Concepto sobre procedibilidad de expedición por parte de la SED de acto administrativo de reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías

**REFERENCIA:** Radicado I-2016-35079 del 14/06/2016

De conformidad con su consulta del asunto, elevada mediante el radicado de la referencia, este despacho procederá a emitir concepto, de acuerdo a sus funciones establecidas los literales A y B<sup>1</sup> del artículo 8 del Decreto Distrital 330 de 2008, y en los términos del artículo 28 del CPACA, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

### 1. Consultas.

- 1.1.** ¿Debe la SED expedir acto administrativo de reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, cuando dicha sanción se impone por sentencia judicial?
- 1.2.** ¿Es aplicable el procedimiento establecido en el Decreto Nacional 2831 de 2005 al cumplimiento de las sentencias de los procesos ejecutivos laborales que condenan a la sanción por mora en el pago de las cesantías al personal docente?

### 2. Marco jurídico.

Ley 115 de 1994<sup>2</sup>

Ley 244 de 1995

Ley 715 de 2001<sup>3</sup>

Ley 1071 de 2006

Decreto Único Reglamentario del Sector Educativo<sup>4</sup> (DURSE)

Jurisprudencia Contencioso Administrativa sobre pago de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías al personal docente

<sup>1</sup> Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

A. Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.

B. Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos."

<sup>2</sup> "Por la cual se expide la ley general de educación."

<sup>3</sup> "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros."

<sup>4</sup> Decreto Nacional 1075 de 2015.

### 3. Tesis jurídicas.

Para responder las consultas, se analizarán los siguientes temas: **i)** jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías del personal docente; **ii)** eventos en los cuales la discusión sobre cesantías y sanción moratoria se ventila en la jurisdicción contencioso administrativa; **iii)** concepto de cesantías; **iv)** naturaleza jurídica de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías; **v)** sanción por mora en el pago de cesantías no procede si fueron reconocidas en sentencia judicial; **vi)** responsable del pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías al personal docente; **vii)** naturaleza de las obligaciones laborales que se deben pagar con recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **viii)** vinculación de las secretarías de educación territoriales a los procesos judiciales sobre reconocimiento y pago de sanción moratoria de cesantías; **ix)** conclusiones; y finalmente, se dará respuesta a las consultas.

### 4. Análisis jurídico.

#### 4.1. Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías del personal docente.

En una muy reciente sentencia de tutela, relativa al reconocimiento de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías de unos docentes, el Consejo de Estado reconoció que esa corporación no cuenta con una jurisprudencia unificada en torno al tema, frente a lo cual sugirió que en esos casos el ordenamiento jurídico ha previsto un recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia, conforme a los dictados del artículo 256 del CPACA. En dicha providencia, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo discurrió así:

“No obstante lo ya resuelto, reconoce la Sala que lo que conllevó a interponer la presente acción de tutela, a parte de la inconformidad frente a la posición adoptada por el Tribunal Administrativo del Tolima, es el hecho de que **actualmente el Consejo de Estado como órgano de cierre de lo contencioso, no cuenta con una posición unificada acerca del derecho que les asiste o no a los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria.**”

Al respecto, se advierte que **ante situaciones como la** que se presenta en el caso bajo estudio, esto es, la **existencia de posiciones distintas frente a una misma problemática al interior del Consejo de Estado, el legislador previó para ello el recurso extraordinario de la Unificación de Jurisprudencia a la luz del artículo 256 de la Ley 1437 de 2011,** que señala:

**"Artículo 256. Fines.** El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales".

Cuya competencia, recae exclusivamente en el Consejo de Estado, en ejercicio de sus propias atribuciones constitucionales, como tribunal supremo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>5</sup>, de conformidad con la competencia asignada a la Sección Segunda, por el artículo 271 Ibídem. Dice la norma:

(...)

<sup>5</sup> Numeral 1 del artículo 237 constitucional.

De acuerdo con la normatividad que antecede, el Juez competente para decidir acerca de una posible unificación de jurisprudencia es el Consejo de Estado, como Juez Supremo de lo contencioso administrativo, razón por la cual, el juez de tutela no puede intervenir en asuntos que, legalmente, no son de su competencia, situación que conlleva a concluir, que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para decidir dentro de **asuntos, respecto de los cuales existen diversas posturas, como es el caso del reconocimiento o no de la sanción moratoria en favor de los docentes oficiales.**<sup>6</sup>

## 4.2. Eventos en los cuales la discusión sobre cesantías y sanción moratoria se ventila en la jurisdicción contencioso administrativa.

El Consejo de Estado ha aclarado que la demanda que pretende la nulidad del acto administrativo que niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías es competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; mientras que si existe acto administrativo de reconocimiento de la sanción moratoria, el conocimiento del proceso ejecutivo para hacer efectivo dicho pago es de la justicia ordinaria laboral, conforme a la jurisprudencia unificada de la Sala Plena desde el año 2007<sup>7</sup>, de acuerdo con la cual, en los eventos en que se reconocen las

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-15-000-2016-00789-00(AC) del 16/05/2016.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ) del 27/03/2007. Cuya parte pertinente establece lo siguiente:

"(...) El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6 de 1945 que, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de sueldo por cada año de servicios. La Ley 65 de 1946, en el artículo 1º, consagró tal derecho a favor de todos los servidores públicos. El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación. El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso 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 liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador. En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3º de la Ley 41 de 1975. Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la rama ejecutiva nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. Este nuevo régimen previó, para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria, el pago de intereses a cargo del Fondo Nacional del Ahorro. En el orden territorial el auxilio de la cesantía continuó bajo los parámetros de la Ley 6 de 1945, del Decreto 2767 de 1945, de la Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva. A partir de la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital). Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990. El Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998. Por su parte la Ley 244 de 1995 fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación. En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

(...)  
"Conforme al texto de la Ley 244 de 1995, se presentan varias hipótesis, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, respecto de la indemnización moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas: a) La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías. b) La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga. c) La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías. En este caso pueden ocurrir posibilidades: c.1) Las reconoce oportunamente pero no las paga. c.2) Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente. c.3) Las reconoce extemporáneamente y no las paga. c.4) Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente. d) Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido. La vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, en estos eventos procede la ejecución del título complejo. Ahora, la acción de grupo no es la vía idónea para reclamar la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas toda vez que su finalidad es indemnizatoria. En conclusión: 1) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. 2) Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía. 3) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva. 4) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. Finalmente, en atención a que en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, instrumento que ahora se considera improcedente, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.

(...)

cesantías oportunamente pero no las pagan; se reconocen oportunamente pero las pagan tardíamente; se reconocen extemporáneamente y no las pagan; se reconocen extemporáneamente y las pagan tardíamente, entre otros, la vía procesal adecuada para discutirlo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, cuando existe certeza del derecho y la sanción, la vía es el proceso ejecutivo laboral, porque hay título ejecutivo.

En síntesis, la competencia para conocer del pago de la sanción moratoria, radica en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, salvo que el empleado tenga en su poder tanto el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y el que le reconoce la indemnización moratoria, evento en el cual debe acudir ante la jurisdicción ordinaria, pues, de no ser así, se debe dirigir a la administración para provocar la decisión de ésta referida al reconocimiento o no de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, según lo dispuesto por las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, ya que, para que haya certeza sobre la obligación no basta que la ley disponga el pago de la sanción moratoria, porque ella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas pero no el título ejecutivo, el cual se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración. Por tanto, el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo.

### 4.3. Concepto de cesantías<sup>8</sup>.

Las cesantías son una prestación social consistente en el valor de un mes de sueldo por cada año de servicio continuo o discontinuo y proporcionalmente por fracciones de año laboradas.

Se trata sin duda de una figura jurídica que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro, en el caso del pago parcial de cesantías, permitir al trabajador y su familia satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.<sup>9</sup>

---

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, reconocimiento de sanción moratoria, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. En este caso la obligación debe reunir los requisitos previstos en los artículos 100 y siguientes del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, esto es, ser expresa, clara, exigible y constar en documento que provenga del deudor o de su causante pues el fundamento del proceso ejecutivo es la certeza sobre la existencia de la obligación. Para que exista certeza sobre la obligación no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción moratoria, aquella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas mas no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración. En este caso el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que le sirva de título ejecutivo ante la Jurisdicción Laboral, no ante los jueces administrativos, porque el artículo 134 B-7, adicionado por la Ley 446 de 1998, artículo 42, sólo les otorgó competencia a éstos para conocer de los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por esta jurisdicción, mientras que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, le adjudica competencia general a la jurisdicción laboral ordinaria para "la ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad". También constituye título ejecutivo, cuyo pago deberá reclamarse ante la jurisdicción ordinaria, el acto por el cual la administración reconoce en favor del peticionario una suma de dinero por concepto de sanción moratoria. Aquí igualmente se trata de la simple ejecución de una acreencia laboral respecto de la cual no versa discusión alguna (...)" (Subrayado y negrita fuera de texto)

<sup>8</sup> Fundamento legal: Ley 6 de 1945 (art. 17), Decreto Nacional 2567 de 1946, Ley 65 de 1946 (arts. 1 y 2), Decreto Nacional 1160 de 1947, Decreto Ley 1045 de 1978 (arts. 40, 42, 45 y concordantes), Ley 50 de 1990 (arts. 99, 102 y 104 y concordantes), Ley 244 de 1995, Ley 344 de 1996 (arts. 13 y 14), Ley 432 de 1998, Decreto Nacional 1582 de 1998, Decreto Nacional 1453 de 1998, Decreto Nacional 2712 de 1999, Decreto Nacional 1252 de 2000, Ley 1071 de 2006, Ley 1064 de 2006 (art.4).

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-661 de 1997.

Anticipo sobre las cesantías. A pesar de que la naturaleza de las cesantías implica que su causación se da al término de la relación laboral (independientemente de su régimen de liquidación), pues las mismas están orientadas a lograr el sostenimiento del empleado en caso de quedar cesante o fuera de la vida laboral, el legislador contempló la posibilidad de realizar anticipos sobre las mismas con destinación específica, según el caso.

En ese orden de ideas, conforme a la Ley 1071 de 2006, puede autorizarse el anticipo sobre las cesantías para: i) compra y adquisición de vivienda; ii) construcción de vivienda; iii) reparación de vivienda, iv) ampliación de vivienda, v) liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente, vi) estudios, ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos y vii) los servidores afiliados al Fondo Nacional el Ahorro (FNA) pueden además solicitar un anticipo sobre las cesantías para compra de lote para edificar la vivienda o amortización de crédito otorgado por el FNA.

Debe recordarse que el pago de saldos pendientes de cesantías o intereses de cesantías que no se hayan consignado en el fondo privado, se pueden pagar directamente al funcionario en la liquidación definitiva al momento del retiro<sup>10</sup>.

Finalmente, la Corte Constitucional en la sentencia C-823 de 2006, refirió a la naturaleza jurídica, significado e importancia de la cesantía como prestación social, así:

“La concepción sobre la naturaleza jurídica de esta prestación ha variado, a través de las diversas legislaciones que han regido la materia. Así, conforme a la Ley 10 de 1934, que estableció este auxilio para los empleados del sector privado, se le imprimió un carácter indemnizatorio que operaba por despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato, comprobados.

La ley 6ª de 1945, extendió el auxilio de cesantías a los obreros pertenecientes al sector privado, y a todos los trabajadores oficiales de carácter permanente, manteniendo su carácter indemnizatorio.

La Corte Suprema de Justicia así lo entendió, en su momento, al reconocer el correlativo efecto sancionador para el empleador en caso de despido injusto: ‘Su razón de ser – del auxilio de cesantía – era en primer término la de estabilizar al trabajador en su cargo y aparece como una especie de sanción para el patrono que despidiera sin justa razón a su empleador’.

La ley 65 de 1946, replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que éste auxilio debe ser pagado cualquiera que fuese el motivo del retiro. De esta forma se despojó de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una prestación social. Éste es el carácter que le atribuye el Decreto 2663 de 1950, mediante el cual se sancionó el Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por la Ley 141 de 1961, que en el capítulo VII regula el auxilio de cesantía, como un aparte del título VIII, relativo a las ‘Prestaciones Patronales Comunes’.

Bajo esta concepción el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada.”

<sup>10</sup> Departamento Administrativo de la Función Pública, concepto marco de prestaciones sociales de los empleados públicos del 15/12/2014.

## 4.4. Naturaleza jurídica de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías.

### 4.4.1. Concepto de prestaciones sociales.

En diversos pronunciamientos de esta Oficina, se ha expuesto el concepto de prestaciones sociales a la luz de la jurisprudencia<sup>11</sup> y la doctrina<sup>12</sup> transcritos, podemos arribar a la conclusión que, las prestaciones sociales son servicios, dinero u otros beneficios que no retribuyen directamente el servicio prestado pero con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida una persona a lo largo de una relación laboral con su empleador, v. gr., desocupación, de salud, de vida, de la integridad física, de la pérdida de la fuerza de trabajo, etc. Claro ejemplo de lo anterior son las cesantías, definidas como ya se dijo, como un emolumento que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro, en el caso del pago parcial de cesantías, permitir al trabajador y su familia satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.

<sup>11</sup> La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>11</sup> en sentencia del 18/07/1985 estableció el concepto de prestaciones sociales como:

**"Prestación social es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, en especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la Ley o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecidos en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono para cubrir los riesgos o necesidades que se originan durante la relación de trabajo; se diferencia del salario en que no es retributiva de los servicios prestados y de las indemnizaciones laborales en que no repara perjuicios causados por el patrono. En ocasiones la Ley califica de prestación social lo que no lo es por naturaleza, y no lo hace de lo que si la tiene, dándole en este último caso una denominación diferente"** (Destacado nuestro)

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto 839 del 21/06/1996, estableció las diferencias más significativas entre salario y prestación social de la siguiente manera:

**"Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el legislador "para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo", según la Corte Suprema de Justicia, estando representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora a un empleador. Se diferencia del salario, sustancialmente, en que no tienen carácter retributivo o remuneratorio por los servicios prestados, pues el derecho a ellas surge en razón de la relación laboral y con el fin de cubrir riesgos o necesidades. Sin embargo, la ley no siempre es precisa al calificar las prestaciones sociales o la institución salarial".**

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia 50422-23-31-000-961-866-01(2013-2001) del 09/11/2001, respecto a las prestaciones sociales afirmó:

**"Las prestaciones sociales, por su parte, han sido establecidas por el legislador "para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo", están representadas por dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador. Se diferencian del salario, sustancialmente, en que no tienen carácter habitual u ordinario, su reconocimiento es por consiguiente ocasional y procede siempre que se subsuman las condiciones de tiempo de servicio."**

Finalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia 050012331000200405402-01(2085-2010) del 30/01/2014, estableció que las prestaciones sociales a diferencia del salario, han sido establecidas por el legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador originadas a lo largo de la relación laboral que no retribuyen directamente el servicio prestado:

**Ahora bien, las prestaciones sociales a diferencia del salario, han sido establecidas por el legislador para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador originadas a lo largo de la relación laboral que no retribuyen directamente el servicio prestado. Estas pueden estar representadas en dinero, servicios u otros beneficios con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador.**

La Honorable Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias sobre el tema, las ha definido como aquello que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono; para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma.<sup>11</sup>

**El artículo 14° del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 5° del Decreto 1045 de 1978, reformados por la Ley 100 de 1993, enumeran las siguientes:** "asistencia médica, auxilio por enfermedad, indemnización por accidente de trabajo, enfermedad profesional, auxilio de maternidad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantía, pensión de jubilación, pensión de invalidez, pensión de retiro por vejez, auxilio funerario, seguro por muerte", unas prestaciones están a cargo del patrono y otras de la seguridad social. (Negritas y subrayado fuera de texto)

<sup>12</sup> El maestro Gerardo Arenas Monsalve<sup>12</sup> establece los siguientes parámetros diferenciales entre el salario y las prestaciones sociales:

a. El salario se constituye frente a casos particulares y concretos atendiendo el factor objetivo o subjetivo y en algunos casos, los dos. Cuando se refiere al factor objetivo, el salario se establece según la responsabilidad y/o complejidad del cargo o empleo. Si es por el subjetivo, se atienden circunstancias tales como la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado.

Las prestaciones sociales por el contrario, no se reconocen por criterios particulares y concretos, sino por aspectos generales dado que se conceden en relación con todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos.

b. El salario es una retribución habitual y periódica por los servicios realizados.

Las prestaciones sociales en cambio buscan cubrir los riesgos, necesidades o contingencias del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma; es un mecanismo protector conforme a las causas productoras de las necesidades.

#### 4.4.2. Concepto de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías.

Respecto de la naturaleza de la sanción moratoria, en la ya referida sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>13</sup> se señaló lo siguiente:

“Por su parte la Ley 244 de 1995 fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y **pago de las cesantías definitivas** de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en el pago de dicha prestación.

La finalidad del legislador al establecer una sanción por el retardo en el pago de las cesantías definitivas quedó configurada en la exposición de motivos, en la cual el ponente del proyecto manifestó:

“...la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.

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

En este sentido cabe afirmar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías **definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores**<sup>14</sup>. (Negrilla fuera de texto)

A partir de la cita transcrita es posible sacar las siguientes conclusiones relativas a los fines de la sanción moratoria, a partir de la exposición de motivos de la Ley 244 de 1995 y del texto mismo de la sentencia:

1. En la norma se fijan términos para la liquidación, reconocimiento y **pago de cesantías definitivas**.
2. La sanción moratoria se consagró con el fin de **conminar a las entidades encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías**, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la demora en el citado pago.
3. Por otra parte, en el momento de recibir el pago efectivo de la prestación social, únicamente se pagaba lo certificado por la entidad pagadora meses o años atrás, **cuando el dinero había perdido su poder adquisitivo**.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ) del 27/03/2007.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 27 de marzo de 2007, Expediente No. IJ 2000-2513, Magistrado Ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.



4. De acuerdo con lo anterior, la disposición buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar el retardo en el citado pago y sus consecuencias desfavorables para el trabajador<sup>15</sup>.

La jurisprudencia del Consejo de Estado igualmente ha caracterizado la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías como una multa a favor del trabajador y en contra del empleador estatuida con el objeto de reparar los daños causados al primero por el incumplimiento en el plazo de pago de las mismas, veamos:

“La indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, como ya se anunció, es una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía en los términos de la citada Ley.”<sup>16</sup>

Por su parte, la Corte constitucional ha dispuesto en su jurisprudencia que la sanción moratoria es una penalización pecuniaria que se impone a la Administración en atención a su ineficiencia en el pago de las cesantías y por ende, su monto es superior a la indexación, pues no se trata ni siquiera de una protección del valor adquisitivo del dinero o indexación propiamente dicha, de allí que su valor sea incluso superior.

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

Este criterio ya había sido establecido por la Corte Suprema de Justicia y había sido acogido por la Corte Constitucional en anteriores decisiones.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 19001-23-31-000-2010-00200-01(3988-13) del 21/04/2016.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06) del 06/03/2008.

#### 4.4.3. Conclusión.

En conclusión, vistos los conceptos de prestaciones sociales y sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías es forzoso concluir que la última no es una especie del género de las primeras, pues dicha sanción no busca resguardar al trabajador de las eventualidades a los que puede verse sometido durante una relación laboral, v. gr., desocupación, de salud, de vida, de la integridad física, de la pérdida de la fuerza de trabajo, etc., sino que se erige como una penalidad económica contra el Estado por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público por los perjuicios derivados del retardo en dicho pago.

#### 4.5. Sanción por mora en el pago de cesantías no procede si fueron reconocidas en sentencia judicial.

En atención al tema objeto de este concepto, es pertinente también precisar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la sanción moratoria en pago de cesantías resulta improcedente si las mismas fueron reconocidas en una sentencia judicial, pues en este evento, el pago y acatamiento de la sentencia e incluso las sanciones por incumplimiento o mora, están sometidos a los términos que la ley dispone para el cumplimiento de las providencias judiciales más no para el pago de las cesantías propiamente dichas. Veamos:

Una vez aclarados los anteriores aspectos de la sanción moratoria, esta Sala de Subsección deberá a entrar a estudiar la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán para efectos de determinar qué obligaciones surgieron para el Municipio de Popayán en virtud de la misma.

(...)

Tal como se señaló previamente, la sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías definitivas, prevista en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, está concebida para aquellos casos en que la administración, una vez terminada la relación laboral con un servidor, desconoce los términos allí previstos para la liquidación y consignación de las mismas y, en el caso de autos, en modo alguno se alega que la sanción se pretenda respecto de las cesantías definitivas causadas a favor del demandante, a raíz de la terminación de su relación laboral con el municipio de Popayán, con ocasión de la supresión de su empleo.

Lo que el demandante pretende en este caso, es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que, a su juicio, surge por la mora en la consignación de las cesantías presuntamente ordenadas por sentencia judicial producto de la condena que el Tribunal Superior del Cauca impuso a cargo del municipio de Popayán y a su favor.

No obstante, y a pesar de que la condena anteriormente citada tenga por objeto el pago de las sumas que conciernen a salarios y prestaciones sociales dejados de recibir a causa de la terminación de la relación laboral, ello no implica que por corresponder a obligaciones de esa naturaleza, deban ser reconocidos y pagados en los términos que la ley dispone para ese tipo de obligaciones dentro del devenir de la relación laboral, pues **es evidente que al haberse reconocido tales conceptos dentro de una orden judicial, el pago y acatamiento de la sentencia e incluso las sanciones por incumplimiento o mora, están sometidos a los términos que la ley dispone para el cumplimiento de la sentencia.**

La **Ley 244 de 1995** es precisa en fijar los términos con que cuenta el empleador para expedir el acto administrativo y pagar las cesantías definitivas a sus trabajadores cuando termina la relación laboral, pero **en modo alguno esa disposición puede hacerse extensiva a las cesantías que se ordenan pagar en una sentencia judicial, pues aunque tal decisión haya prolongado en el tiempo la relación laboral y, en casos como el del actor, modifique la fecha de finalización de la misma, los valores que surgen del cumplimiento de la sentencia están sometidos a la norma contenida en el artículo 408 del Código Sustantivo del Trabajo, tal como se señaló en la presente sentencia.**

**Esta Corporación ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a reclamaciones de sanción moratoria de cesantías, con ocasión de aquellas que se ordenan en sentencia judicial. Así ha discurrido:**

“La **SANCIÓN MORATORIA** tiene causa diferente al incumplimiento que ahora se predica respecto de una condena judicial, en esa medida, mal haría en reconocerse la sanción moratoria, cuando en la decisión **contenida en la sentencia de reintegro**, no solo se ordenó el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales, sino como es lógico la actualización<sup>1718</sup> de las sumas y en el proceso ejecutivo para hacer cumplir el fallo judicial, se ordenó el pago de las cesantías, con los intereses y rendimientos del caso, además del pago de intereses comerciales y moratorios de las prestaciones sociales adeudadas, tal como se puede verificar en el auto que libra mandamiento de pago No 332 y en la providencia No. 574 que parcialmente lo repone, a literal G) y numeral 5°.

De las piezas procesales del ejecutivo, allegadas a este expediente, se observa que el actor presentó liquidaciones del crédito y actualización de la condena, en la que incluyó las cesantías y los intereses moratorios de las mismas, las que fueron aprobadas tal como se deduce de los mismos escritos (folios 92-153, 160, 207, 209-230, 263 del cuaderno 3).

La Ley estableció la forma en que se contrarresta el perjuicio causado por la administración pública cuando incumple las condenas y así dentro de los conceptos incluidos se encuentren las cesantías, no se contempló la sanción contenida en la Ley 50 de 1990.

Bajo los anteriores razonamientos no existe una violación del artículo 99 numeral 3° de la Ley 50 de 1990, **porque la situación fáctica del actor no encuadra dentro la norma**<sup>19</sup>.

**Con las consideraciones expuestas, es evidente que la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, en modo alguno es aplicable a la demora en que incurra la administración, con ocasión del pago de cesantías ordenadas por sentencia judicial, no sólo porque el literal de la norma no permite hacer extensiva la sanción a esas situaciones, sino porque el cumplimiento de las sentencias judiciales, tiene en la ley términos y sanciones que en forma especial lo rigen.**” (Negritas y subrayado fuera de texto)

Hecha la aclaración anterior, es procedente determinar entonces de qué patrimonio deben salir los dineros necesarios para pagar la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías del personal docente y por ende, a quién le corresponde proferir el acto administrativo correspondiente de reconocimiento y pago de la misma.

<sup>17</sup> La Corporación ha venido señalando que el ajuste de las sentencias condenatorias obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que en tratándose de servidores del Estado, disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos, por lo que la indexación es un acto de equidad, cuya aplicación se sustenta además en el artículo 230 de la Constitución Política. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO. Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00048-00(2106). Actor: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 3 de septiembre del 2009. Expediente 2001-03173. Se advierte que esta Corporación ha señalado que no procede de manera concomitante el reconocimiento del pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 177 del C.C.A y la actualización de sumas líquidas de dinero, por cuanto son incompatibles.

<sup>19</sup> Sentencia de 15 de agosto de 2013, Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00636-01(0342-12), Consejero Ponente Alfonso Vargas Rincón.

#### 4.6. Responsable del pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías al personal docente.

Según la Corte Constitucional<sup>20</sup>, desde la exposición de motivos del proyecto de Ley 244 de 1995, fue clara la finalidad de dicha iniciativa legislativa en desarrollar el inciso final del artículo 53 de la C.P., pues los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente, entre otras razones, porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y sus familias, razón por la cual, el pago de la cesantía definitiva debe ser oportuno, pues precisamente la finalidad de esta prestación es la de "entregarle al trabajador una suma de dinero para satisfacer sus necesidades inmediatas al retiro y en proporción al tiempo servido.

En el mismo sentido también lo entendió la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>21</sup>, al sostener que "la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores".

En este punto debe precisarse que la Ley 244 de 1995 fue modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, en cuyo artículo 2º se estableció su ámbito de aplicación así:

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

Independientemente de la falta de una jurisprudencia unificada del Consejo de Estado respecto al derecho del personal docente al pago de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, como se puede apreciar claramente a partir del texto de la norma, son destinatarios de la indemnización todos los servidores públicos del Estado, con la salvedad establecida en el artículo 5 respecto al Fondo Nacional del Ahorro, es decir, entre otros, los docentes al servicio del Estado.

Inclusive, así lo ha aceptado el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia<sup>22</sup>, a propósito de un caso cuyo problema jurídico versaba sobre si ¿Le corresponde a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar la sanción prevista en la Ley 1071 de 2006, cuando se presenta el incumplimiento de los términos fijados para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías?

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

Como se dijo, el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, así quedó consagrado en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa, al advertir que "la misma cubre a todos los

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-448 de 1996.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ) del 27/03/2007.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14) del 14/12/2015.

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<sup>23</sup>, de modo que no encuentra la Sala ninguna razón para excluir, a los docentes del sector oficial, del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, pues al igual de los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem.

La necesidad de protección del derecho al pago oportuno de las prestaciones sociales de los servidores públicos quedó claramente consignada en la exposición de motivos de la Ley 244 de 1995, al manifestar lo siguiente:

“...la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.

Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando el final se paga al trabajador su cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados, con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador.”<sup>24</sup>.

Los docentes del sector oficial no escapan a dicha realidad, son varios los casos en los que la Sección Segunda de la Corporación se ha pronunciado en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de docentes a quienes no se les ha cancelado en forma oportuna el auxilio de cesantías, entre los que vale citar: sentencia de 21 de mayo de 2009, Expediente No. 23001-23-31-000-2004-00069-02 (0859-08), actor. Hugo Carlos Pretelt Naranjo, demandado: Departamento de Córdoba. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; sentencia de 21 de octubre de 2011, Expediente No. 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09), actor: Eduardo Montoya Villafañe, demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia de 10 de julio de 2014, expediente No. 17001-23-33-000-2012-0080-01 (2099-13), actor: Martha Lucía Hernández Clavijo, demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero y sentencia de 22 de enero de 2015, expediente No. 73001-23-31-00192-01 (0271-14), actor: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez, demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Además, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías consagrada en la 1071 de 2006 no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5º de la Ley 91 de 1989<sup>25</sup>, artículo 56 de la Ley 962 de

<sup>23</sup> Consulta realizada en la página web [senado.gov.co](http://senado.gov.co). Proyecto de Ley No. 44 de 2005.

<sup>24</sup> Gaceta del Congreso año IV – N°. 225 del 5 de agosto de 1995.

<sup>25</sup> **Artículo 15.** A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

**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 1o. 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 de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con



2005 y Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que no contraría las condiciones ni la competencia para el reconocimiento de la prestación, ni tampoco se ve afectado el derecho del empleado docente a recibir un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, de manera que no se menoscaba el régimen especial a favor de los docentes afiliados al Fondo, en cambio, si se complementa con la fijación de unos términos perentorios para el reconocimiento y pago oportuno de la prestación.

**En conclusión, la Sala estima que no existe obstáculo legal para el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a favor de los docentes, toda vez que el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 incluye a todos los servidores públicos, inclusive a los del sector oficial, como se dejó sentado en la exposición de motivos; además, la referida sanción no resulta incompatible con el régimen especial establecido para el reconocimiento de las cesantías de los docentes, ya que no se afectan las condiciones, términos y competencia para el reconocimiento de la referida prestación ni se menoscaba el derecho de los docentes a esta prestación, razones que conducen a la Sala a reafirmar la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes oficiales, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.** (Negritas y subrayado fuera de texto)

Por otra parte, hay que decir que la Ley 1071 de 2006 distinguió entre el término para el reconocimiento de la cesantía (art. 4º) y el término para el pago oportuno de la misma (art. 5º), así:

**“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 subrayado fuera de texto)

A partir de la cita normativa precedente, la entidad empleadora, o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación, cuenta con un plazo de 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir el acto de reconocimiento, y la entidad pagadora dispone

---

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”.

de 45 días hábiles para cancelar la prestación. Adicionalmente, no debe perderse de vista el término de 5 días de ejecutoria del acto administrativo correspondiente, conforme lo ha reconocido el Consejo de Estado<sup>26</sup>, por lo tanto, el término total que tiene la entidad empleadora o pagadora para reconocer y pagar las cesantías es de 65 días hábiles.

“Sobre este aspecto conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarrearán perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

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.**

Para la Sala resulta claro que **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.” (Negritas y subrayado fuera de texto)

En conclusión, el término para contabilizar la sanción moratoria consistente en un día de salario por cada día de retraso, debe iniciar a contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud de liquidación y pago de las cesantías por parte del interesado.

No debe perderse de vista tampoco que la Ley 1071 hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, toda vez que la anterior Ley 244 únicamente la previó para las definitivas.

Vistos los conceptos sobre la aplicación de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías al personal docente oficial y sobre la forma cómo se debe contabilizar el término de dicha sanción moratoria, es procedente entonces entrar a determinar si le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 o si por el contrario, es responsabilidad de la Secretaría de Educación del Distrito, de acuerdo con las previsiones del Decreto Nacional 2831 de 2005.

<sup>26</sup> Ibidem.

Tradicionalmente, la posición de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en los casos en comento ha sido que el Ministerio de Educación Nacional no tiene injerencia alguna en el procedimiento de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y por tal razón, no debe ser eventualmente condenada. Igualmente, sostiene que de acuerdo con el Decreto Nacional 2831 de 2005, son las entidades territoriales certificadas en educación quienes atienden las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que son éstas las encargadas de cumplir los términos establecidos para el reconocimiento y pago de la prestación, pues de lo contrario, se estaría condenando al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a moras que no le corresponden.

En jurisprudencia dada a conocer recientemente, la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>27</sup>, a propósito de una controversia sobre el pago de la sanción moratoria de cesantías de la Ley 1071, la cual citamos in extenso dada su pertinencia e importancia en relación con el tema en alusión, dejó sentadas las siguientes tesis:

**“- Competencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio frente al pago de las prestaciones sociales del personal docente afiliado.**

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó 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 serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tuviera más del 90% del capital.

Como objetivos de dicho Fondo, el artículo 5º de la referida ley estableció, entre otros, los siguientes: (i) efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; (ii) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Estos últimos deberá contratarlos de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo; (iii) velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; (iv) velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

**El artículo 9º de la ley estableció la obligación del Fondo de pagar las prestaciones sociales de los docentes afiliados, aunque el reconocimiento de las mismas quedó a cargo de las entidades territoriales competentes, en virtud de la delegación que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, les haga de dicha función:**

“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.”

La anterior disposición se complementa con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, que estableció que el acto de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes oficiales debía ser elaborado por el secretario de educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente:

**“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

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14) del14/12/2015.

de la entidad territorial.”

La Sala<sup>28</sup> en sentencia de 14 de febrero de 2013, anotó que **la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar una serie de trámites** que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación social, dada la complejidad que ello entrañaba, y precisó que **ello 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, toda vez que el artículo 56, 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”.**

En relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Ley 91 de 1989, teniendo en cuenta el proceso de nacionalización de la educación oficial llevado a cabo en el país mediante la Ley 43 de 1975, señaló que quedarían automáticamente afiliados al Fondo los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la citada ley, esto es, 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 lo que se refiere a los recursos económicos que hacen parte del citado Fondo, el artículo 8 ibidem indicó que los mismos estarían integrados, principalmente por los aportes de los docentes afiliados, en cuantía del 5% del sueldo básico mensual.

#### **.- Trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:**

El Decreto 2831 de 2005, reglamentó 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 consagró el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

**“ARTÍCULO 2°. Radicación de solicitudes.** Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria 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 secretaria 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 ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional,

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 14 de febrero de 2013, Radicación No.: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12), Actora: Luz Nidia Olarte Mateus.

del docente peticionario 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 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 éste,** junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

**PARAGRAFO PRIMERO:** 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.

**PARAGRAFO SEGUNDO:** 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 secretaria 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 secretaria 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." (Negritas y subrayado fuera de texto)

**El estudio de las anteriores disposiciones permite concluir que el reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le corresponde al Fondo, mediante aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre y que el trámite establecido con tal finalidad implica la participación de la Secretaría de Educación de la respectiva entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo.**

**Bajo tal entendimiento, a la secretaria de educación de la respectiva entidad territorial certificada le corresponde atender las solicitudes prestacionales que sean pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que implica: (i) recibir y radicar la solicitud, (ii) 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 fiduciaria**



encargada del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación, (iii) suscribir el acto de reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo (previa aprobación por parte de la fiduciaria), y (iv) remitir a la fiduciaria copia de los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales para efectos de pago, dentro de los tres (3) días siguientes a que éstos se encuentren en firme. A la sociedad fiduciaria por su parte, le corresponde: (i) implementar un sistema de radicación único, (ii) adoptar un formulario de radicación, (iii) recibir la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, así como el proyecto de resolución que, dentro del término previsto, le envíe la respectiva secretaría de educación y, si fuere del caso, (iv) impartirle su aprobación para que el secretario de educación pueda suscribirlo.

En ese orden, debe decirse que 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, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, 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 normatividad vigente<sup>29</sup>.

Lo anterior no significa que la obligación de pagar las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se haya trasladado a las secretarías de educación territoriales, pues ello implicaría un desconocimiento de la Ley 91 de 1989; por el contrario, su intervención es meramente instrumental en la realización del trámite de expedición del acto administrativo de reconocimiento por el cual se dispone el pago de las prestaciones sociales a los docentes afiliados al mismo.

Ahora bien, aduce el apelante que en virtud de las disposiciones del Decreto 2831 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, razón por la que afirma que no tiene injerencia alguna en dicho procedimiento, y por esto no debe ser condenado al reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Contrario a lo afirmado por el apelante, en ningún momento el Decreto 2831 de 2005, por el cual se reglamentó el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, pues dicha norma reafirma dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al disponer una intervención estrictamente instrumental de las secretarías de educación, en la recepción y radicación de las solicitudes, trámite, proyección y expedición del acto de reconocimiento de la prestación, toda vez que, en firme y ejecutoriada la decisión, ésta debe remitirse a la fiduciaria para efectos del pago.

De otra parte, cabe anotar que “en los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional”<sup>30</sup>, razón por la cual carece de sustento el argumento de apelación fundado en la ausencia de responsabilidad de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, respecto de las pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías de la demandante.

(...)

FALLA:

<sup>29</sup> En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>30</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 23 de mayo de 2002, Radicación número: 1423. Actor: Ministro de Educación Nacional.



**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 27 de noviembre de 2013, por la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por DIVA LILIANA DIAGO DEL CASTILLO **contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**” (Negritas y subrayado fuera de texto)

#### **4.7. Naturaleza de las obligaciones laborales que se deben pagar con recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Los artículos 4 y 5 de la Ley 91 de 1989 son claros en establecer que el objetivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es cubrir las prestaciones sociales del personal docente afiliado, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 ibídem:

**“Artículo 4º.-** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del artículo 2, y de los que se vinculen con posterioridad a ella.** Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos de requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renuncias a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

**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.” (Negritas y subrayado fuera de texto)

Bajo las anteriores premisas normativas, se puede concluir que la sanción por la mora en el pago de las cesantías al personal docente no puede pagarse con recursos del Fondo, pues la misma no es una prestación social, por lo tanto la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no puede exigir a las secretarías de educación expedir acto administrativo que reconozca el pago de dicha sanción con los recursos del Fondo, los cuales están destinados al pago de las prestaciones sociales del personal docente.



#### **4.8. Vinculación de las secretarías de educación territoriales a los procesos judiciales sobre reconocimiento y pago de sanción moratoria de cesantías.**

En reciente providencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>31</sup>, relativa a la resolución de un recurso de apelación contra un auto de un Tribunal Superior Administrativo que declaró infundada la excepción de la parte demandada de “no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”, en el marco de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 CPACA) contra los actos administrativos fictos negativos originados por la no respuesta de la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a una solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, prevista en la Ley 1071 de 2006; concluyó que es al Fondo a quien le compete el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, y estimó que la petición de la parte demandada de vincular al ente territorial como litisconsorte necesario no procede, toda vez que no existe relación jurídico sustancial alguna entre tal entidad y las partes actora y accionada, la cual conlleve a que sea necesaria la comparecencia del ente territorial, en tanto que además, no se perjudicaría ni se beneficiará con la decisión que se dicte en el correspondiente fallo. Veamos:

**“FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – su finalidad lo constituye el pago de prestaciones sociales de los docentes / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FONDO NACIONAL DEL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – Reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías / LITIS CONSORCIO NECESARIO – No opera en relación con la secretaría de Educación del Municipio y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Reconocimiento y pago de sanción por mora en el pago de cesantías**

(...)

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, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, 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 normatividad vigente.

No obstante lo anterior, y aun cuando la fiduciaria 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 peticionario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

(...)

En efecto, no hay duda de que es a la fiduciaria representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989. Por ello, se precisa que es al Fondo a quien le compete el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales.

Así las cosas, estima el Despacho que la petición de la parte demandada de vincular al ente territorial como litisconsorte necesario no procede, toda vez que no existe relación jurídico sustancial alguna entre tal entidad y

<sup>31</sup> Auto interlocutorio 17001-23-33-000-2013-00612-01(3322-14) del 08/02/2016.



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

**las partes actora y accionada, la cual conlleve a que sea necesaria la comparecencia del ente territorial, en tanto además, no se perjudicará ni se beneficiará con la decisión que se dicte en la correspondiente fallo, referente, como se ha dicho antes, al pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.** (Negritas y subrayado fuera de texto)

En similar sentido, otra reciente providencia de la misma Sección Segunda dejó sentado lo siguiente:

“Reitera el Despacho conforme lo expuesto en la parte considerativa de ésta providencia, que **para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas las cesantías, la Secretaría de Educación del Municipio del ente territorial al cual pertenece la docente peticionaria, actúa en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio,** siendo ésta la encargada de elaborar el proyecto de resolución que reconoce o niega la prestación social, resolución que con posterioridad debe ser aprobada o no por la sociedad fiduciaria, quien administra los recursos del Fondo de Prestaciones.

**En efecto, no hay duda de que es a la fiduciaria representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes** afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989.

Bajo estos supuestos, le asiste la razón a la parte demandada, Departamento del Atlántico, cuando en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, si bien es cierto la Ley 962 de 2005 establece un procedimiento complejo en la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes oficiales en el que, como quedó visto, intervienen la Secretaría de Educación del ente territorial, al cual pertenece la docente peticionaria, y la respectiva sociedad fiduciaria, no lo es menos que, **es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales** “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”.

Así las cosas, **estima el Despacho que debe prosperar la excepción de falta de legitimación por pasiva alegada por el Departamento del Atlántico en razón a que, es al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, a quien le correspondía pronunciarse en relación con la petición de la demandante tendiente a obtener la sanción moratoria por el no pago oportuno de la consignación de las cesantías,** como en efecto lo hizo mediante el acto demandado contenido en el Oficio No. 1107 de 21 de marzo de 2013. Lo anterior, permite declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Bajo los presupuestos jurisprudenciales anteriores, las secretarías de educación territoriales, además de que no están obligadas a expedir acto administrativo de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de cesantías con cargo a los recursos de Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en atención a que dicha penalidad no es una prestación social sino una multa por ineficiencia en el pago del mentado auxilio que le corresponde hacer al mismo Fondo, tampoco lo estarían como quiera que en los procesos judiciales en los cuales se impone la condena al pago de la esta sanción no son vinculadas como parte procesal, en la medida en que no existe relación jurídico procesal sustancial respecto de los docentes demandantes y el ente estatal responsable del pago de la cesantía y por ende, tampoco se perjudicarán ni beneficiarán con el fallo que se proferirá.

No se pierda de vista, además, que tanto el parágrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 como el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, son clarísimos en afirmar que la sanción por mora

en el pago de cesantías, consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, debe ser reconocida y pagada de los propios recursos de la entidad obligada al pago:

**Ley 244 de 1995**

“Artículo 2°. (...)

**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.” (Negritas y subrayado fuera de texto)

**Ley 1071 de 2006**

“Artículo 5°. Mora en el pago.

**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.

#### **4.9. Conclusiones.**

**i)** La indemnización por mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos fue concebida como una “sanción” en contra de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en su pago.

**ii)** El espíritu del legislador fue proteger el derecho de los servidores públicos a percibir oportunamente la liquidación de sus cesantías, como garantía de su derecho al pago oportuno, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

**iii)** Según la Ley 1071 de 2006, la entidad empleadora, o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación, cuenta con un plazo de 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir el acto de reconocimiento, y la entidad pagadora, dispone de 45 días hábiles para cancelar la prestación social. Adicionalmente, no debe perderse de vista el término de 5 días de ejecutoria del acto administrativo correspondiente, conforme lo ha reconocido el Consejo de Estado, por lo tanto, el término total que tiene la entidad empleadora o pagadora para reconocer y pagar las cesantías es de 65 días hábiles.

**iv)** Sobre la contabilización de la mora por el pago tardío de la cesantía, tenemos que, en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado



de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción.

v) En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006, es pertinente afirmar que dicha ley cubre a todos los empleados y trabajadores del Estado, incluyendo a los docentes oficiales, quienes tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, pues una posición contraria implicaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem, además, porque dicha sanción no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5º de la Ley 91 de 1989<sup>32</sup>, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto Nacional 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

vi) No obstante lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado no es unificada en torno al reconocimiento de la sanción moratoria de cesantías al personal docente. Como pronunciamientos en contra de dicha posibilidad, podemos citar, entre otras, las sentencias de la Sección Segunda 73001-23-31-000-2004-01655-01 del 09/07/2009 y 73001-23-33-000-2012-00226-01(4400-13) del 19/01/2015<sup>33</sup>. Como providencias a favor de esa posibilidad podemos anotar, entre otras, las

<sup>32</sup> Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(...)

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 1o. 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 de 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".

<sup>33</sup> En aquella oportunidad, la Sala consideró lo siguiente.

**"3.- Del régimen de cesantías de los docentes**

La Ley 91 de 29 de diciembre de 1989<sup>33</sup> distinguió entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, en la siguiente forma:

(...)

Y en el **parágrafo del artículo 2 ibídem** se advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley:

(...)

En similar sentido, acerca del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, el **artículo 15** dispuso:

**"Artículo 15º (...)**

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.

(...)

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el **numeral 3 de este mismo artículo** señaló:

**"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.**

(...)

De lo anterior se deduce que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.



sentencias 25000-23-25-000-2011-00622-01(1674-13) del 20/10/2014, 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14) del 22/01/2015, 17001-23-33-000-2012-00012-01(2114-13) del 17/02/2015 y 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14) del 14/12/2015 y el auto 17001-23-33-000-2013-00612-01(3322-14) del 08/02/2016, todos de la Sección Segunda. Igualmente, la Corte Constitucional se ha pronunciado en favor de esta posibilidad, entre otros, podemos citar la sentencia T-008 de 2015.

Y específicamente (i) en lo que atañe a las **cesantías de los docentes nacionalizados se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y (ii) a los **docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplica un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses**.

Bajo este marco normativo abordará la Sala el estudio y solución del problema jurídico planteado.

(...)

La Sala procederá a revocar la sentencia objeto de apelación y, en su lugar, negará las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

**4.1.-** Por tratarse de un docente nacionalizado, vinculado antes del 31 de diciembre de 1989 (el actor presta sus servicios docentes desde el 10 de mayo de 1983), el señor Gonzaga Timoté Arca goza de un régimen de liquidación retroactiva de sus cesantías, acorde con lo previsto en el numeral 3 literal a) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

**Como quedó visto en el marco jurídico expuesto, la normatividad especial que rige tal prestación para este tipo de docentes (nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989) no previó el reconocimiento de sanción moratoria alguna por el retardo en el pago de las cesantías; como tampoco lo hicieron las normas generales que regulan el régimen de liquidación retroactiva (Ley 6ª de 1945, Ley 65 de 1946 y Decreto 1160 de 1947).**

**Y ello encuentra su razón de ser en que el régimen de liquidación retroactiva de las cesantías, indudablemente, es mucho más favorable para el servidor público que el anualizado, desde el punto de vista de la cuantía de la prestación; razón por la que de alguna manera se justifica que el Legislador no haya previsto el reconocimiento de sanción moratoria alguna.**

**4.2.-** Ahora bien, las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005, establecieron un procedimiento administrativo especial para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Veamos:

El **inciso segundo del artículo 3 de la Ley 91 de 1989** determinó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “*será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad*”.

Al tiempo que el **numeral 1 del artículo 5 ibídem** señaló como uno de los objetivos del Fondo “*Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado*”.

A su turno, el **artículo 56 de la Ley 962 de 8 de julio de 2005**<sup>33</sup> dispuso lo siguiente:

(...)

Las anteriores normas fueron reglamentadas mediante el **Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005**, que en cuanto al trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio estipuló:

(...)

Como se observa (i) se trata de un procedimiento administrativo especial exclusivamente aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (ii) que implica el desarrollo de competencias compartidas entre diversas entidades, pues conlleva el despliegue de actividades y trámites tanto por parte de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, como por la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo, en este caso la Fiduciaria La Previsora S.A., y (iii) **cuyos términos son diversos y más amplios que los previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los demás servidores públicos.**

**Atendiendo al principio de especialidad normativa, consagrado en el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887<sup>33</sup>, no resulta jurídicamente viable aplicar la sanción por mora prevista en las leyes últimamente 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.**

**Vale decir, no es razonable exigir a las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas ni a la Fiduciaria La Previsora S.A. el cumplimiento de los términos señalados en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales y definitivas de los docentes, por cuanto para tal efecto existen normas que contienen un procedimiento administrativo especial, con términos diversos y más extensos y en las cuales no se previó expresamente sanción moratoria alguna.**

En virtud del principio de inescindibilidad de la ley, tampoco es posible aplicar las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005, así como el Decreto 2831 del mismo año, para los efectos relacionados con el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y al mismo tiempo pretender el cobro de la sanción por mora en la cancelación de dicha prestación con fundamento en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues, se reitera, se trata de regímenes diversos, dirigidos a distintos destinatarios.

**4.3.-** Finalmente debe la Sala advertir que la Ley 1071 de 2006 no derogó el procedimiento administrativo especial previsto en el Decreto 2831 de 2005 para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que no resulta válido afirmar que en el ámbito de aplicación señalado en el artículo 2º de aquella ley estén incluidos los docentes.



**vii)** La competencia para conocer del pago de la sanción moratoria, es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, salvo que el empleado tenga en su poder tanto el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías y el que le reconoce la indemnización moratoria, evento en el cual debe acudir ante la jurisdicción ordinaria, pues, de no ser así, se debe dirigir a la administración para provocar la decisión de ésta referida al reconocimiento o no de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, según lo dispuesto por las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, ya que, para que haya certeza sobre la obligación no basta que la ley disponga el pago de la sanción moratoria, porque ella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas pero no el título ejecutivo, el cual se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración.

**viii)** Las resoluciones de reconocimiento y pago de las cesantías a favor del personal docente son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto **a)** la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente petionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, **b)** como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), 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.

**ix)** En ese orden de ideas, a la secretaría de educación de la respectiva entidad territorial certificada le corresponde atender las solicitudes prestacionales que sean pagadas por el FNPSM, lo que implica: **a)** recibir y radicar la solicitud, **b)** elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación, **c)** suscribir el acto de reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo (previa aprobación por parte de la fiduciaria), y **d)** remitir a la fiduciaria copia de los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales para efectos de pago, dentro de los 3 días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

**x)** Por su parte, a la sociedad fiduciaria, le corresponde: **a)** implementar un sistema de radicación único, **b)** adoptar un formulario de radicación, **c)** recibir la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, así como el proyecto de resolución que, dentro del término previsto, le envíe la respectiva secretaría de educación y, si fuere del caso, **d)** impartirle su aprobación para que la secretaría de educación pueda suscribirlo.

**ix)** Bajo ese contexto procedimental, tenemos que, la intervención de las secretarías de educación territoriales certificadas en el trámite de expedición del acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías a los docentes afiliados al FNPSM es meramente instrumental, de suerte que no es cierto que el trámite se haya trasladado a las secretarías de educación, pues una conclusión en ese sentido claramente desconocería lo dispuesto al respecto en la Ley 91 de 1989.

**xi)** En ninguno de sus apartes el Decreto Nacional 2831 de 2005, reglamentario del trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del FNPSM, supuso despojar al mismo de la competencia para reconocer y pagar las cesantías de los docentes oficiales, pues dicha norma, por



el contrario, reafirma dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al disponer una intervención estrictamente instrumental de las secretarías de educación, en la recepción y radicación de las solicitudes, trámite, proyección y expedición del acto de reconocimiento de la prestación, toda vez que, en firme y ejecutoriada la decisión, ésta debe remitirse a la fiduciaria para efectos del pago efectivo.

**xii)** En los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de cesantías del Magisterio que profiera el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional, por ende, no tiene asidero la posición de la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio sustentada en la ausencia de su responsabilidad en relación con las pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías de los docentes.

**xiii)** Las prestaciones sociales son servicios, dinero u otros beneficios que no retribuyen directamente el servicio prestado pero con los cuales se busca amparar las contingencias a que suele verse sometida una persona a lo largo de una relación laboral con su empleador, v. gr., desocupación, de salud, de vida, de la integridad física, de la pérdida de la fuerza de trabajo, etc. Claro ejemplo de lo anterior son las cesantías, definidas como un emolumento que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro, en el caso del pago parcial de cesantías, permitir al trabajador y su familia satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda.

**xiv)** La sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías es una multa o penalización contra la Administración por su ineficiencia en el pago y a favor del trabajador para reparar los daños causados por el incumplimiento en el plazo de pago de las mismas, cuyo monto es superior a la indexación, pues no se trata ni siquiera de una protección del valor adquisitivo del dinero o indexación propiamente dicha, de allí que su valor sea incluso superior.

**xv)** Bajo esa perspectiva podemos concluir que la sanción moratoria no es, bajo ningún punto de vista, una especie de prestación social, pues dicha sanción no busca resguardar al trabajador de las eventualidades a los que puede verse sometido durante una relación laboral, v. gr., desocupación, de salud, de vida, de la integridad física, de la pérdida de la fuerza de trabajo, etc., sino que se erige como una penalidad económica contra el Estado por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público por los perjuicios derivados del retardo en dicho pago.

**xvi)** Ahora bien, teniendo en cuenta que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley 91 de 1989, fue creado con el objetivo de atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a la fecha de la promulgación de la Ley en cita, conforme a las reglas establecidas en el artículo 2 ibídem, entonces resulta fácil concluir que la sanción por la mora en el pago de las cesantías al personal docente no puede pagarse con recursos del Fondo, pues, como ya se dejó sentado, la misma no es una prestación social, de suerte que mal haría la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en pagar dicha sanción de los recursos del Fondo destinados al pago de las prestaciones sociales del personal docente. Por lo tanto, el trámite de



reconocimiento y pago de la sanción moratoria de cesantías no se sigue por lo dispuesto en el Decreto Nacional 2831 de 2005 sino: i) por las reglas de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 cuando la sanción es reconocida por el empleador o encargado del pago de las cesantías o ii) por las reglas del CPACA y CGP para el pago de sentencias, cuando la sanción haya sido reconocida en providencia judicial, con excepción de los casos analizados en el numeral 4.5. de este escrito, evento en el cual no procede sanción por mora, tal y como quedó explicado.

**xvii)** Las secretarías de educación territoriales, además de que no están obligadas a expedir acto administrativo de reconocimiento y pago de la sanción moratoria de cesantías con cargo a los recursos de Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en atención a que dicha penalidad no es una prestación social sino una multa por ineficiencia en el pago del mentado auxilio que le corresponde hacer al mismo Fondo, tampoco lo estarían como quiera que en los procesos judiciales en los cuales se impone la condena al pago de la referida sanción no son vinculadas como parte procesal, en la medida en que no existe relación jurídico procesal sustancial respecto de los docentes demandantes y el ente estatal responsable del pago de la cesantía y por ende, tampoco se perjudicarán ni beneficiarán con el fallo que se proferirá.

**xviii)** Tanto el párrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 como el párrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, son clarísimos en afirmar que la sanción por mora en el pago de cesantías, consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, debe ser reconocida y pagada de los propios recursos de la entidad obligada al pago

## **5. Respuesta a las consultas.**

### **5.1. ¿Debe la SED expedir acto administrativo de reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, cuando dicha sanción se impone por sentencia judicial?**

**Respuesta.** No, pues el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado para garantizar las prestaciones sociales del personal docente conforme a las reglas contenidas en la Ley 91 de 1989, no obstante, la sanción por mora en el pago de las cesantías no es una prestación social propiamente dicha, pues ella no busca amparar las contingencias a que suele verse sometida un trabajador a lo largo de una relación laboral con su empleador, por ejemplo, desocupación, de salud, de vida, de la integridad física, de la pérdida de la fuerza de trabajo, etc., sino una penalización contra el encargado del pago de la misma por su ineficiencia y a favor del trabajador para reparar los daños causados por el incumplimiento en el plazo de pago de las mismas, la cual, conforme al párrafo del artículo 2 de la Ley 244 de 1995 y el párrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, debe pagarse con cargo a los propios recursos de la entidad obligada, que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en este escrito, en principio, es la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN

**5.2. ¿Es aplicable el procedimiento establecido en el Decreto Nacional 2831 de 2005 al cumplimiento de las sentencias de los procesos ejecutivos laborales que condenan a la sanción por mora en el pago de las cesantías al personal docente?**

**Respuesta.** No, pues dicho decreto reglamenta el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y como ya se dijo, la sanción por mora en el pago de las cesantías no es una prestación social. El cumplimiento de dichas sentencias está sometido a los requisitos, procedimientos y términos que la ley dispone para el cumplimiento de las providencias judiciales.

Finalmente, recuerde que puede consultar los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica en la página web de la Secretaría de Educación del Distrito, <http://www.educacionbogota.edu.co>, siguiendo la ruta: *Nuestra entidad / Marco Jurídico / Oficina Asesora Jurídica / Conceptos jurídicos emitidos por la OAJ.*

Cordialmente

**HEYBY POVEDA FERRO**

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Javier Bolaños Zambrano  
Abogado Contratista Oficina Asesora Jurídica