

## **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA- Alcance**

La expresión «*necesidad de sentar jurisprudencia*» contenida en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, como causal que faculta al Consejo de Estado para proferir sentencias de unificación jurisprudencial, alude a la identificación, a partir de los supuestos fácticos del caso estudiado, de escenarios propicios para que la Corporación en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción, desarrolle criterios o tesis para, por ejemplo, aclarar puntos oscuros o zonas grises de la legislación, doctrinales o jurisprudenciales, perfeccionar o refinar sus propios precedentes y garantizar los derechos fundamentales, esto último en pro de asegurar los fines del Estado establecidos por el Constituyente en el artículo 2 superior.

## **EMPLEO DEL DOCENTE DEL SECTOR OFICIAL - Naturaleza jurídica / CESANTÍAS DEFINITIVAS DOCENTE - Reconocimiento**

Se evidencia que si bien el objeto de las normas [ Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006] fue regular el pago de las cesantías de los servidores públicos, también lo es que no especificó expresamente en su articulado si dentro de estos últimos se encuentran comprendidos los docentes afiliados al FOMAG; y frente a lo estipulado por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU/336/17, la Sala pone de presente la necesidad de que el Consejo de Estado defina la naturaleza jurídica de los docentes oficiales, en ejercicio de la atribución de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, contemplada por mandato constitucional en el artículo 237, numeral 1, de la Constitución Política, puesto que parecería un contrasentido, el que no se encuentren dentro de la categoría de servidor público, para luego señalar que son empleados oficiales de régimen especial. **NOTA DE RELATORÍA.** : C-816 de 2011, C-792 de 2014

## **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA SANCIÓN MORATORIA DE CESANTÍA DE DOCENTE – Exigibilidad**

Sobre el particular,[exigibilidad de la sanción moratoria], (...) en materia de los docentes oficiales, el Decreto 2831 de 2005 estableció un procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones sociales que difiere del fijado por la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, en cuanto a los términos para el mismo, lo que hace necesario que se determine la aplicación o no, de dicho decreto en los asuntos materia de debate.

## **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA**

Es necesario señalar que frente al salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria, la Sección Segunda de esta Corporación, se pronunció a través de la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 nro. 004 de 2016; sin embargo, dado que la controversia se originó en la consignación tardía de las cesantías anualizadas de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema previsto en la Ley 50 de 1990, solo ello fue objeto de unificación, sin hacer referencia a los demás regímenes, así como tampoco a la penalidad que se origina por el

reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos.

## **SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA / ACTUALIZACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA**

Respecto de la conservación del poder adquisitivo de la suma de dinero que ha sido reconocida por concepto de sanción moratoria a través de una determinada providencia judicial, vale la pena analizar y establecer si una vez se dejó de causar, debe ser actualizada al valor presente del momento en que es dictada la sentencia, y si frente a tal supuesto es viable la aplicación del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011

**FUENTE FORMAL** : LEY 1437 DE 2011 ARTÍCULO 271 / LEY 244 DE 1995 / LEY 1071 DE 2006

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN SEGUNDA**

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**

Bogotá D.C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

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

**Actor: JORGE LUIS OSPINA CARDONA**

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

Asunto: Aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial. La Sección Segunda de oficio avoca el conocimiento del proceso de la referencia con el objeto de proferir Sentencia de Unificación.

La Sección Segunda conoce el proceso de la referencia con informe de la Secretaría de 17 de junio de 2016<sup>1</sup>, para decidir el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia<sup>2</sup>. Sin embargo, la Sala analiza si a efectos de emitir el pronunciamiento de fondo, deberá sentar jurisprudencia sobre los problemas jurídicos planteados en el presente caso.

---

<sup>1</sup> FF. 96 del cuaderno principal del expediente.

<sup>2</sup> Proferida el 13 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## ANTECEDENTES

### La demanda

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho<sup>3</sup>, el señor Jorge Luis Ospina Cardona<sup>4</sup>, interpone demanda<sup>5</sup> ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la que solicita lo siguiente:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio RE5750 de 23 de abril de 2014, por el cual, el secretario de educación y cultura del Tolima le negó la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías definitivas.
2. Que como consecuencia de lo anterior, y en calidad de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada reconocerle y pagarle un día de salario por cada día de retardo, desde el 30 de octubre de 2012 hasta la fecha en que se haga efectiva la cancelación de la prestación social.

En sustento de sus pretensiones, el actor alega que el 26 de julio de 2012 solicitó ante la entidad accionada el reconocimiento de la pensión de invalidez, en virtud de lo cual el gobernador del Tolima, a través de la Resolución 1142 de 27 de septiembre de 2012, lo retiró del servicio por pérdida de la capacidad laboral en un 80%, a partir del 1 de octubre de la misma anualidad. Posteriormente, el secretario de educación de la entidad territorial, mediante la Resolución 04380 de 9 de octubre de 2012, le reconoció la pensión de invalidez por haber laborado como docente nacionalizado, desde la fecha de retiro del servicio.

Aduce que la fecha en que efectuó la reclamación del pago pensional, deberá tenerse como el momento en el que también petitionó las cesantías definitivas, que pese a ser reconocidas por medio de la Resolución 0376 de 3 de febrero de 2014, expedida por el secretario de educación y cultura del departamento, a la fecha de la presentación de la demanda no se ha realizado el pago efectivo de dicha prestación social, razón por la cual, les solicitó a las entidades demandadas,

---

<sup>3</sup> Consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

<sup>4</sup> A través de apoderada judicial legalmente constituida.

<sup>5</sup> El 23 de septiembre de 2014. FF. 2-16 del cuaderno 2 del expediente.

el 7 y 11 de abril de 2014, respectivamente, el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995<sup>6</sup> subrogada por la Ley 1071 de 2006<sup>7</sup>.

### **La primera instancia**

La demanda le correspondió al Tribunal Administrativo del Tolima. Al respecto, el magistrado ponente a través de auto de 3 de octubre de 2014<sup>8</sup> la admitió. Luego de surtidas las notificaciones respectivas y el pago de los gastos procesales<sup>9</sup>, la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>10</sup> y el Departamento del Tolima<sup>11</sup> contestaron la demanda, oponiéndose a su prosperidad.

Posteriormente, a través de sentencia de 13 de octubre de 2015, el *a quo* negó el reconocimiento de la sanción moratoria pretendida, al considerar que el personal docente no es destinatario de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995<sup>12</sup> subrogada por la Ley 1071 de 2006<sup>13</sup>, toda vez que como lo ha señalado la Corte Constitucional<sup>14</sup>, los mismos son beneficiarios de un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sin que resulte comparable la manera como se administra, liquida y cancela la aludida prestación social, respecto de aquellos trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990<sup>15</sup>.

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

---

<sup>6</sup> «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

<sup>7</sup> «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

<sup>8</sup> FF. 29-30 del expediente.

<sup>9</sup> FF. 31-41 del expediente.

<sup>10</sup> FF. 49-55 del expediente.

<sup>11</sup> FF. 75-79 vto. del expediente.

<sup>12</sup> «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

<sup>13</sup> «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

<sup>14</sup> Al respecto citó Sentencia C-928 de 2006.

<sup>15</sup> «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, dependiendo si se trata de empleos del orden nacional o territorial<sup>16</sup>.

Mediante escrito de 20 de octubre de 2015<sup>17</sup>, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, al señalar que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tienen derecho al reconocimiento de la sanción moratoria, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral. La impugnación fue concedida en el efecto suspensivo a través de auto de 6 de noviembre de 2015<sup>18</sup>.

## II.- CONSIDERACIONES

En el presente caso se discute si los docentes oficiales al ser beneficiarios de un régimen especial de cesantías previsto en la Ley 91 de 1989<sup>19</sup>, les es aplicable la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>20</sup>, que contempló el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos. En tal sentido, con miras a dar trámite al presente asunto, procede la Sección Segunda a determinar si en el caso concreto se dan los presupuestos exigidos por el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011<sup>21</sup> para asumir el conocimiento del proceso de la referencia, con el objeto de sentar jurisprudencia.

Sobre el particular, dispone la norma en comento lo siguiente:

**«Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia.** Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo

---

<sup>16</sup> Sentencia C-402 de 2013.

<sup>17</sup> FF. 224-232 del cuaderno 2 del expediente.

<sup>18</sup> FF. 175 del cuaderno 2 del expediente.

<sup>19</sup> «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

<sup>20</sup> «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

<sup>21</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la Corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia social o económica o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recurso.» (Subraya la Sala).

De acuerdo con la norma trascrita, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

### **Sobre la necesidad de sentar jurisprudencia**

Examinado nuevamente el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, se tiene que dicho enunciado normativo es claro en otorgar a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las Secciones que la integran, la competencia para proferir sentencias de unificación por razones de importancia jurídica y trascendencia social o económica y, cuando exista la **necesidad de sentar jurisprudencia**.

Sobre la necesidad de sentar jurisprudencia como causal que habilite la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, dijo la Corte Constitucional a modo de *obiter dicta* en la sentencia C-816 de 2011,<sup>22</sup> que consiste en la tarea de «*definición jurisprudencial*».

En la mencionada sentencia C-816 de 2011, la Corte Constitucional estudió una demanda de constitucionalidad contra un aparte del artículo 102 de la Ley 1437 de

---

<sup>22</sup> Con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo.

2011, según el cual, «las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos». <sup>23</sup>

Dijo la Corte sobre la facultad del Consejo de Estado de sentar jurisprudencia, a modo de *obiter dicta*, se insiste, lo siguiente:

«El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo utiliza la expresión sentencia de unificación jurisprudencial en una acepción precisa y taxativa, definida en su artículo 270:

**‘Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial.** Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.’

Así, en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, son sentencias de unificación, las proferidas por el Consejo de Estado como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” -CP, art 237- con arreglo a alguno de los siguientes criterios: (i) finalístico o de unificación y definición jurisprudencial; (ii) material o de importancia jurídica o trascendencia pública del asunto; (iii) funcional o de decisión de recursos extraordinarios o de revisión.»

En ese sentido, para la Corte Constitucional la labor de sentar jurisprudencia a cargo del Consejo de Estado consiste básicamente en la definición de la misma.

Para esta Sala, otro criterio a usarse para conceptuar sobre la labor de sentar jurisprudencia a cargo del Consejo de Estado a partir de la Ley 1437 de 2011, lo constituye el entendimiento que la Corte Constitucional le ha dado a las competencias de la Corte Suprema de Justicia en materia de recurso extraordinario de casación, asunto en el que la jurisprudencia constitucional ha

---

<sup>23</sup> El cargo formulado contra la norma en cita se resume así: La orden a las autoridades de extender los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado, sin considerar los fallos de otras corporaciones como la Corte Constitucional, está propiciando que la postura jurisprudencial del Consejo socave la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional específicamente en materia de derechos fundamentales, lo cual iría en contra de la supremacía de la Constitución y de su interpretación autorizada. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del inciso integrado del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, argumentando que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte.

señalado, que la ley procesal penal ha ampliado la cobertura de dicho mecanismo extraordinario, en el entendido que la Corte Suprema tiene la facultad discrecional para aceptar este recurso cuando lo estime necesario para el desarrollo jurisprudencial o para la protección de los derechos fundamentales, por lo que dada la amplitud y maleabilidad de estas dos categorías conceptuales, se trata de un recurso de amplio espectro.

En la sentencia C-792 de 2014,<sup>24</sup> la Corte recopiló su doctrina sobre la materia en los siguientes términos:

«Con respecto a la casación, se aclara, por un lado, que aunque en principio este recurso se encuentra previsto únicamente para revisar fallos de tribunales o sentencias por delitos que tengan una pena privativa de la libertad igual o superior a los cinco años, la misma ley procesal ha ampliado su cobertura, en el entendido de que la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad discrecional para aceptar recursos que no cumplan la condición anterior, cuando lo estime necesario para el desarrollo jurisprudencial o para la protección de los derechos fundamentales; y dada la amplitud y maleabilidad de estas dos categorías conceptuales, se trata de un recurso de amplio espectro. Por otro lado, en esta sentencia se argumenta que aunque en principio la evaluación del juez de casación está orientada únicamente a determinar si hubo una violación del derecho sustancial, una incongruencia entre la acusación y la decisión, o una nulidad que afecte la sentencia, una interpretación flexible de tales causales ha convertido a esta herramienta en ‘una manera, casi ilimitada, de corregir errores judiciales que vulneren derechos fundamentales’.

[...]

Destaca la Corte que el nuevo régimen procesal amplió de manera decisiva el objeto del recurso, ya que anteriormente sólo recaía sobre algunas sentencias de segunda instancia, en función de criterios como el tipo de infracción cometida, la sanción imponible o el juez encargado del juzgamiento. Así por ejemplo, bajo la vigencia del Decreto 2700 de 1991 y de la Ley 600 de 2000, el objeto del recurso eran únicamente las sentencias proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores del Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos con pena privativa de la libertad cuyo máximo excediese los ocho años, y sólo de manera excepcional sobre otras sentencias penales cuando se considerara necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.<sup>25</sup>

[...]

Además, el juez de casación puede inadmitir la demanda a partir de juicios discrecionales, cuando considere que el demandante carece de interés o cuando se estime que no se requiere del fallo para satisfacer las finalidades

---

<sup>24</sup> Con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>25</sup> Artículo 205 de la Ley 600 de 2000, y artículo 218 del Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 553 de 2000.



del recurso. En este entendido, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia podría inadmitir el recurso interpuesto en contra de un fallo de segunda instancia que impone por primera vez una condena, con el argumento de que la hipótesis fáctica que subyace al caso ya ha sido definida jurisprudencialmente, y que por tanto, la selección correspondiente no será funcional o útil para la unificación o el desarrollo de precedentes. Como puede advertirse, el juez de casación cuenta con amplias potestades para dosificar y graduar la casación a partir de criterios cuya valoración otorga un amplio margen de discrecionalidad, y que son ajenos al objetivo de garantizar la defensa de los condenados en los juicios penales.”<sup>26</sup>

La jurisprudencia constitucional trascrita aporta algunos elementos para definir lo que se entiende por sentar jurisprudencia, especialmente las ideas de: desarrollo de la jurisprudencia, desarrollo de precedentes y garantía de los derechos fundamentales.

En ese sentido, la expresión «*necesidad de sentar jurisprudencia*» contenida en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, como causal que faculta al Consejo de Estado para proferir sentencias de unificación jurisprudencial, alude a la identificación, a partir de los supuestos fácticos del caso estudiado, de escenarios propicios para que la Corporación en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción, desarrolle criterios o tesis para, por ejemplo, aclarar puntos oscuros o zonas grises de la legislación, doctrinales o jurisprudenciales, perfeccionar o refinar sus propios precedentes y garantizar los derechos fundamentales, esto último en pro de asegurar los fines del Estado establecidos por el Constituyente en el artículo 2 superior.

## **Análisis del asunto**

---

<sup>26</sup> Por medio de la cual la Corte estudió una demanda conforme a la cual, el Código de Procedimiento Penal omite la previsión del recurso de apelación contra los fallos que en segunda instancia, condenan por primera vez a una persona en un juicio penal, en contravía del derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Carta Política, y del derecho a impugnar toda sentencia condenatoria, contemplado en el artículo 29 superior y los artículos 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte constató, que se había configurado una inconstitucionalidad por omisión, incompatible con el derecho de toda persona a impugnar la sentencia condenatoria que le haya sido impuesta en un proceso penal. En este entendido, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las prescripciones demandadas, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y exequible, en cuanto a su contenido positivo. Preciso la Corte que se le debe atribuir tres efectos jurídicos a la omisión declarada, así: (i) la declaratoria de inconstitucionalidad deberá tener efectos diferidos y no inmediatos; (ii) se exhortará al Congreso para que en el término razonable de un año, contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias, efectúe los ajustes normativos a que haya lugar, y adopte las medidas para su implementación efectiva; (iii) para asegurar la eficacia del derecho, se dispondrá que en caso de que el legislador no atienda el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior de quien impuso la condena.

En el presente caso, se discute si al demandante en calidad de docente oficial del departamento del Tolima, le es dable el reconocimiento de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, que reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos. Al respecto, para decidir la controversia planteada, es necesario sentar jurisprudencia frente a los siguientes aspectos:

### **1) En cuanto a la naturaleza del empleo del docente del sector oficial.**

La Corte Constitucional en ejercicio de la facultad de revisión prevista en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991<sup>27</sup>, se pronunció sobre la materia objeto de estudio, mediante la Sentencia de Unificación SU 336/17<sup>28</sup>, en la cual señaló que los educadores estatales no se encuentran contemplados dentro de ninguna de las categorías de servidores públicos, y expuso que, de conformidad con el artículo 125 superior, los *empleados públicos* conforman una categoría residual, a la que pertenecerían todos aquellos funcionarios del Estado que no encuadran en ninguno de tales grupos. De ese modo, esa Corporación entendió a los docentes como son «**empleados oficiales de régimen especial**».

Ahora bien, dicho tribunal constitucional sostuvo que pese a que los docentes oficiales no pueden ser considerados servidores públicos, debido a la finalidad de las cesantías y por tratarse de un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, unificó su jurisprudencia, para señalar que a los mismos, les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías reconocidas, previo cumplimiento de los requisitos legales, por cuanto resulta ser la condición más beneficiosa y materializa los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

En tal sentido, la Corte Constitucional estipuló que los docentes oficiales son «**empleados oficiales de régimen especial**», por lo que en principio, al ser

---

<sup>27</sup> «Artículo 31. Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

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

<sup>28</sup> M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo

excluidos de la categoría de servidores públicos, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de las leyes señaladas, según se expone a continuación:

La Ley 244 de 1995<sup>29</sup> contempló los términos para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los **servidores públicos**, so pena de que la entidad obligada pagara al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo, en los siguientes términos:

«Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley».

«Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

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

La anterior disposición legal fue modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>30</sup>, cuyo objeto fue la reglamentación del reconocimiento de **cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y servidores del Estado** y en el artículo 2 *ibidem* el legislador estableció el ámbito de aplicación, dentro del cual definió como destinatarios de la ley, los siguientes:

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

De las disposiciones transcritas, se evidencia que si bien el objeto de las normas fue regular el pago de las cesantías de los servidores públicos, también lo es que

---

<sup>29</sup> «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

<sup>30</sup> «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

no especificó expresamente en su articulado si dentro de estos últimos se encuentran comprendidos los docentes afiliados al FOMAG; y frente a lo estipulado por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación SU/336/17, la Sala pone de presente la necesidad de que el Consejo de Estado defina la naturaleza jurídica de los docentes oficiales, en ejercicio de la atribución de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, contemplada por mandato constitucional en el artículo 237, numeral 1, de la Constitución Política<sup>31</sup>, puesto que parecería un contrasentido, el que no se encuentren dentro de la categoría de servidor público, para luego señalar que son empleados oficiales de régimen especial.

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

Así, en algunas oportunidades el tribunal supremo de lo contencioso administrativo señaló que no existe ninguna razón para excluir a los docentes del sector oficial del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, al considerar que al igual que los demás servidores públicos en el marco del artículo 123 de la Constitución Política, son sujetos pasibles de la sanción moratoria prevista en dichas disposiciones a modo de correctivo represivo e inclusive preventivo, en virtud de la importancia de dicha prerrogativa laboral – cesantías, así como en aras de materializar el derecho a la igualdad y el principio *in dubio pro operario*, previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> «ARTICULO 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:

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

[...]

<sup>32</sup> Este criterio fue expuesto en los fallos de 21 de mayo de 2009, expediente 23001-23-31-000-2004-00069-02. (0859-08). C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez; de 21 de octubre de 2011, expediente 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) C.P.: Gustavo Gómez Aranguren; de 22 de enero de 2015, expediente 73001-23-31-000-2013-00192-01. (0271-14) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; del 14 de diciembre de 2015, expediente 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-14) CP: Gerardo Arenas Monsalve; del 17 de noviembre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) CP: William Hernández Gómez.

del 25 de mayo de 2017, expediente 18001233300020120004701 (0645-2014) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; del 8 de junio de 2017. expediente 73001233300020140019901 (0863-2015), C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, entre otros.

Contrario a la postura anteriormente expuesta, en algunas sentencias, esta Corporación ha expuesto que no es jurídicamente viable aplicar la sanción moratoria prevista, en garantía del principio de unidad normativa, máxime cuando los docentes se encuentran regulados por un régimen especial previsto en las Leyes 91 de 1989<sup>33</sup>, 962 de 2005<sup>34</sup> y el Decreto 2831 de 2005<sup>35</sup>, que contemplan términos diversos al previsto en el sistema general, razón por la cual, no es razonable exigir a las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas ni a la Fiduciaria La Previsora S.A., el cumplimiento del plazo señalado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en la medida en que las normas aplicables de manera excepcional a los afiliados al FOMAG consagraron términos diversos e inclusive más extensos, y adicional a ello, el legislador no contempló en ellas, tal penalidad<sup>36</sup>.

La situación descrita conllevó a que los demandantes acudieran a la acción de tutela, alegando la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad en las decisiones judiciales. En primera instancia, el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, negó el amparo solicitado, al considerar que dicho mecanismo jurídico no era el idóneo para decidir controversias respecto de los cuales no exista jurisprudencia pacífica, toda vez que el juez competente para resolver acerca de una posible unificación de jurisprudencia le fue atribuida a esta Corporación, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo. En tal virtud, la Corte Constitucional en ejercicio de la facultad de revisión prevista en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991<sup>37</sup>, seleccionó la decisión judicial y profirió la aludida sentencia de unificación.

## **2) Exigibilidad de la sanción moratoria**

---

<sup>33</sup> Ibídem 28.

<sup>34</sup> «Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios»

<sup>35</sup> «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

<sup>36</sup> Postura acogida en las sentencias del 9 de julio de 2009, expediente 0672-07. 76001-23-31-000-2004-01655-01. Número interno 0672-07. CP: Gerardo Arenas Monsalve; del 26 de agosto de 2010, expediente 1738-08. CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila; del 19 de enero de 2015. Número interno: 4400-13. CP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; entre otros.

<sup>37</sup> «Artículo 31. Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

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

Sobre el particular, , máxime cuando en materia de los docentes oficiales, el Decreto 2831 de 2005<sup>38</sup> estableció un procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones sociales que difiere del fijado por la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, en cuanto a los términos para el mismo, lo que hace necesario que se determine la aplicación o no, de dicho decreto en los asuntos materia de debate.

Lo anterior, fue un aspecto objeto de análisis en la Sentencia de Unificación de 27 de marzo de 2007, proferida por la Sala Plena de esta Corporación<sup>39</sup>, en la que se determinó que el mecanismo jurídico procedente cuando se pretenda el reconocimiento de la sanción ante la mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, era la acción, hoy medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y solo en el caso concreto se refirió a la exigibilidad de la obligación, en tanto la administración guardó silencio frente a la petición de reliquidación de la prestación social. En consecuencia, ello solo fue analizado como un aspecto de la *obiter dicta*<sup>40</sup>, pero no constituyó la *ratio decidendi* que permita resolver, en adelante, casos similares frente a la misma problemática jurídica.

### **3) Salario base de liquidación de la sanción moratoria.**

En relación con este preciso elemento, la Sala ha evidenciado que en los casos en que se configura el retardo de la entidad pública empleadora frente al cumplimiento de la obligación legal de que trata la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, los tribunales administrativos del país en algunas sentencias han señalado que deberá tenerse en cuenta el último salario devengado por el servidor público, y en otras, han determinado que será el correspondiente al año

---

<sup>38</sup> «Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

<sup>39</sup> Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ). C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

<sup>40</sup> Al respecto, la Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. «Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los *obiter dicta*, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2° del artículo 230 de la Constitución Política.»

en que se produzca la mora, de tal manera que si ese incumplimiento se extiende en el tiempo, en el momento en que continúa por la siguiente vigencia fiscal, cambia el salario con base en el cual se efectúa la liquidación de la aludida penalidad de tipo pecuniario.

Al respecto, es necesario señalar que frente al salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria, la Sección Segunda de esta Corporación, se pronunció a través de la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 nro. 004 de 2016<sup>41</sup>; sin embargo, dado que la controversia se originó en la consignación tardía de las cesantías anualizadas de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema previsto en la Ley 50 de 1990<sup>42</sup>, solo ello fue objeto de unificación, sin hacer referencia a los demás regímenes, así como tampoco a la penalidad que se origina por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos.

**4)** La jurisprudencia de esta Corporación<sup>43</sup> como de la Corte Constitucional<sup>44</sup> refiriéndose a la aplicación de la indexación en materia de sanción moratoria, han señalado que en efecto no puede ser concomitante esta con la indexación de la cesantía no pagada a tiempo, por cuanto se entiende que dicha penalidad no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso, es superior a ella.

Sin embargo, respecto de la conservación del poder adquisitivo de la suma de dinero que ha sido reconocida por concepto de sanción moratoria a través de una determinada providencia judicial, vale la pena analizar y establecer si una vez se dejó de causar, debe ser actualizada al valor presente del momento en que es dictada la sentencia, y si frente a tal supuesto es viable la aplicación del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>42</sup> «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

<sup>43</sup> C.E. Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de noviembre de 2016, Radicado 2013-00190-01, N.I. 1520-2014, C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

<sup>44</sup> C.C. Sentencia C-448 del 19 de septiembre de 1996, MP. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

<sup>45</sup> «ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

[...]

En otras palabras, lo que se pretende analizar es si resulta procedente la actualización del valor de la sanción moratoria previamente causada y que se reconoce y ordena su pago a través de la sentencia.

Todo lo anterior, justifica que la Sección Segunda en pleno seleccione el expediente de la referencia para unificar la jurisprudencia, frente a los siguientes puntos:

- 1) ¿Cuál es la naturaleza del empleo de docente del sector oficial?
- 2) En el evento en que la administración guarde silencio frente a la solicitud de reconocimiento de las cesantías o se pronuncie de manera tardía. ¿A partir de qué momento se hace exigible la sanción por mora?
- 3) Cuál es el salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.
- 4) Determinar si resulta procedente la actualización del valor de la sanción moratoria una vez se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la reconoce.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

### **RESUELVE**

**PRIMERO. AVOCAR** el conocimiento del presente asunto con el objeto proferir sentencia de unificación jurisprudencial.

**SEGUNDO. ORDENAR NOTIFICAR** el presente auto de conformidad con el artículo 201 y 205 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

---

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.»



Administrativo – Ley 1437 de 2011<sup>46</sup>, a la apoderada judicial de la parte demandante en los correos electrónicos [linapagra@gmail.com](mailto:linapagra@gmail.com) y [huillman@hotmail.com](mailto:huillman@hotmail.com), y al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, en los correos electrónicos [notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co), [notificaciones.judiciales@tolima.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@tolima.gov.co) y [gonzalezvega.abogados@outlook.com](mailto:gonzalezvega.abogados@outlook.com).

**TERCERO. NOTIFICAR** este auto a la procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado, y al señor representante legal de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

**CUARTO. COMUNÍQUESE** a los tribunales administrativos y a los coordinadores de los juzgados administrativos del país la presente decisión, para que dispongan lo pertinente respecto de casos que tengan supuestos fácticos similares, a fin de garantizar los principios de seguridad jurídica, celeridad, publicidad e igualdad, todo ello sin perjuicio de la autonomía e independencia judicial.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase.**

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena de la Sección Segunda, en sesión de la fecha, por los señores Consejeros:

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS    CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

---

<sup>46</sup> «ARTÍCULO 205. NOTIFICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS. Además de los casos contemplados en los artículos anteriores, se podrán notificar las providencias a través de medios electrónicos, a quien haya aceptado expresamente este medio de notificación.

En este caso, la providencia a ser notificada se remitirá por el Secretario a la dirección electrónica registrada y para su envío se deberán utilizar los mecanismos que garanticen la autenticidad e integridad del mensaje. Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El Secretario hará constar este hecho en el expediente.

De las notificaciones realizadas electrónicamente se conservarán los registros para consulta permanente en línea por cualquier interesado.»

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**