

**Función Pública**

Sentencia 2017-00164 de 2021 Consejo de Estado

CESANTÍAS - Inclusión de bonificación de difícil acceso / AUXILIO DE CESANTÍAS EN EL SECTOR PÚBLICO - Marco normativo / RÉGIMEN DE CESANTÍAS DOCENTES - Fecha de vinculación / BONIFICACIÓN DE DIFÍCIL ACCESO - No constituye factor salarial y es equivalente al quince por ciento del salario que devenguen / INCLUSIÓN DE LA BONIFICACIÓN DE DIFÍCIL ACCESO EN LA LIQUIDACIÓN DE LAS CESANTÍAS - Improcedente / SANCIÓN MORATORIA - Solo tiene lugar en el evento en que la administración no cumpla con la obligación de cancelar las cesantías dentro del plazo legal previsto / SANCIÓN MORATORIA - No se configuró

Coexisten dos regímenes de cesantías, las retroactivas que son dables para quienes se vincularon a la administración pública hasta el 30 de diciembre de 1996 y las anualizadas creadas por la Ley 50 de 1990, inicialmente para el sector privado y que la Ley 344 de 1996 extendió a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor «31 de diciembre de 1996», incluidos los del nivel territorial. Los docentes oficiales, la ley regula 2 situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación, a saber: (i) docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes; y, (ii) docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 «sean nacionales o nacionalizados», se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional. A partir del Decreto 707 de 1996 y se estableció para aquellos docentes y directivos docentes que prestaran sus servicios en los establecimientos estatales de educación ubicados en zonas de difícil acceso, se encontrarán en una situación crítica de inseguridad o en territorios de explotación minera gozaran de una bonificación remunerativa especial mientras se desempeñaran de manera permanente en dichas zonas. La bonificación será equivalente al 15% del salario que devenguen y será pagada proporcionalmente al tiempo laborado durante el año académico, mientras se desempeñe de forma permanente sus funciones; sin embargo, precisó que este incentivo no constituye factor salarial ni prestacional. Resulta evidente que no es posible tener en cuenta la bonificación de difícil acceso dentro de la liquidación de las cesantías definitivas del entonces docente, por cuanto además de que no se encuentran enlistado en el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, lo cierto es que, de acuerdo con su naturaleza, no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto. es necesario precisar que la sanción moratoria solo tiene lugar en el evento en que la administración no cumpla con la obligación de cancelar las cesantías dentro del plazo legal previsto por el legislador, que puede variar de acuerdo a la situación concreta de cada beneficiario, de manera que el hecho de que la administración haya liquidado un monto por cesantías definitivas que luego haya sido objeto de un reajuste, no conlleva a determinar que desde la fecha de la solicitud de reconocimiento de la prestación hasta el pago de la misma, no se hayan cumplido con los términos establecidos por la ley para tal efecto.

FUENTE FORMAL: LEY 50 DE 1990 / LEY 344 DE 1996

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "B"

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 15001-23-33-000-2017-00164-01(3867-19)

Actor: ADRIANO COCUNUBO COCUNUBO

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

Referencia: TRÁMITE: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / SEGUNDA INSTANCIA. ASUNTO: ESTABLECER SI LA BONIFICACIÓN DE DIFÍCIL ACCESO DEBIESE SER TENIDA EN CUENTA AL MOMENTO DE LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS Y SI HAY LUGAR AL PAGO

DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO INCOMPLETO DE LA PRESTACIÓN.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 15 de noviembre de 2019¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de abril de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio de la cual, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Adriano Cocunubo Cocunubo en contra de Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I.ANTECEDENTES.

1.1 La demanda y sus fundamentos².

Adriano Cocunubo Cocunubo, por intermedio de apoderado judicial³, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho -Ley 1437 de 2011- presentó demanda con el fin que se declare la nulidad parcial de la Resolución 007116 del 14 de octubre de 2016, por medio de la cual el Secretario de Educación del Departamento de Boyacá le reconoció sus cesantías definitivas.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: (i) el reajuste, liquidación y pago en la cesantía definitiva de conformidad con los factores salariales devengados durante el 24 de junio de 2015 y el 23 de junio de 2016 no tenidos en cuenta en la liquidación, tales como la bonificación de difícil acceso y la prima de servicios; (ii) la diferencia entre lo cancelado y lo dejado de cancelar; (iii) el pago de los intereses moratorios de conformidad con las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 1996; (iv) los derechos que surjan como consecuencia de la inaplicabilidad de las disposiciones contenidas en el Artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y, (v) el pago de costas del proceso y agencias en derecho.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica, así:

El señor Adriano Cocunubo Cocunubo prestó sus servicios como Docente en el Departamento de Boyacá desde el 12 de noviembre de 1980 al 23 de junio de 2016⁴.

El 16 de agosto de 2016 el citado señor le solicitó al Secretario de Educación del Departamento de Boyacá el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, las cuales fueron otorgadas por medio de la Resolución 7116 de 14 de octubre de 2016, sin embargo, dejó de incluir la bonificación de difícil acceso que equivale al 15% de su asignación básica y la prima de servicios.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política Artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 53, 58 y 336; Leyes 6 de 1945, Artículos 1, 12 y 17; 91 de 1989, Artículo 15; 1071 de 2006, Artículos 4 y 5; y, Decretos 2767 de 1945; 1160 de 1947 Artículos 2, 4 y 6; 1045 de 1978, Artículos 5, 40 y 45.

Como concepto de violación de las normas invocadas, manifestó que el acto demandado está afectado por los siguientes cargos:

Violación al principio de igualdad. Por cuanto se desconoció el mandato constitucional de no liquidar, reconocer y pagar sus cesantías con la inclusión de todos los factores salariales, dado que en el acto acusado no le fue incluida la bonificación de difícil acceso y la prima de servicios, las cuales fueron certificados por la Secretaría de Educación⁵ y, además, se les ha reconocido a los demás docentes del departamento.

Falsa motivación, dado que para liquidar las cesantías es necesario tener en cuenta todos los factores salariales que percibió durante el último año de servicios, lo cual no ocurrió en el sub-lite en la medida en que fueron desconocidos la prima de servicios y la bonificación de difícil acceso.

Sancción moratoria, ya que es obligación de la administración el pago de las cesantías de acuerdo con la Ley 1076 de 2006, esto es, máximo a los 65 días hábiles a partir de la liquidación de éstas, pues en caso de retraso, se deberá reconocer y cancelar a favor un día de salario por cada día de retardo hasta se haga efectivo el pago de éstas. En tal sentido, se tiene que el término establecido por ley es de 45 días posteriores a la expedición de la resolución, ello quiere decir que el pago se debió efectuar a más tardar el 18 de noviembre de 2016 y no, como ocurrió en el presente caso, que le fue pagada el 29 de diciembre de 2016.

1.3 Contestación de la demanda.⁶

La Nación -Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de su apoderado, solicitó negar las súplicas con fundamento en los siguientes argumentos:

El Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad de actuar como nominador de acuerdo con las Leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, en donde fueron trasladadas a las entidades del orden territorial la administración de los recursos, siendo los municipios, departamentos y distritos los responsables de éstos; asimismo, a través del Decreto 2831 de 2005 se trasladó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes a las entidades territoriales. Por su parte, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado y reglamentado en la Ley 91 de 1989, en su Artículo 4º delimitó la competencia a la atención de las prestaciones sociales de los docentes a este órgano por el criterio de descentralización.

Para finalizar, propuso las siguientes excepciones: (i) integración de litisconsorte necesario, por ser forzosa la vinculación de la Fiduciaria la Previsora S.A., al ser esta la encargada del desembolso a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vocera administradora del patrimonio autónomo fiduciario y el principal responsable de garantizar la administración del patrimonio entregado por el fideicomitente; además de la vinculación de la entidad territorial; (ii) falta de legitimación en la causa, ya que el Ministerio de Educación no expidió los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales, por ser esa facultad exclusiva de las entidades territoriales de acuerdo con la Ley 715 de 2001; (iii) prescripción, en caso de que se accedan a las pretensiones de la demanda.

1.4 La sentencia apelada⁷.

El Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia del 29 de abril de 2019, resolvió declarar la nulidad parcial del acto y, en consecuencia, ordenó reajustar en debida forma y pagar la liquidación de cesantías definitivas, con la inclusión de la prima de servicios y la correspondiente indexación. Lo anterior, por los argumentos que se pasan a exponer:

Los factores salariales que debieron ser tenidos en cuenta para la liquidación de las cesantías son los establecidos en el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978⁸, en tal sentido, es procedente la inclusión de la prima de servicios, pues de acuerdo con el certificado de factores salariales devengados en el último año de servicio del demandante, se evidencia que percibió este factor salarial; contrario sucede con la bonificación de difícil acceso, puesto que solo es un incentivo para laborar en zonas de difícil acceso.

En referencia a la pretensión del reconocimiento y pago de la sanción moratoria, el actor no tiene derecho a ésta por pertenecer al régimen de cesantías retroactivas, concretamente, porque de acuerdo con la sentencia de unificación del Consejo de Estado⁹, los docentes solo tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, quienes se encuentren afiliados al régimen de liquidación anualizado.

1.5 El recurso de apelación¹⁰.

La parte demandante interpuso recurso de apelación con los argumentos que se exponen a continuación:

Expresó estar inconforme con la sentencia proferida por el *a quo*, en razón a que las cesantías de los docentes deben ser liquidadas con el promedio del salario percibido durante el último año de servicio, en tal sentido, se debió tener en cuenta la bonificación de difícil acceso.

Ahora, por esta razón y al no incluir de igual modo la prima de servicios, es dable el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sobre el particular indicó que *"(...) se encuentra acreditado que mi representado tendiendo derecho a la prestación social de cesantía definitiva elevó la respectiva solicitud para el reconocimiento y pago pero que por causas imputables a la Administración no se ha reconocido en legal forma, lo que dio origen a las presentes diligencias, situación que en ningún caso puede ser excusada (...)".*

II. CONSIDERACIONES

De acuerdo con las exposiciones que obran en el recurso de apelación, establece la Sala como problema jurídico el siguiente:

Establecer si es dable la inclusión en la liquidación de cesantías definitivas del señor Adriano Cocunubo Cocunubo, la bonificación de difícil acceso; y, si le asiste derecho y pago a una sanción moratoria por el, aparente, pago tardío de esta prestación en la medida en que no le fueron incluidas todos los emolumentos que recibió en el último año.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el siguiente estudio: (i) marco legal del auxilio de cesantías en el sector público; (ii) régimen de cesantías de los docentes; (iii) bonificación de difícil acceso; y, (iv) Solución del caso.

(i) Auxilio de cesantías en el sector público.

El auxilio de cesantía es una prestación social de creación legal que debe pagar el empleador al trabajador por los servicios prestados en el evento en que llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda, se encuentra regulada en el Artículo 17 de la Ley 6ª de 1945¹¹, el cual previó, entre otras, que serían destinatarios los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio.

El parágrafo del Artículo 1º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946 “(...) [p]or la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras (...)”, extendió este beneficio a los trabajadores del orden territorial y a los particulares, así:

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

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

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968¹² fue creado el Fondo Nacional del Ahorro como un establecimiento público, vinculado al Ministerio de Desarrollo Económico, se inició la eliminación de la retroactividad de la cesantía, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, para instituir la liquidación anual de las cesantías, al contemplar en su Artículo 27 que cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado liquidarían la cesantía que de forma anual se causara en favor de sus trabajadores o empleados. Dicha liquidación, según esta norma, tiene carácter definitivo y no podrá ser revisada, aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

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

Con ocasión de la expedición de la Ley 50 de 1990¹³, fue modificado el sistema de liquidación, reconocimiento y pago de cesantías en el sector privado, a través de los denominados fondos de cesantías, por el nuevo régimen anualizado, en el cual el empleador al 31 de diciembre de cada año debe liquidar las cesantías por la anualidad o fracción consignando el valor correspondiente al fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el empleado antes del 15 de febrero de cada año y la sanción de un día de salario por cada día de retardo en el cumplimiento de la obligación, así:

“(...) ARTÍCULO 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

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

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

Por otro lado, el Artículo 13 de la Ley 344 de 1996¹⁴ amplió la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vincularan a las entidades del Estado «ramas legislativa y ejecutiva¹⁵» sin perjuicio de los derechos convencionales y de lo previsto en la Ley 91 de 1989, a partir de su entrada en rigor, esto es, el 31 de diciembre de 1996. Dice la norma:

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

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

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

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

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

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

Luego, con la expedición del Decreto 1582 del 5 de agosto de 1998¹⁶ se amplió el régimen de cesantías de que trata la Ley 50 de 1990 «anualizado» a los servidores públicos del orden territorial, así:

“(…) El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los Artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el Artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998. (...)”.

En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en la precitada Ley 344 de 1996, el Artículo 3 del Decreto 1582 de 1998 previó el siguiente procedimiento:

“(…) a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;

b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la seleccionada por el trabajador;

c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición. (...)”

Lo anterior, fue acogido por esta Corporación, en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016¹⁷, en la cual se argumentó:

“(…) En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1° del Decreto 1582 de 1998. (...)”.

Visto el anterior recuento normativo, es dable concluir que coexisten dos regímenes de cesantías, las retroactivas que son dables para quienes se vincularon a la administración pública hasta el 30 de diciembre de 1996 y las anualizadas creadas por la Ley 50 de 1990, inicialmente para el sector privado y que la Ley 344 de 1996 extendió a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigor «31 de diciembre de 1996», incluidos los del nivel territorial.

Sin embargo, para aquellos servidores con vinculación anterior a la Ley 344 de 1996 y beneficiarios del régimen retroactivo, el Decreto 1582 de 1998, les concedió la posibilidad de acogerse u optar por el régimen anualizado de cesantías, previa solicitud, liquidación total de la prestación y entrega del emolumento al fondo de su elección, tal como lo previó en su Artículo 3, procedimiento necesario para el deprecado cambio.

(ii) Del régimen de cesantías de los docentes.

A través de La Ley 91 de 1989¹⁸, el Congreso de la República creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio «FOMAG» y determinó sus competencias frente a la Nación y a las entidades territoriales así:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Por su parte, precisó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debería realizar el pago de las prestaciones sociales a los docentes oficiales, entre otros, de las cesantías, de la siguiente manera:

“(…) 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:

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

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

(...) Cesantías:

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.

Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional»

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

(iii) Bonificación de difícil acceso.

La bonificación de difícil acceso es un incentivo que se originó con la expedición de la Ley 115 de 1994¹⁹, que estableció una bonificación especial para los docentes que prestaran sus servicios en zonas de difícil acceso o en situaciones de crítica inseguridad, así:

“(…) ARTICULO 134. Incentivo especial para ascenso en el escalafón. Los docentes estatales que presten sus servicios en zonas de difícil acceso o en situación crítica de inseguridad o mineras, disfrutarán, además, de una bonificación especial y de una disminución en el tiempo requerido para el ascenso dentro del escalafón, según reglamentación que expida el Gobierno Nacional (…)”.

Su reglamentación se dio a partir del Decreto 707 de 1996²⁰ y se estableció para aquellos docentes y directivos docentes que prestaran sus servicios en los establecimientos estatales de educación ubicados en zonas de difícil acceso, se encontraran en una situación crítica de inseguridad o en territorios de explotación minera gozaran de una bonificación remunerativa especial mientras se desempeñaran de manera permanente en dichas zonas. Por ello, para la aplicación de esta bonificación es necesario establecer qué es una zona de difícil acceso, quiénes gozarían del estímulo, cuál sería la bonificación y, por último, establecer si es un factor salarial o prestacional.

Para la aplicación del Decreto 707 de 1996, su Artículo 2 estableció que serán zonas de difícil acceso:

“(…) 1. de cualquier entidad territorial es aquella que por sus características geográficas, deficiencias de vías y medios de transporte, exige un esfuerzo físico o económico fuera de lo ordinario para la permanencia o movilización del docente.

En los distritos y en las capitales de departamento, también podrán ser consideradas de difícil acceso aquellas áreas urbanas y rurales que, por su vulnerabilidad, marginalidad y pobreza, no aseguran la eficiente prestación del servicio público educativo.

(…)

Corresponde al gobernador o al alcalde distrital, la determinación, categorización y modificación de tales zonas por medio de acto administrativo, previa consulta con la respectiva junta de educación”

A partir del Decreto 1171 de 2004 se establecen los siguientes criterios para ser considerada un área de difícil acceso; (i) que sea necesaria la utilización habitual de dos o más medios de transporte para un desplazamiento hasta el perímetro urbano; (ii) que no existan vías de comunicación que permitan el tránsito motorizado durante la mayor parte del año lectivo; y, (iii) que la prestación del servicio público de transporte terrestre, fluvial o marítimo tenga una frecuencia diaria.

Serán determinados por el Ministerio de Educación Nacional, con información proporcionada por los departamentos y municipios, los docentes y directivos beneficiarios de la bonificación y será la autoridad competente por el reglamento territorial la encargada de determinar la cuantía, oportunidad, forma de pago y momento en el cual comienza a percibirse el beneficio aplicando los criterios del Artículo 3 del Decreto 707 de 1996.

La bonificación será equivalente al 15% del salario que devenguen y será pagada proporcionalmente al tiempo laborado durante el año académico, mientras se desempeñe de forma permanente sus funciones; sin embargo, precisó que este incentivo no constituye factor salarial ni prestacional, veamos:

“(…) ARTÍCULO 5. Bonificación. Los docentes y directivos docentes que laboren en establecimientos educativos estatales, cuyas sedes estén ubicadas en áreas rurales de difícil acceso, tendrán derecho a una bonificación equivalente al quince por ciento (15%) del salario que devenguen. Esta bonificación no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto y para su reconocimiento por parte de la entidad territorial, requerirá previa disponibilidad presupuestal (…)”. (Subrayado fuera del texto)

Análisis del caso en concreto.

En el *sub-lite* el señor Adriano Cocunubo Cocunubo manifestó su desacuerdo frente a la decisión del *a quo* en la medida en que no fue incluida la bonificación de difícil dentro de la liquidación de las cesantías definitivas, además, porque no le fue reconocida la sanción moratoria.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala relacionará el material probatorio que obra en el expediente y luego abordará el planteamiento expuesto por el recurrente.

a) Por medio de la Resolución 003037 del 16 de mayo de 2016 el Secretario de Educación de Boyacá aceptó la renuncia del señor Adriano Cocunubo Cocunubo al cargo de docente a partir del 24 de junio de 2016²¹.

b) Mediante Resolución 007116 del 14 de octubre de 2016²², expedida por misma autoridad administrativa, le fue reconocida las cesantías definitivas al señor Adriano Cocunubo Cocunubo, para lo cual se tuvo en cuenta los siguientes emolumentos: (i) asignación básica; (ii) bonificación; (iii) auxilio de movilización; (iv) prima de grado; (v) prima de alimentación; (vi) prima rural 10%; (vii) prima de vacaciones; (viii) prima de navidad, las cual le fue consignada el 29 de diciembre de 2016²³.

c) De acuerdo con la certificación que obra a folio 122 del expediente, se evidencia que el señor Adriano Cocunubo Cocunubo prestó sus servicios para el Departamento de Boyacá desde el 12 de noviembre de 1980 hasta el 23 de junio de 2016.

De las pruebas anteriormente relacionadas se colige que el señor Adriano Cocunubo Cocunubo laboró desde el 12 de noviembre de 1980 al 23 de junio de 2016, como Docente perteneciente al régimen nacionalizado; es beneficiado del régimen de cesantías retroactivas que debió ser pagado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; a través de la Resolución 007116 del 14 de octubre de 2016 le fueron reconocidas las cesantías definitivas, en la cual se tuvo en cuenta los siguientes factores salariales para su liquidación: (a) asignación básica; (b) bonificación; (c) auxilio de movilización; (d) prima de grado; (e) prima de alimentación; (f) prima rural 10%; (g) prima de vacaciones; (h) prima de navidad.

Visto el recuento fáctico efectuado, la Secretaría de Educación de Boyacá cumplió con su obligación de liquidar y pagar las cesantías al docente perteneciente al régimen retroactivo, pues incluyó los factores salariales descritos por ley, entre los cuales se excluyó la bonificación de difícil acceso porque en su consagración legal estableció que esta no constituye factor salarial.

Bajo ese contexto, como el señor Adriano Cocunubo Cocunubo pertenece al régimen de cesantías retroactivas, aspecto que no es objeto de debate, la liquidación de la prestación social se efectúa con base en el último sueldo devengado por el servidor público para la liquidación e incluye todo lo recibido por concepto de primas o bonificaciones en una doceava siempre que sea cobijado en el Decreto 1045 de 1978²⁴ como factor salarial a tener en cuenta en la liquidación.

“(…) ARTICULO 45. DE LOS FACTORES DE SALARIO POR LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

a. La asignación básica mensual;

b. Los gastos de representación y la prima técnica;

c. Los dominicales y feriados;

d. Las horas extras;

e. Los auxilios de alimentación y transporte;

f. La prima de Navidad;

g. La bonificación por servicios prestados;

h. La prima de servicios;

i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;

k. La prima de vacaciones;

l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del Artículo 38 del decreto 3130 de 1968. (...)”.

Como se observa, la naturaleza de los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de cesantías y pensiones son taxativos, además, el Decreto 1171 de 2004²⁵, el cual regula la bonificación de difícil acceso como un incentivo especial para docentes y directivos docentes deja claro que esta no constituye factor salarial ni prestacional:

ARTÍCULO 5. Bonificación. Los docentes y directivos docentes que laboren en establecimientos educativos estatales, cuyas sedes estén ubicadas en áreas rurales de difícil acceso, tendrán derecho a una bonificación equivalente al quince por ciento (15%) del salario que devenguen. Esta bonificación no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto y para su reconocimiento por parte de la entidad territorial, requerirá previa disponibilidad presupuestal (Subrayado fuera del texto)

En virtud de lo anterior, resulta evidente que no es posible tener en cuenta la bonificación de difícil acceso dentro de la liquidación de las cesantías definitivas del entonces docente, Adriano Cocunubo Cocunubo, por cuanto además de que no se encuentran enlistado en el Artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, lo cierto es que, de acuerdo con su naturaleza, no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto.

De otro lado, es necesario precisar que la sanción moratoria solo tiene lugar en el evento en que la administración no cumpla con la obligación de cancelar las cesantías dentro del plazo legal previsto por el legislador, que puede variar de acuerdo a la situación concreta de cada beneficiario, de manera que el hecho de que la administración haya liquidado un monto por cesantías definitivas que luego haya sido objeto de un reajuste, no conlleva a determinar que desde la fecha de la solicitud de reconocimiento de la prestación hasta el pago de la misma, no se hayan cumplido con los términos establecidos por la ley para tal efecto.

En ese sentido, no encuentra la Sala de recibo las pretensiones del demandante fundadas en que la penalidad por mora se causó a su favor ante el supuesto pago incompleto de la prestación social, cuya cancelación total tuvo lugar el 29 de diciembre de 2016, una vez fueron liquidadas las cesantías definitivas por medio de la Resolución 7116 de 14 de octubre de 2016 «acto acusado», pues esta Corporación²⁶ en varias oportunidades ha señalado, que una indebida liquidación de las cesantías por un pago que en sentir de la actora fue parcial, no implica que el empleador haya incurrido en el supuesto de la norma que lo penaliza con una sanción económica al no haber cancelado dentro de la oportunidad legal las cesantías definitivas, pues una cosa es efectuar la liquidación y cancelación de la prestación social de acuerdo a las directrices tomadas por la entidad demandada en su momento y, otra es, reconocer fuera del plazo determinado por el legislador la prestación aludida.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia del 29 de abril de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio de la cual, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Adriano Cocunubo Cocunubo en contra de Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

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

(firmado electrónicamente) (firmado electrónicamente)

CARMELO PERDOMO CUÉTER CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(firmado electrónicamente)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Relatoría: AJSD/Dcsg/Lmr.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Visible en el folio 195 del expediente.
2. Visible a folios 2 al 114 del expediente.
3. El abogado Oscar Alberto Corredor Rojas.
4. Por medio de la Resolución 3037 de 16 de mayo de 2016 el Secretario de Educación de Boyacá le aceptó la renuncia al señor Adriano Cocunubo Cocunubo, visible a folio 15 del expediente.
5. En el Certificado de Salarios y Devengados, expedido por la Secretaría de Educación de Boyacá, visible en folios 16 al 19 del expediente.
6. Visible en folios 46 al 56 del expediente.
7. Visible a folios 141 al 160 del expediente.
8. *“(…) Artículo 45. de los factores de salario por la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*

A. La asignación básica mensual; b. Los gastos de representación y la prima técnica; c. Los dominicales y feriados; d. Las horas extras; e. Los auxilios de alimentación y transporte; f. La prima de Navidad; g. La bonificación por servicios prestados; h. La prima de servicios; i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio; j Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978; k. La prima de vacaciones; L. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; M. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del Artículo 38 del decreto 3130 de 1968. (…)”.
9. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda. Sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018. Radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015)
10. Visible en folio 162 a 170 del expediente.
11. *“(…) Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”.*
12. *“(…) Por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones (…)*”.
13. *“(…) Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones (…)*”.
14. *“(…) Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones (…)*”.
15. Excepto el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.
16. «Por el cual se reglamenta parcialmente los Artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia».

17. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 8001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16, demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo, demandado: Municipio de Soledad.

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

19. *Por la cual se expide la ley general de educación*

20. *Por el cual se reglamenta el otorgamiento de estímulos para los docentes que presten sus servicios en zonas de difícil acceso o en situación crítica de inseguridad o mineras y se dictan otras disposiciones.*

21. Visible en folio 15 del expediente

22. Visible en folio 20 al 22 del expediente.

23. Certificación bancaria visible en folio 23 del expediente.

24. *Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.*

25. *Por el cual se reglamenta el inciso 6° del Artículo 24 de la Ley 715 de 2001 en lo relacionado con los estímulos para los docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos estatales ubicados en áreas rurales de difícil acceso.*

26. Consejo de Estado – Sección Segunda –Subsección B, sentencia de 8 de septiembre de 2017, Rad. 2014-00355-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:35:07