



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 08001-23-33-000-2015-90059-01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo
Demandado: Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Temas: Sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales a docentes.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada, contra la sentencia proferida el 24 de enero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

Contencioso Administrativo, la señora María Josefa Lara Restrepo, por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad del Oficio 2014371 del 19 de mayo de 2014, mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago inoportuno de sus cesantías.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar la indemnización por la mora en el pago de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retraso en el pago, según lo establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; asimismo, condenar en costas y agencias en derecho a la entidad demandada y ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 a 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

Presta sus servicios a la docencia oficial, en el Distrito de Barranquilla, y, en tal calidad, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales a través de petición radicada en la administración distrital el 6 de enero de 2012.

La Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla, en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de su prestación, a través de la Resolución 04520 del 26 de julio de 2012, acto que se notificó el 2 de agosto de 2012, pero su pago tan solo se produjo el 21 de septiembre de ese año, de donde surge que se excedió el término para reconocer y pagar sus cesantías.

A causa de lo anterior, radicó petición el 30 de abril de 2014, con el fin de que se reconociera a su favor la indemnización moratoria, pero la entidad resolvió tal



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

requerimiento a través del acto acusado, en forma desfavorable a su pretensión.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 23 y 53 de la Constitución Política; 5, 6 y 9 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado de la demandante manifestó que la parte demandada no dio cumplimiento a los términos previstos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 para expedir el acto administrativo que dispuso el reconocimiento de sus cesantías parciales y para el pago de tal prestación, por ende, el legislador ha establecido que la manera en que se restablece el derecho vulnerado consiste en el reconocimiento de un día de salario por cada día de retraso, a título de sanción ante el incumplimiento.

Agregó que aunque la Ley 244 de 1995 establecía tal sanción para la demora en el pago de las cesantías definitivas, a través de la Ley 1071 de 2006, el legislador quiso extender tal reconocimiento, incluso, para las parciales. Además, precisó que es beneficiaria de esta última disposición en cuanto su artículo 2º establece que los destinatarios de ella son, entre otros, los empleados y trabajadores del Estado y, en su condición de docente, tiene tal calidad.

1.2. Contestación de la demanda

La parte demandada no hizo pronunciamiento alguno en esta etapa, tal como se dejó constancia durante la audiencia inicial¹¹.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Atlántico mediante sentencia proferida el 24 de

¹¹ Folio 67.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

enero de 2017², accedió a las pretensiones de la demanda.

Consideró que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 establecen un término de 15 días para la expedición del acto de reconocimiento de cesantías, y 65 días de plazo para pagar la prestación y, en el evento en que se excedan esos términos, el legislador previó una sanción a cargo del empleador moroso, equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

Agregó que según jurisprudencia del Consejo de Estado, los docentes sí son beneficiarios de las previsiones que, en materia de sanción moratoria, están contenidas en las aludidas leyes; por ende, como en el caso concreto se comprobó que la administración incurrió en tardanza para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales de la demandante, es viable reconocer la sanción pretendida, por el tiempo corrido entre el 13 de abril y el 21 de septiembre de 2012.

1.4. El recurso de apelación

La Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, actuando por conducto de su apoderada, interpuso recurso de apelación³. Dentro de sus argumentos señaló que una vez se emite el acto de reconocimiento de las cesantías, es la Fiduciaria Fiduprevisora la que dispone el pago, pero sujeta a que se cuente con los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues «no se cuenta con los recursos suficientes para el pago de todas las cesantías que se encuentran en trámite»; por ello, la disponibilidad presupuestal es trascendente para el pago de la prestación y, a partir de ella, se realiza el desembolso, atendiendo el estricto turno de radicación de la solicitud. Agregó que el trámite de las cesantías de los docentes se rige por el procedimiento y términos señalados en el Decreto 2831 de 2005.

² Folios 622 a 639.

³ Folios 649 a 655.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

Expuso que las reclamaciones de las cesantías de los docentes y el término para su pago, no se puede someter a lo previsto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, pues ese aspecto está regulado por la Ley 91 de 1989 y el Decreto previamente citado, los cuales no consagran la sanción moratoria pretendida.

Finalmente, indicó que no es viable imponer condena en contra de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, comoquiera que carece de competencias y facultades para variar un derecho que ha sido reconocido directamente por el ente territorial.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.2. La entidad demandada

La Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio recorrió el término para alegar⁴ y, en su escrito, expresó similares argumentos a los que sirvieron de base para el recurso de alzada.

1.5.2. La demandante

La parte demandante guardó silencio durante esta etapa procesal⁵.

1.6. El Ministerio Público

No rindió concepto⁶.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

⁴ Folios 687 a 695.

⁵ Folio 696.

⁶ Folio 696.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

Se circunscribe a establecer si la demandante, en su condición de docente, puede ser beneficiaria de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías parciales, de conformidad con lo previsto en la Ley 1071 de 2006. ✓

2.2. Marco normativo

La Ley 6 de 1945 «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el artículo 17, literal a), *ibidem*, consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

El Decreto 1160 de 1947 «sobre auxilio de cesantías», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos que estableció para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»⁷, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»⁸; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

⁷ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

⁸ Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías⁹, y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo¹⁰. Además, en los artículos 6 y 7 *ibidem*, fijó un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

Ahora bien, la Ley 244 de 1995 «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» en su artículo 1 estableció el término de quince (15) días para que la administración expida el acto de reconocimiento de cesantías definitivas de los servidores públicos, que han de contarse desde la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido, en todo caso, determinó que en el evento de que la solicitud esté incompleta, el empleador debe manifestarlo así al peticionario, dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen, pueda proferir el acto que reconozca la prestación; en el término inicialmente indicado.

El artículo 2 *ibidem* determinó que una vez se encuentre en firme el acto de reconocimiento de cesantías definitivas, la administración cuenta con el término de

⁹ Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

¹⁰ Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

cuarenta y cinco días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el párrafo, en el equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago.

Al respecto, es importante hacer mención de los argumentos que sirvieron de soporte a la exposición de motivos que dio origen a la sanción moratoria consagrada en la aludida ley, en especial, los siguientes:

(...) 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 al 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 trabajador¹¹.

La Ley 1071 de 2006, adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, **en torno al pago de las cesantías definitivas y parciales**¹² de los servidores públicos, en sus artículos 4 y 5 determinó lo siguiente:

Artículo 4°. 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

¹¹ Gaceta del Congreso año IV – núm. 225 del 5 de agosto de 1995.

¹² Es importante precisar que se entiende por cesantías parciales aquellas que se requieren a la administración o al fondo administrador de esa prestación con fines de adquirir vivienda o adelantar estudios. El artículo 3 de la Ley 1071 de 2006 al respecto, señaló: «**Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías.** Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos: /- 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente. /- 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.».



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

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 petionario 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 5°. 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.

De conformidad con lo previsto en el artículo 2, los destinatarios de la Ley 1071 de 2006, son:

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. (Se resalta).

Ahora bien, en lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 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 serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales¹³ que se causaran a favor del personal docente **nacional y nacionalizado**, a partir de la promulgación de esa ley.

¹³ De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)

Demandante: María Josefa Lara Restrepo

La aludida ley, en su artículo 1, numeral 3, precisó que los docentes territoriales son aquellos «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» y en el artículo 2 *ibidem* estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

Artículo 2º.- 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:

[...]

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado **que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley**, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **pero las entidades territoriales**, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

En lo que tiene que ver con las cesantías, su reconocimiento se estableció en el artículo 15 *ibidem*, en los siguientes términos:

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 periodo. 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. (Resalta la Sala).



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

El 26 de julio de 2012¹⁴, el secretario de educación del Distrito de Barranquilla expidió la Resolución 04520, por la cual reconoció una cesantía parcial para compra de vivienda, a favor de la demandante. En las consideraciones del aludido acto se indicó que la reclamación de la prestación fue radicada el 6 de enero de 2012. La resolución se notificó personalmente a la señora Lara Restrepo el 2 de agosto de 2012¹⁵. Además, según sello impuesto por el BBVA sobre el acto anterior, el pago de lo allí recocado se produjo el 21 de septiembre de 2012¹⁶.

El 19 de mayo de 2014¹⁷, la jefe de la Oficina Gestión Administrativa de la Alcaldía de Barranquilla expidió el Oficio 2014371, a través del cual negó el reconocimiento de la sanción pretendida, con base en el siguiente argumento:

Al verificar la resolución No. 04520 de 6/07/2012, se constata que efectivamente fue reconocida una Cesantía Parcial por parte de esta secretaría siendo esta notificada, ejecutoriada y enviada a la entidad pagadora para su trámite de pago.

Es menester advertir que para acceder al reconocimiento de una cesantía parcial se hace necesario cumplir con el trámite previsto en el decreto 2831 de 2005, cuyo procedimiento a seguir conlleva al agotamiento de las siguientes etapas: 1) radicación de la solicitud; 2) estudio, liquidación y elaboración del proyecto de reconocimiento; 3) envío del proyecto para su visto bueno a FIDUPREVISORA S.A.; de ser devuelto el proyecto con el visto bueno de aprobación, se suscribirá el acto

¹⁴ Folios 15 a 16.

¹⁵ Folio 16 vuelto.

¹⁶ Folio 15.

¹⁷ Folios 13 y 14.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

administrativo definitivo, 4) una vez notificado el acto administrativo y quedando ejecutoriado, se envía nuevamente para FIDUPREVISORA S.A. para que esta efectúe el pago como administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG.

[...]

La orden de pago con todos sus soportes fueron enviados a la entidad Fiduciaria para que efectuara el pago de lo reconocido por el ente territorial previa aprobación de la entidad pagadora. Al respecto, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para el reconocimiento de las prestaciones sociales, dispone de un término establecido en el decreto 2831 de 2005, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación y reconocimiento, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago en cumplimiento del artículo 5º de la ley 1071 de 2006.

En este sentido, se distinguen dos momentos diferentes que obedecen a situaciones distintas: uno es el momento de la liquidación de la prestación y otro es el momento de pago del mismo previamente liquidado.

La indemnización moratoria que regula la Ley 1071 de 2006, se causa cuando la administración cae en mora en el pago de la prestación que se ha liquidado en un acto administrativo en firme.

Con relación al pago de interés moratorio por el no pago oportuno de la cesantía parcial, cabe manifestarle que la Fiduprevisora S.A. en calidad de ente pagador, es quien realiza el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por tanto este último no está en las facultades para reconocer y pagar mora en sede administrativa a menos que se trate de una sentencia judicial.

2.4. Caso concreto

A efecto de resolver el problema jurídico planteado, la Sala debe precisar que la demandante solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria producto de la tardanza en que incurrió la administración en reconocer y pagar **sus cesantías parciales**, al tenor de lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006, de manera que el primer tema a abordar consiste en determinar si en su condición de docente, amparada por un régimen especial de liquidación de cesantías, es beneficiaria de la aludida ley, ante la mora en el pago de su prestación.

De acuerdo con las normas citadas en el acápite «marco normativo» de esta providencia, se debe concluir que los docentes **SÍ** están cobijados por las disposiciones de liquidación **parcial y definitiva** de las cesantías consagradas en



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

la Ley 1071 de 2006; así lo definió la Corte Constitucional¹⁸, en sentencia que se transcribe a continuación:

En la sentencia C-741 de 2012¹⁹ la Corporación precisó que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de estos últimos, pues el estatuto docente (artículo 2º) los define como 'empleados oficiales de régimen especial', al tiempo que la Ley General de Educación (artículo 2º 105, parágrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial. También se explicó que los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la Rama Ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales.

(...)

En este orden de ideas, corresponde al FOMAG reconocer y pagar las prestaciones sociales y la asistencia en salud. En lo que tiene que ver con el pago de las cesantías, debe aclararse que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los miembros de las Fuerzas Públicas y de la Policía Nacional, al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la Ley 91 de 1989, a los miembros de las comisiones públicas y a los "afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

En consecuencia, los docentes oficiales se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, que modificó el Código Sustantivo del Trabajo y estableció un nuevo régimen para el pago de cesantías.

Al respecto, la Ley 244 de 1995 fijó los términos para **el pago oportuno de las cesantías de los servidores públicos**, en esa dirección, estableció que la entidad responsable cuenta con quince (15) días hábiles para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías; y un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para realizar el pago, contados desde que la resolución de reconocimiento quede en firme. Estos términos deben contarse de conformidad con el artículo 76 del CPACA, donde se indica que contra la resolución que concede o niega el beneficio, se cuenta con un término de diez días para la presentación de los recursos de ley.

En otros términos, cuando el artículo 19 (sic) de la ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, **debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.**

(...)

En conclusión, de acuerdo a la legislación y la jurisprudencia, los docentes oficiales han sido considerados como servidores públicos con características especiales. En lo que hace al pago de las cesantías y la mora en el cumplimiento de esta obligación, es aplicable la Ley 1071 de 2006 que en su artículo 4º que establece el

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-486/16 M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁹ Cita propia del texto transcrito: MP. Nilson Pinilla Pinilla. SV. Jorge Iván Palacio Palacio.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

término máximo de quince (15) días para proferir la resolución de la solicitud y el artículo 5º, según el cual la entidad pagadora cuenta con un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para el pago. El interés de mora en esta normativa equivale a *"...un día de salario por cada de retardo hasta que se haga efectivo el pago"*.

Tal planteamiento fue materia de unificación por el máximo tribunal constitucional²⁰, y al respecto resaltó:

Bajo ese entendido, la aplicación de este régimen a los docentes estatales se adecúa a los postulados constitucionales, por las siguientes razones:

(i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

(ii) En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

(iii) Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

(iii) Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.

(iv) En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia SU 336/17, M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

Adicionalmente, esta Corporación²¹, en reciente sentencia de unificación definió que a los docentes oficiales sí les son aplicables, en materia de sanción moratoria, las previsiones de la Ley 244 de 1995 y disposiciones complementarias. Así discutió:

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que **cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley**, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago. (Resalta la Sala).

(...)

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

Así las cosas, aplicando el precedente de unificación jurisprudencial anotado, se debe concluir que la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 sí puede concederse a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso de demostrarse que se incurrió en mora en el pago de las cesantías **parciales o definitivas**.

Aunado a lo anterior, la Sala debe señalar que esta Corporación ha sostenido reiteradamente que los términos para reconocer y pagar las cesantías son

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01, número interno 4961-15.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

perentorios, de manera que no solo se debe atender el plazo señalado en la ley para el pago de la prestación, sino también el que estableció para reconocerla, pues es evidente que de este depende el pago y si se sobrepasa, la mora no podría contabilizarse desde cuando vencen los cuarenta y cinco días siguientes a la firmeza del acto.

En la sentencia de unificación a que se ha hecho referencia, al resolver el caso concreto, se consideró que como el acto administrativo de reconocimiento de cesantías se expidió cuando había fenecido el término previsto por la ley para ese efecto, se debía aplicar la regla jurisprudencial fijada para los casos de expedición extemporánea del acto, es decir, la señalada en el numeral 3.5.2. ya citado, el cual se tendrá en cuenta para resolver esta controversia.

Consecuentes con lo anterior, si la demora ocurrió tanto para la expedición del acto de reconocimiento de las cesantías, como para el pago de la prestación o en uno u otro trámite, y, producto de ello, procede conceder la indemnización, esta procede desde que se cumplieron los términos perentorios con que contaba la administración para la expedición del acto y para el pago, de conformidad con la sentencia de unificación transcrita.

Además, se precisa que la sanción se impondrá con cargo al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por todo el tiempo de la mora, pues es la autoridad encargada del pago de la prestación. En reciente pronunciamiento de la Sala²², en torno a esa responsabilidad se señaló lo siguiente:

En el presente caso se observa que, tal como lo señaló el *a quo* no es procedente la vinculación del Departamento de Santander y del Municipio de Floridablanca, toda vez que conforme lo expuesto en precedencia, la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a las entidades territoriales. Estas últimas únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o improbadó por la entidad fiduciaria y es el

²² Sección segunda, subsección A, auto del 26 de abril de 2018, radicación 68001 23 33 000 2015 00739 01, número interno: 0743-2016, M.P. William Hernández Gómez.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el obligado a efectuar o materializar el pago que de la suscripción del acto emane.

Así pues, el Despacho rectifica la posición asumida mediante providencia de 11 de diciembre de 2017,²³ y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁴, consistente en que en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, **no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.**

Esto, ya que **las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en la secretarías de educación territoriales de los entes certificados, radican única y exclusivamente en la Nación –Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.** (Resalta la Sala).

Precisado lo anterior, la Sala analizará la situación de la demandante, a fin de establecer si la administración incurrió en mora en la consignación de sus cesantías parciales y, por ende, determinar si tiene derecho al reconocimiento de la sanción por la tardanza en el pago de esa prestación.

El 6 de enero de 2012, la señora María Josefa Lara Restrepo solicitó el reconocimiento y pago de sus **cesantías parciales**, con destino a compra de vivienda, según se desprende de las consideraciones de la Resolución 04520 del 26 de julio de 2012²⁵; de manera que, en cumplimiento de lo dispuesto en el

²³ Cita propia del texto transcrito: «Dentro del proceso con radicación 66-001-23-33-000-2014-00114-01, número interno: 2587-2015»

²⁴ Cita propia del texto transcrito: «En las sentencias del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo (i) de la Subsección “A”: Consejero ponente Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO del 2 de julio de 2015, Expediente: 25000-23-25-000-2012-00262-01(0836-13) Actor: Abel Rodríguez Céspedes, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio. Consejero ponente Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ del 12 de julio de 2017 Expediente: 08001-23-33-000-2012-00400-01(1874-14) Actor: Víctor Manuel Solano Ospina Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla. (ii) de la Subsección “B” con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE del 5 de diciembre de 2013 Expediente: 25000-23-25-000-2009-00467-01(2769-12) Actor: Hugo Guerrero Cáceres, Demandado: Ministerio de Educación Nacional. Otra del mismo Ponente del 10 de julio de 2014, Expediente: 05001233100020050421801 (2713-2013) Actor: Gustavo de Jesús García Rua. Adicionalmente y más recientes, dos con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, del 8 de septiembre de 2016, Expediente: 15001-23-33-000-2013-00082-01(1530-14) Actor: Julio Bonilla Briceño Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y del 15 de noviembre de 2017, Expediente: 41001-23-33-000-2015-00686-01(4155-16) Actor: Adriana Murcia Villaneda, Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio de Neiva - Departamento del Huila».

²⁵ Folios 15 y 16.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, la administración contaba con 15 días para expedir el acto de reconocimiento de ese auxilio, es decir, hasta el 30 de enero de 2012.

No obstante lo anterior, la Secretaría de Educación del Distrito de Barranquilla excedió el plazo de quince días señalado en la norma citada para expedir el acto, comoquiera que emitió la resolución que reconoció la prestación, tan solo hasta el 26 de julio de 2012²⁶.

Así las cosas, a partir del 31 de enero de 2012²⁷ empezaron a correr los cinco días²⁸ para que quedara ejecutoriado el acto administrativo, en el caso de que se hubiera expedido oportunamente, es decir, hasta el 6 de febrero de ese año, vencidos los cuales se empezaron a contabilizar los cuarenta y cinco días en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debía pagar la prestación reclamada, los que se cumplieron el 12 de abril de 2012, razón por la cual, a partir del día hábil siguiente -13 de abril de 2012- se empezó a causar la mora.

Ahora bien, el pago de las cesantías tanto solo se produjo hasta el 21 de septiembre de 2012, según consta en el constancia del Banco BBVA²⁹; de tal manera, se debe concluir que el Fondo demandado incurrió en mora desde el 13 de abril hasta el 20 de septiembre de 2012³⁰, por lo que procede el pago de la sanción durante ese período.

Ahora bien, se debe precisar que como la reclamación en sede administrativa, orientada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria se radicó el 30 de abril de 2014³¹, el derecho no está afectado por el fenómeno de prescripción,

²⁶ Folios 15 y 16.

²⁷ Día hábil siguiente al vencimiento de los 15 días de que disponía la administración para expedir oportunamente el acto administrativo de reconocimiento de la prestación.

²⁸ Se contabilizan cinco días, pues la fecha en que se debió expedir el acto aún estaba en vigencia el Código Contencioso Administrativo.

²⁹ Folio 15.

³⁰ Día anterior a aquél en que se produjo el pago de la prestación.

³¹ Según se indicó en el hecho 6 de la demanda.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

comoquiera que transcurrió un término inferior a tres años desde la fecha en que se hizo exigible la obligación y aquella en que se radicó la petición en sede administrativa, de manera que su pago procede por el período señalado por el *a quo*.

Finalmente, la Sala considera que como las pretensiones resultaron favorables a la demandante, es necesario remitir copia de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que se inicien las investigaciones a que haya lugar, en relación con la posible conducta omisiva en que pudieron incurrir las autoridades encargadas del pago de tales cesantías y que hubiera podido causar detrimento del erario, por lo cual se adicionará la providencia recurrida, en el sentido de impartir la orden aludida.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016³², respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso. Valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según

³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y comoquiera que de acuerdo con los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso³³, la condena en costas procede en la medida en que estas se hubieran comprobado y, en este caso, como la demandante no presentó alegatos de conclusión en segunda instancia, no procede condenar a la entidad al pago de costas en segunda instancia.

4. Conclusión

Con los anteriores argumentos se concluye que la demandante sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías parciales, razón por la cual se confirmará la sentencia recurrida que accedió a su reconocimiento, en los términos allí ordenados. Sin embargo, se adicionará la providencia, en el sentido de disponer la remisión de copia de esta providencia y la de primera instancia a las autoridades competentes, para lo de su cargo y se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada, de acuerdo con lo expuesto en el acápite que antecede.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

³³ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».



707
RECIBIDO
EN LA SECRETARIA DE JUSTICIA
EL 2015 JUL 28

Radicado: 08001 23 33 000 2015 90059 01 (3144-17)
Demandante: María Josefa Lara Restrepo

Primero.- Confirmar la sentencia proferida el 24 de enero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por María Josefa Lara Restrepo en contra de la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

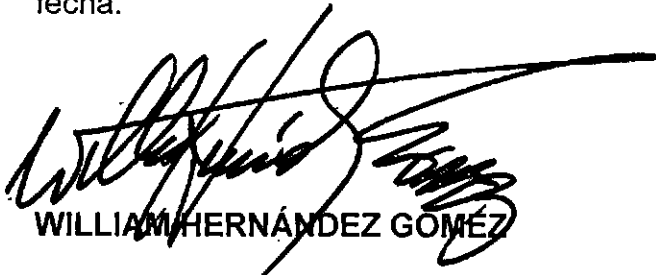
Segundo.- Adicionar la providencia recurrida en el sentido de remitir copia de esta providencia y del fallo de primera instancia a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que se inicien las investigaciones a que haya lugar, en relación con la posible conducta omisiva en que pudieron incurrir las autoridades encargadas del pago de las cesantías a la demandante, por el posible detrimento del erario.

Tercero.- Abstenerse de condenar en costas de segunda instancia al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según lo expuesto en la parte motiva.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
EN COMISIÓN


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

DDG

28 JUN 2019 En la fecha
registro proyecto de fallo