CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., primero de febrero de dos mil dieciocho

Radicación:	73001-23-33-000-2013-00181-01
Número interno:	2994-2014
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Isabel Gómez Guzmán
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima.

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-0010-2018

1. ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 3 de abril de 2014[1], proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que accedió a las pretensiones de la demanda.

2. LA DEMANDA[2]

La señora Isabel Gómez Guzmán, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al departamento del Tolima.

2.1. Pretensiones[3]

« […] Declaraciones

Primero: Declarar que con relación a la petición hecha el 20 de diciembre de 2011 los convocados no han dado respuesta operando el silencio administrativo negativo.

Segundo: Declarar que con relación a la petición enviada por correo certificado el 7 de marzo de 2012, a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, el demandando no ha dado respuesta por lo tanto está agotada la vía gubernativa.

Tercero: Declarar que con relación a la petición radicada el 7 de marzo de 2012, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Tolima, el accionado no ha dado respuesta, por lo tanto está agotada la vía gubernativa.

Cuarto: Declarar que con relación a la petición radicada el 7 de marzo de 2012, en el Departamento del Tolima, el requerido no ha dado respuesta, por lo tanto está agotada la vía gubernativa.

---

[1] Folio 333 – 243 del cuaderno principal
[2] Folios 85 a 93 del cuaderno principal
[3] Folios 85 y 86 del cuaderno principal

Quinto: Que se declare la nulidad de los actos administrativos fictos o presuntos como respuesta a lo solicitado en los escritos de 7 de marzo de 2012.

Sexto: Como consecuencia de lo anterior, declarar que se reconozca y se pague a mi poderdante, las cesantías definitivas a que tiene derecho por haber laborado como docente en el Departamento del Tolima.

Séptimo: Se declare el cumplimiento de lo consagrado en la Ley 244 de 1995, subrogada por la 1071 de 2006 por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio Regional Tolima y al Departamento del Tolima por el no pago dentro del término de ley para las cesantías definitivas de mi poderdante.

Condenas

Primera: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Tolima y el Departamento del Tolima, al pago de las cesantías definitivas de mi poderdante.

Segunda: Se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Tolima y el Departamento del Tolima, al cumplimiento consagrado en la Ley 244 de 1995, subrogada por la 1071 de 2006 a que tiene derecho mi poderdante con efectos desde el 23 de marzo de 2012, fecha en la cual se le debió haber pagado sus cesantías definitivas.

Tercera: Condenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo del salario y demás emolumentos de conformidad con los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cuarta: Ordenar el pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena, artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Quinta: Se condene en costas a la demandada. […]»

3. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba,[4] en esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

3.1. Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)[5]

En el presente caso a folios 216 – 220 del cuaderno principal, respecto de las excepciones previas se indicó lo siguiente:

> « […] Falta de legitimidad por pasiva (Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio) […] Téngase además en cuenta que siendo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, pero sin personería jurídica (artículo 3 de la Ley 91 de 1989), no puede ser demandado directamente, sino a través de la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

---

[4] Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo. Hernández Gómez William, Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas, actualmente consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

[5] Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.* EJRLB.

> Bajo esta premisa no hay duda alguna, que en el presente caso la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, está llamado a responder como demandado en el presente proceso.
>
> En virtud de lo anteriormente señalado, se deniega este medio exceptivo.
>
> […] Falta de legitimidad por pasiva (Departamento del Tolima) […] Entonces, si al momento de proyectar los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes, la entidad territorial lo suscribe en representación del Fondo, en este caso, al Departamento del Tolima se le debe sustraer de la relación sustancial que dio origen a la presente demanda en los términos solicitados por la apoderada del Departamento del Tolima.
> Así las cosas, se declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Departamento del Tolima y en consecuencia el proceso proseguirá su curso solamente contra la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.
> Por sustracción de materia, no se estudian las restantes excepciones propuestas por el ente territorial accionado. […]»

Para resolver el medio exceptivo de ineptitud de la demanda, propuesta por la Nación-Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Tribunal se valió de los mismos argumentos con los que resolvió la excepción de falta de legitimación.

> […] Prescripción (Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio) […] de tener derecho a la indemnización reclamada, dicho derecho se hizo exigible el 23 de marzo de 2012 (vencimiento del plazo que tenía la entidad para cancelarlas), como quiera que la accionante presentó la demanda el 6 de marzo de 2013, es claro que no han transcurrido más de tres años desde el momento en el cual se causó el derecho a percibir la referida sanción moratoria, razón por la cual ha de declararse no probada la excepción de prescripción extintiva del derecho. […]»

Contra la anterior decisión las partes no interpusieron recursos.

3.2. Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)[6]

En el *sub lite* a folios 220 y 221 de la audiencia inicial, sobre los siguientes hechos no se requerirá práctica de prueba:

- La señora Isabel Gómez Guzmán laboró como docente departamental hasta el 6 de mayo de 2012 (sic)[7], fecha de su retiro definitivo.
- El 20 de diciembre de 2011, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva.
- Mediante Resolución 02879 de 14 de junio de 2012 la demandada reconoció y ordenó el pago de las cesantías definitivas.
- La demandante elevó petición el 7 de marzo de 2012, donde solicitó el pago de las cesantías definitivas y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.
- La entidad accionada no contestó expresamente la solicitud.

Problema jurídico fijado en el litigio.

> « […] Se deberá establecer si el acto administrativo ficto demandado se ajustó o no a derecho, al negar el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, porque a la fecha de presentación de la demanda, la entidad accionada no había procedido al pago de las cesantías por retiro definitivo de la actora». […]»

4. SENTENCIA APELADA[8]

[6] La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de "tuerca y tornillo", porque es guía y ajuste de esta última. Hernández Gómez William, actualmente consejero de estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

[7] El año 2012 quedó indicado erróneamente por el Tribunal en el folio 220 del expediente.

[8] Folios 233 – 243 del cuaderno principal.

El Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia de 3 de abril de 2014, declaró la existencia y nulidad del acto administrativo ficto, a través del cual se dio respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria y ordenó a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a favor de la señora Isabel Gómez Guzmán la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 23 de marzo de 2012 al 5 de septiembre de 2013.

Indicó que si la accionante radicó la solicitud de pago de sus cesantías definitivas el 20 de diciembre de 2011, a partir de esa fecha deben computarse 15 días hábiles para expedir la resolución correspondiente de liquidación de las cesantías definitivas, más 45 días hábiles a partir de la fecha en la cual haya quedado en firme dicha resolución, para efectuar el pago de la prestación social, lo que implica que debe contabilizarse en total 60 días hábiles a partir de la petición, más el término de ejecutoria de la resolución correspondiente, que ordinariamente corresponde a 5 días hábiles, para un gran total de 65 días hábiles.

En consecuencia, la resolución de reconocimiento de tal derecho debió expedirse a más tardar a los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la documentación, es decir el 11 de enero de 2012, empero la administración solo lo expidió el 14 de junio de 2012, mediante Resolución de reconocimiento 2879, y el pago debió efectuarse el 22 de marzo de 2012 y la administración lo realizó el 6 de septiembre de 2013 por medio de entidad bancaria.

Por lo tanto, existió tardanza en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la demandante, pues pese a que la indemnización moratoria solo empieza a computarse a partir del día siguiente a los 65 días hábiles posteriores a la radicación de la petición, la sanción opera por el hecho de que la administración no cumple los términos en el trámite de la prestación,

vale decir, por no haberse pronunciado dentro del término de 15 días frente a la solicitud de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías definitivas.

No ordenó indexación alguna sobre las sumas reconocidas, ya que la sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.

Condenó en costas a la parte demandada y ordenó compulsar copias de lo actuado a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República para que se investigue la presunta falta en que hubieran podido incurrir los funcionarios de la Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por la mora en el pago de las cesantías de la demandante.

5. RECURSO DE APELACIÓN[9]

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

Solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia bajo el argumento de que el reconocimiento de la sanción solo procede respecto a los plazos para el pago y no en relación con el término para el trámite de las prestaciones económicas. Señaló que si bien es cierto el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 dispone de un término específico para tramitar la solicitud de cesantías y expedir la resolución de reconocimiento o negación, también lo es que no se prevé en su texto ninguna sanción económica por su incumplimiento.

Por el contrario, el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 establece la sanción económica para la entidad pagadora que no cumpla con su obligación dentro de los 45 días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo de reconocimiento de la prestación, en consecuencia, en contraposición a lo dispuesto en la norma, la demandante pretende solicitar

[9] Folios 249 – 251 del cuaderno principal.

sanciones pecuniarias a partir de la fecha de inicio del trámite de la solicitud de cesantías o del cumplimiento de 15 días después de haber sido ésta presentada.

Por otra parte consideró que la obligación dineraria que eventualmente se causa a cargo de esa entidad, debe ser tenida en cuenta como intereses de mora y por lo tanto no debe ni puede seguirse calculando en días de salario a favor del docente, sino que sobre el capital adeudado (monto de las cesantías reconocidas y no pagadas a tiempo) debe calcularse un interés o sanción por mora equivalente máximo a dos veces el interés bancario corriente que estuviera vigente al momento de causarse la deuda, esto es al 46 día hábil después de haber quedado ejecutoriada la resolución de reconocimiento de la cesantía sin que se haya hecho el pago, conforme a lo establecido en el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009.

Así mismo refirió que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad, como quiera que tanto el reconocimiento de la prestación como la negación del pago de una sanción moratoria se realizó por parte de la Secretaría de Educación y no contiene la manifestación de voluntad de la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes y el ministerio público guardaron silencio en esta etapa procesal.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[10], el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

7.2. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos que se deben resolver en esta sentencia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?
2. ¿Para el caso del reconocimiento de la sanción moratoria, debe estudiarse si el acto administrativo se expidió dentro del término legal señalado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006?
3. ¿Cómo se realiza el cálculo de la sanción moratoria regulada por la Ley 1071 de 2006 modificatoria de la Ley 244 de 1995?

7.2.1. Primer problema jurídico.

¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

---

[10] El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4.º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5.º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

En conclusión: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.
Así las cosas, no prospera el argumento expuesto por la entidad apelante, en el sentido que no tiene ninguna injerencia en el procedimiento de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes.

7.2.2. Segundo problema jurídico.

¿Para el caso del reconocimiento de la sanción moratoria, debe estudiarse si el acto administrativo se expidió dentro del término legal señalado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006?

La Subsección sostendrá la siguiente postura: para el estudio del reconocimiento de la sanción moratoria sí debe analizarse si el acto administrativo de reconocimiento se expidió dentro del término legal señalado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, por las razones que se explican a continuación:

Mediante la Ley 1071 de 2006 «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.», en el artículo 4. ° señaló:

> « […] Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.
>
> Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.
>
> Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo […]»

Así mismo, frente a la sanción moratoria, el artículo 5.° reguló:

> « […] 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 la normatividad transcrita se observa que el legislador no sólo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado[11], indicó a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

> «[…] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria […].
>
> En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. […]».

Para el caso bajo estudio la demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías definitivas el 20 de diciembre de 2011[12], las cuales fueron reconocidas mediante la Resolución 2879 de 14 de junio de 2012[13], denotándose que la entidad sobrepasó el término consagrado en el artículo 4.° atrás citado, dado que los 15 días hábiles con los que contaba la entidad para expedir la resolución correspondiente fenecieron el 11 de enero de 2012, tal como se refirió en la sentencia de primera instancia.

---

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de marzo de 2007, consejero ponente: doctor Jesús María Lemos Bustamante, Número Interno 2777-2004, demandante José Bolívar Caicedo Ruíz.

[12] Folio 13 y según consta en la Resolución 2879 de 14 de junio de 2012 – folio 189 del cuaderno principal

[13] Folios 189 a 191 del cuaderno principal.

Por lo tanto, no es procedente acoger el argumento expuesto por el ente apelante, en el sentido de contar los 45 días hábiles que trata el artículo 5.° de la Ley 1071 de 2006 desde la firmeza de la Resolución 2879 de 2012, toda vez que la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías empezó desde la emisión del acto administrativo de reconocimiento y no quedó demostrado que fue culpa de la demandante la tardanza en la expedición del mismo.

Corolario, se deben contar los 45 días aludidos, después de los 15 días hábiles desde la presentación de la solicitud, más 5 días de ejecutoria del acto administrativo, por haberse presentado la solicitud en vigencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), es decir a partir del 18 de enero de 2012 empieza a correr el término de 45 días para el pago. Así las cosas, el pago a la señora Isabel Gómez Guzmán debió realizarse a más tardar el 22 de marzo de 2012, no obstante la entidad canceló hasta el 6 de septiembre de 2013.

Lo anterior permite concluir, que la demandante tiene derecho a que se le reconozca la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 23 de marzo de 2012 hasta el 5 de septiembre de 2013. Tal como lo ordenó el *a quo.*

7.2.3. Tercer problema jurídico.

¿Cómo se realiza el cálculo de la sanción moratoria regulada por la Ley 1071 de 2006 modificatoria de la Ley 244 de 1995?

La Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio argumentó en el recurso de apelación que el pago que corresponde por concepto de sanción moratoria debe ser tenido como

«*intereses de mora*» en atención al artículo 88 de la Ley 1328 de 2009, y por lo tanto no puede seguirse calculando en días de salario a favor del docente.

Para esta Subsección no resulta acertado este planteamiento, toda vez que el legislador reguló de forma clara cómo debe realizarse el cálculo de la sanción moratoria allí establecida, y para ello expresamente señaló:

> « […] Mora en el pago. […] Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este […]» Subraya fuera de texto.

En atención a lo anterior, no prospera el cargo presentado por la entidad demandada en esta instancia.

Ratificación envío de copias

El Consejo de Estado encuentra necesario en esta instancia ratificar el envío de copias que ordenó el Tribunal Administrativo del Tolima a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República; para que investiguen dentro de sus competencia, las posibles conductas disciplinarias y/o el detrimento patrimonial o fiscal, en las que pudieron incurrir los funcionarios del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con ocasión del presente asunto.

7.3. De la condena en costas

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección[14] en el presente caso no se condenará en costas de segunda instancia a la entidad demandada, toda vez que no hubo intervención en esta instancia de la parte demandante.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 3 de abril de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que accedió a las pretensiones de la demanda de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa.

Segundo: Sin condena en costas de segunda instancia.

Tercero: Ratificar en esta instancia el envío de copias dispuesta por el Tribunal Administrativo del Tolima a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República; para que investiguen dentro de sus competencia, las posibles conductas disciplinarias y/o el detrimento patrimonial o fiscal, en las que pudieron incurrir los funcionarios del Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con ocasión del presente asunto.

Cuarto: De conformidad con el inciso 4.º del artículo 76 del CGP, se acepta la renuncia al poder presentada por la apoderada de la parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Paola Patricia Varón Vargas, obrante a folio 287.

---

[14] Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección "A" de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

Quinto: De conformidad con los términos y para los efectos del poder obrante a folio 290, se reconoce personería adjetiva para actuar en nombre y representación de la parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a la abogada Elsa Xiomara Morales Bustos, identificada con cédula de ciudadanía 1.110.486.699 expedida en Ibagué y portadora de tarjeta la profesional 210.511 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada principal; así mismo, conforme a la sustitución del poder obrante a folio 289, a la abogada Luisa Fernández Castellanos, identificada con la cédula de ciudadanía 1.014.235.649 expedida en Bogotá y portadora de la tarjeta profesional 262.670 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y cúmplase.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

MACO/JSG