



5

A

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Magistrado ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 73001- 23-33-000-2013-00711-01 (3469-2014)
Demandante : **Diógenes Romero Campos**
Demandado : Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento del Tolima - secretaría de educación
Tema : Sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales (Ley 1071 de 2006)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (ff. 128 a 130) contra la sentencia de 1° de julio de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe (ff. 110 a 126).

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control (ff. 12 a 15). El señor Diógenes Romero Campos, a través de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del oficio EE -3172 de 21 de febrero de 2013, por medio del cual la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó al actor la sanción moratoria «por la demora injustificada en el reconocimiento de las cesantías parciales».

A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada reconocer y pagar «[...] la suma de TREINTA Y DOS MILLONES QUINIENOS OCHENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$32.585.297) por concepto de sanción moratoria generada a partir del 15 de



septiembre de 2010 y hasta el 6 de septiembre de 2012 [...]».

1.3 Fundamentos fácticos. Relata el demandante que formuló «[...] ante el fondo de prestaciones sociales del magisterio, solicitud de reconocimiento de cesantías parciales el 6 de febrero de 2012 [sic]¹».

Que «[...] La prestación fue reconocida mediante resolución [...] 1256 del 14 de octubre de 2010 y pagada, según comprobante [...] del BBVA, el 7 de septiembre de 2012 [sic]², con lo cual generó una mora a partir del 15 de septiembre de 2010 y hasta el 6 de octubre de 2012 [...]».

Arguye que «[...] el 14 de febrero de 2013, radicó [...] solicitud de reconocimiento de la sanción ante el MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – REGIONAL TOLIMA».

Que «[...] El secretario de Educación del Departamento del Tolima, en representación del FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mediante oficio [...] EE-3172 de 21 de febrero de 2013, y notificado el 2 de abril de 2013, dio respuesta negando la petición [...]».

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Aduce que «[...] se ha violado la Ley 1071 de 2006 (31 de julio), la cual adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, que en su artículo 4° preceptúa: [...] **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».

Agrega que la norma en cita «[...] igualmente en su Artículo 5°, establece [que] la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45)

¹ Del memorial obrante en folio 78 del expediente se advierte que la solicitud de reconocimiento de cesantías realmente fue presentada por el actor ante la secretaría de educación del departamento del Tolima el 23 de junio de 2010.

² Según comprobante del Banco BBVA la entidad accionada realizó el pago de las cesantías parciales al actor el 24 de agosto de 2012 (f. 9).



días hábiles, a partir de la cual qued[a] en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social [...]».

1.5 Contestación de la demanda.

1.5.1 Departamento del Tolima – secretaría de educación (ff. 37 a 50). La entidad demandada, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; respecto de los hechos dice que algunos son ciertos, otros no y los demás no constituyen situaciones fácticas.

Asevera que «[...] mediante Resolución N° 1256 del 14 de Octubre [sic] de 2010, se reconoció y ordenó el pago de las cesantías Definitivas a favor del señor DIOGENES [sic] ROMERO CAMPOS», pero «[...] la mencionada resolución fue expedida por la Secretaria [sic] de Educación del Departamento del Tolima, actuando en Delegación del Ministerio de Educación Nacional y no en representación del Departamento del Tolima».

Que «[...] resulta improcedente emitir orden alguna en contra del Departamento del Tolima, pues, como quedó plenamente demostrado, la Secretaría de Educación Departamental al realizar el reconocimiento de cesantías de un docente lo hace en ejercicio de la función delegada por el Ministerio de Educación Nacional y no como una función propia».

Alude que «[...] como quiera que [...] no aporta prueba clara y fehaciente de la responsabilidad del Departamento del Tolima, sus pretensiones carecen de sustento jurídico, por lo que la Administración Departamental demuestra su actuar conforme a la ley [...]».

1.5.2 Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (ff. 58 a 61). Esta accionada sostiene que «[...] se debe tener en cuenta que la sanción señalada en la Ley 1071 de 2006 [...] solo procede respecto de los plazos para PAGO, y no en relación con los plazos para trámite de las prestaciones económicas. Si bien es cierto que el artículo 4 de la citada Ley dispone 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 para su incumplimiento».



Que «[...] por el contrario el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 establece 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. El plazo empezará a correr 5 días después de la notificación de la resolución respectiva, si no se interpone recurso alguno o a partir del día siguiente de la notificación de la resolución si se renuncia a término de ejecutoria. En contraposición a lo dispuesto en la norma en cita el demandante y docente pretende solicitar sanciones pecuniarias a partir de la fecha de inicio del trámite de la solicitud de cesantías o del cumplimiento de los 15 días después de haber sido ésta [sic] presentada».

Afirma «[...] que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad demandada, como quiera que tanto el reconocimiento de las prestaciones como la negación del pago de una sanción moratoria se realizó por parte de la Secretaria [sic] De Educación y no contiene la manifestación de voluntad de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION [sic] – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. [...] por lo tanto, el reconocimiento de la prestación no está a cargo de la entidad demandada».

1.6 Providencia impugnada. El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia de 1° de julio de 2014 (ff. 110 a 116), accedió a las súplicas de la demanda, al estimar que «[...] el día 23 de junio de 2010, se elevó la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales, siendo reconocida la prestación el día 14 de octubre de 2010, mediante Resolución N°. 12858 [sic] [...], y se pagaron el 24 de agosto de 2010 [sic]».

Que «[...] ante la demora de la administración para emitir un pronunciamiento dentro del término indicado, el término para contar el día a partir del cual se genera la indemnización moratoria, será de sesenta y cinco días hábiles, que corresponden a los quince (15) días hábiles que tenía la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que correspondían a la ejecutoria más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución [...]».

Expone que «[...] Es claro que la entidad demandada Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través del departamento del Tolima, incurrieron en la conducta que da lugar a la aplicación de la sanción prevista en la ley, puesto que desde el 25 de septiembre de 2010, día siguiente al vencimiento del plazo de ley para proceder al pago de cesantía solicitada, al 23 de agosto del 2012, día anterior al pago, contravinieron la



obligación [...], lo cual equivale a 699 días [...]]».

1.7 Recurso de apelación (ff. 128 a 175). Inconforme con la decisión de primera instancia, la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por intermedio de abogado, interpone recurso de apelación, en el que reitera los argumentos de la contestación de la demanda y asimismo considera que «[...] la obligación dineraria que eventualmente se cause a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio debe ser tomada en cuenta como “intereses de mora” y por lo tanto no puede ni debe seguirse calculando en día de salario a favor del docente, sino que, sobre el capital adeudado (monto de cesantías reconocidas y no pagadas en tiempo) debe calcularse un interés o sanción por mora equivalente máximo a dos veces el interés bancario corriente que estuviera vigente al momento de calcularse la deuda, esto es, al día 46 hábil después de haber quedado ejecutoriada la resolución de reconocimiento de cesantías sin que se haya hecho el pago, lo anterior conforme a lo establecido en el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009».

Por otra parte, insiste en que no es la entidad competente para el reconocimiento y pago de la obligación demandada.

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante proveído de 29 de julio de 2014 (f. 145) y admitido por esta Corporación a través de auto de 22 de septiembre siguiente (f. 151); en el que se dispuso la notificación personal al Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento del artículo 247 del CPACA.

2.1 Alegatos de conclusión. Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 25 de febrero de 2015 (f. 161), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por el actor, para reiterar los argumentos planteados en la demanda (f. 162).

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta



Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.3 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si al demandante le asiste derecho o no para reclamar de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la sanción moratoria establecida en el artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006, que modificó la 244 de 1995, por el pago tardío de sus cesantías parciales.

3.4 Marco jurídico. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

Las cesantías son una prestación social a favor del trabajador y a cargo del empleador, que tienen por objeto brindar unos recursos al primero para cubrir sus necesidades, como una protección transitoria al quedar cesante.

Por su parte, la indemnización moratoria por el pago tardío de las anteriores, hace parte del derecho sancionador por el incumplimiento de una obligación del empleador, la que carece de carácter accesorio e imprescriptible³, ya que (i) se causa por su no pago y no depende directamente del reconocimiento de las cesantías, ni hace parte de ellas, dado que se genera de manera excepcional, cuando el empleador omite su deber de cancelarlas dentro de los términos legales⁴; y (ii) dada la naturaleza sancionatoria de la indemnización por mora, no puede considerarse como un derecho exento del término de prescripción, so pena de vulnerar disposiciones legales que consagran que no existirán sanciones imprescriptibles.

En lo que atañe a la indemnización moratoria por el pago tardío o extemporáneo de las cesantías, la Ley 344 de 1996⁵, que remite al artículo 99 de la 50 de 1990,⁶ refiere a las anualizadas, y la Ley 244 de 1995⁷, adicionada

³ Respecto del fundamento normativo de la sanción moratoria, ver sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, con ponencia del entonces consejero Luis Rafael Vergara Quintero, radicado 0528-14.

⁴ Sentencia de la sección segunda, subsección A, de 1º de diciembre de 2016, consejero ponente: William Hernández Gómez, expediente: 08001-23-31-000-2011-01398-01(3221-15).

⁵ «Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones».

⁶ «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones».



y modificada por la 1071 de 2006⁸, regula lo concerniente a las cesantías definitivas y parciales.

Para el interés del asunto *sub examine*, la Ley 244 de 1995 determina:

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

Parágrafo.- En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

En ese contexto, la entidad pública empleadora debe expedir la correspondiente resolución dentro de los 15 días siguientes a la solicitud (cesantías parciales o liquidación de cesantías definitivas, según el caso) del interesado y tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles para su pago, a partir de la fecha en que adquiera firmeza el acto de reconocimiento, so pena de pagar un día de salario por cada día de retardo hasta su sufragación efectiva.

Al respecto, la sala plena de lo contencioso-administrativo del Consejo de

⁷ «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».

⁸ «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».



Estado, en fallo de 27 de marzo de 2007, radicado 276001-23-31-000-2000-02513-01 (2777-2004) IJ, proferido en vigor del Código Contencioso Administrativo (CCA), unificó el criterio respecto de la forma como se contabiliza ese término, así:

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 a 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.

[...]

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía (...) el tiempo a partir del cual comienza el término para que se genere la indemnización moratoria será 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, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Sobre el mismo tema, la sección segunda de esta Corporación en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016⁹, en lo concerniente a la reclamación, explicó que «[...] entre la fecha del retiro del servicio y la fecha en que empieza a correr la indemnización moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías definitivas, existe un lapso de por lo menos 65 días, durante los cuales se hace la reclamación de las prestaciones definitivas, se expide la resolución para su liquidación, se notifica y queda en firme ese acto administrativo y, finalmente, se realiza el pago dentro del término que prevé la Ley 244 de 1995», comoquiera que vencido el anterior, se causa la sanción moratoria.

No obstante, en vigor del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el término de ejecutoria del acto administrativo es de diez días, como lo preceptúa el artículo 76¹⁰, motivo por

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, expediente: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14).

¹⁰ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). «Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los



el cual el tiempo con el que cuenta la Administración para reconocer, liquidar y pagar el auxilio de cesantías es de 70 días hábiles a partir de la solicitud, como lo ha sostenido esta subsección¹¹, comoquiera que transcurridos aquellos, se genera la sanción moratoria.

Dicho en otras palabras, el término a partir del cual se hace exigible la sanción moratoria, por el pago tardío de las cesantías definitivas, comprende las siguientes posibilidades:

- (i) 45 días hábiles a partir del día siguiente de la ejecutoria (5 días hábiles en vigor del CCA o 10 con el CPACA) del acto que reconoce las cesantías definitivas; o en su defecto,
- (ii) cuando al cabo de los 15 días hábiles siguientes a la formulación de la solicitud por el interesado, esta no se resuelve o no se profiere el acto que las reconoce, se tendrá en cuenta la fecha de presentación, para contar 65 (CCA) o 70 (CPACA) días hábiles, que transcurridos, a partir del día hábil siguiente se causará la sanción moratoria.

Por otra parte, si bien es cierto que la Ley 1769 de 2015¹², en su artículo 89¹³, amplió el término de 45 a 60 días hábiles (siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social) para sufragar las cesantías, también lo es que dicho precepto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-486 de 7 de septiembre de 2016, al considerar que es una norma regresiva, que afecta los

actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios».

¹¹ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho: (i) sentencia de 30 de marzo de 2017, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 08001-23-33-000-2014-00332-01(3815-15); (ii) sentencia de 2 de marzo de 2017, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 08001-23-33-000-2012-00431-01(1721-14); (iii) sentencia de 26 de enero de 2017, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 08001-23-33-000-2013-00790-01(2621-15).

¹² «Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2016».

¹³ «ARTÍCULO 89. El pago que reconozca el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) por concepto de cesantías parciales o definitivas a sus afiliados se deberá realizar dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social solicitada.

A partir del día hábil sesenta y uno (61), se deberán reconocer a título de mora en el pago, intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada».



derechos de los trabajadores; la que fue proferida con efectos retroactivos, por lo que se aplican los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 para contabilizar los días de retardo.

Al respecto, resulta menester a esta Sala precisar que la norma a aplicar en el caso de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías es la que se encuentre en vigor al momento en que se causa la mora, no al término del vínculo laboral ni cuando se hace la petición de la cesantía.

3.5 Caso concreto. El material probatorio traído al plenario da cuenta de la situación respecto de los hechos a los cuales se refiere la presente demanda, en tal virtud, se destaca:

a) El actor solicitó ante la secretaría de educación del Tolima el 23 de junio de 2010 (radicado 2010-CES-0161000), el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales con destino a reparar vivienda (f. 78).

b) A través de Resolución 1256 de 14 de octubre de 2010, el secretario de educación y cultura del departamento del Tolima le reconoce al accionante la liquidación parcial de sus cesantías (ff. 5 a 8).

c) El 24 de agosto de 2012, le pagaron al demandante las cesantías parciales, según recibo del Banco BBVA por valor de \$10.000.000 (f. 9).

d) Con oficio EE- 3172 de 21 de febrero de 2013, el secretario de educación departamental del Tolima niega una petición de reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías del demandante radicada el 14 de febrero siguiente, según la parte motiva de dicho acto administrativo (ff. 3 a 4).

De las pruebas enunciadas se desprende que (i) el actor el 23 de julio de 2010 pidió el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales; (ii) mediante Resolución 1256 de 14 de octubre de 2010, le fueron liquidadas las cesantías desde 2002 hasta 2009, que arrojó un saldo a favor de \$11.316.927, que le fue pagado el 24 de agosto de 2012.

Por otro lado, el accionante el 14 de febrero de 2013 solicitó la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, que fue negada a través de oficio EE - 3172 de 21 de los mismos mes y año.



En lo que atañe al caso concreto, se concluye que como el accionante pidió sus cesantías parciales desde el 23 de junio de 2010, la demandada tenía hasta el 25 de septiembre siguiente para reconocer, liquidar y pagar oportunamente dicha prestación; no obstante, como estas le fueron sufragadas al actor el 24 de agosto de 2012, le asiste el derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de aquellas desde el 25 de septiembre de 2010 (día 66 después de la solicitud de liquidación) hasta el 23 de agosto de 2012 (día anterior al pago de las cesantías parciales), tal como lo determino el *a quo*.

Por otra parte, cabe precisar que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por el Ministerio de Educación Nacional, criterio que también acogió la subsección A¹⁴ de esta sección, bajo el siguiente análisis:

¿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:

- 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

¹⁴ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia O-032-2016 de 17 de noviembre de 2016, consejero ponente: William Hernández Gómez, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014).



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 (Nación - Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), en el sentido de que no tiene ninguna injerencia en el procedimiento de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes.

En lo concerniente a la aseveración de la apelante en el sentido de que «[...] la obligación dineraria que eventualmente se cause [...]» contra ella se debe tener como «interés de mora», vale anotar que dicha afirmación carece de asidero jurídico, puesto que la Ley 1071 de 2006, en el parágrafo del artículo 5.º, es clara al advertir que en caso de mora en el pago de las cesantías la entidad obligada debe cancelar con sus propios recursos al favorecido «[...] un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas [...]».

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 a las súplicas de la demanda.

Por último, en atención a que quien se halla habilitado legalmente para ello confirió poder en nombre de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya destinataria sustituyó el poder a otra profesional del derecho, se reconocerá personería a esta última, sin perjuicio de la validez de las actuaciones realizadas por la primera (ff. 176 a 177 y 179 a 182).

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,



Expediente: 73001-23-33-000-2013-00711-00 (3469 -2014)
Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Diógenes Romero Campos contra Nación – Ministerio de Educación
Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otro

FALLA:

1.º Confírmase la sentencia proferida el 1º de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Diógenes Romero Campos contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Reconócese personería a la abogada Elsa Xiomara Morales Bustos, con cédula de ciudadanía 1.110.486.669 y tarjeta profesional de abogado 210.511 del Consejo Superior de la Judicatura, en representación de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos de la sustitución de poder visible a folio 176.

3.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

1892

Wm. H. H. H.

1892