



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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., cuatro (4) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 73001-23-33-000-2014-00018-01 (4608-2014)
Demandante : **Fidel Santamaría Orduña**
Demandado : Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento del Tolima
Tema : Sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 16 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 15-26). El señor Fidel Santamaría Orduña, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar 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.

1.1.1 Pretensiones. 1) El demandante aspira a que se declare la nulidad del acto ficto o presunto originado en la petición presentada a la accionada el 27 de septiembre de 2012, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, artículos 1, 2, 4 y 5.



2) Que, como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a que le reconozca y pague la sanción moratoria, equivalente a un día de su salario por cada uno de retardo, por la cancelación inoportuna de sus cesantías parciales.

3) Que se ordene pagar las sumas debidamente indexadas y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

1.1.2 Fundamentos fácticos (ff. 15-26). Relata el demandante que, en su condición de docente, solicitó del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 27 de agosto de 2010, el reconocimiento y pago de cesantías parciales, que fueron concedidas, mediante Resolución 1502 de 29 de noviembre de 2010, del secretario de educación y cultura del Tolima, por valor de \$22.788.151, con destino a compra de vivienda.

Expresa que el pago efectivo de dichas cesantías parciales se efectuó, el 14 de mayo de 2012, por intermedio del banco BBVA, cuando el plazo para su cancelación se vencía el primero de diciembre de 2010. Por eso, el 27 de septiembre de 2012, pidió del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria; pero no obtuvo respuesta alguna.

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

El concepto de la violación se orienta a puntualizar que, conforme a las disposiciones antes relacionadas, entre el acto de reconocimiento de las cesantías y su cancelación no se debe superar el término de 65 días hábiles, so



pena de que ahí en adelante se genere una sanción moratoria, equivalente a un día de salario por uno de retardo, hasta cuando se realice el pago, conforme al artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006.

1.2 Contestación de la demanda. El departamento del Tolima, vinculado al proceso por el *a quo* por haber expedido «el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías del actor» (f. 36), se opone a las pretensiones de la demanda al indicar que la Resolución 1502 de 29 de noviembre de 2010, que admitió y ordenó el pago de las cesantías parciales a favor del demandante, de conformidad con lo establecido en la Ley 91 de 1989, fue expedida por la secretaría de educación y cultura del Tolima, en delegación del Ministerio de Educación Nacional, y no en su condición. En efecto, en los casos en que se discutan cuestiones relacionadas con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado de este, la representación la tendrá el Ministerio de Educación Nacional y en relación con el pago de los ya reconocidos la representación la tendrá la fiduciaria La Previsora S. A., sin que haya lugar a endilgar al departamento del Tolima mora en el pago de las cesantías.

Formula las excepciones de no comprender la demanda todos los litisconsorcios necesarios, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, imposibilidad de endilgar responsabilidad alguna al departamento del Tolima por el presunto pago tardío de las cesantías por inexistencia de la obligación de pago en la norma a cargo del ente territorial, cobro de lo no debido y buena fe (ff. 52-62).

Por otra parte, la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se enfrenta a las pretensiones de la demanda al señalar, en síntesis, que la mora no le es imputable porque no



participa en la expedición de actos administrativos de reconocimiento y pago de prestaciones sociales, de conformidad con la normativa vigente (Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005).

Las secretarías de educación son las que reconocen y ordenan el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como autoridad nominadora y responsable de las prestaciones sociales de los docentes a su cargo. Frente a la sanción moratoria debe aplicarse lo establecido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. La entidad pagadora (Fiduciaria La Previsora S.A.) tiene un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la ejecutoria del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías para cancelarlas, cuyo reconocimiento no es competencia del Ministerio de Educación Nacional.

Propone las excepciones de buena fe, prescripción, inexistencia de vulneración de principios legales y falta de legitimación por pasiva (ff. 67-70).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia de 16 de septiembre de 2014, negó las súplicas de la demanda y condenó en costas, al estimar que el régimen prestacional de los docentes (Ley 91 de 1989) no tiene establecida la indemnización moratoria (artículos 2 y 5 de la Ley 1071 de 2006) y, por ende, esta no podría reconocerse a cargo de la accionada, «puesto que en materia sancionatoria rige el principio de la tipicidad, es decir, que toda sanción previa su imposición, debe estar consagrada o establecida en la ley, por lo tanto, la sanción moratoria como sanción que es no puede ser aplicada analógicamente o por extensión al personal docente, pues se repite, los mismos están cubiertos



por un régimen especial, el cual no consagra tal situación como un derecho a favor de los empleados o servidores docentes, ni como una sanción en el evento del no reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de aquellos empleados» (ff. 94-116).

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El actor, inconforme con la anterior providencia, interpuso recurso de apelación, para que se revoque esta decisión y se acceda a las pretensiones de la demanda, en consideración a que los docentes, en su condición de servidores públicos (empleados), con régimen especial, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, de conformidad con el artículo 2.º de la Ley 1071 de 2006,¹ puesto que de esta norma «no puede inferirse que se excluyan regímenes especiales, como por ejemplo el de los docentes. Al contrario, en forma explícita, para que no quedara duda alguna relacionó situaciones especialísimas, como es el caso de los miembros de la fuerza pública y los trabajadores del Banco de la República (entidad autónoma de origen constitucional). Y aún más, hizo extensiva la norma a los particulares: (i) A los que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria; (ii) a los trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro» (ff. 117-124).

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto fue concedido, en auto de 3 de octubre de 2014, ante esta Corporación (f. 125), y se admitió por proveído de 28 de noviembre siguiente (f.130); y, después, en providencia de 4 de junio de 2015, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público

¹ Ley 1071 de 2006, artículo 2.º. «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».



para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 139), oportunidad aprovechada solo por el último de ellos.

El Ministerio Público (ff. 150-157). La señora procuradora tercera delegada ante esta Corporación pide que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se reconozca la sanción moratoria «desde el 27 de agosto de 2010 hasta el 14 de mayo de 2012», toda vez que la Ley 91 de 1989, que regula las cesantías de los docentes, no prohíbe la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, relativas al pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos en general.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

5.2 Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si, en los términos del recurso de apelación, el demandante, en calidad de docente, tiene derecho a que la accionada le reconozca y pague la sanción moratoria generada por el pago tardío de sus cesantías parciales, de conformidad con los artículos 2 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

5.3 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Resolución 1502 de 29 de noviembre de 2010, de la secretaría de educación y cultura del Tolima, por la cual se reconoce y ordena el pago de cesantías



parciales al demandante, por valor de \$22.788.151 (ff. 5-8).

b) Escrito del actor, de 27 de septiembre de 2012, en que pide del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la sanción moratoria de las cesantías parciales, entre el 1.º de diciembre de 2010 y el 14 de mayo de 2012, fecha en que se canceló la prestación (ff. 12, 13 y 34).

c) Dos comprobantes de pago del banco BBVA, de 24 de mayo de 2012, en que consta la cancelación de cesantías parciales efectuadas al actor, que se encontraban para pago desde el 14 anterior, por valor cada uno de \$11.394.076, o sea, para un total de \$22.788.152 (f. 9).

De las pruebas que obran en el expediente, se desprende que el demandante, en su condición de docente, solicitó la cancelación de sus cesantías parciales el 27 de agosto de 2010, según se anota en la Resolución 1502 de 29 de noviembre de 2010, de la secretaría de educación y cultura del Tolima (ff. 5-8), por la cual se le ordena el reconocimiento y pago de dicha prestación (\$22.788.151), que se efectuó el 14 de mayo de 2012, según dos comprobantes de pago del banco BBVA, de 24 de mayo de 2012, por valor cada uno de \$11.394.076 (f. 9).

El 27 de septiembre de 2012, el accionante solicitó del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la sanción moratoria de sus cesantías parciales en el lapso comprendido entre el primero de diciembre de 2010 y el 14 de mayo de 2012, fecha en que se le cancelaron (ff. 12, 13 y 34).

Ahora bien, 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 son manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía



mixta (en la actualidad la Fiduprevisora S. A.), a través de un contrato celebrado, por delegación del Gobierno nacional, con el Ministerio de Educación Nacional; y, entre sus objetivos, conforme al artículo 5.º de dicha ley, tiene el de efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado: los docentes del servicio público educativo, incorporados según las prescripciones del Decreto 3752 de 2003.

En este sentido, la Ley 962 de 8 de julio de 2005, «Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos», estableció, en su artículo 56, que «las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial». Este trámite fue reglamentado por los artículos 2 a 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, que, en los dos últimos, prevé:

Artículo 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la **sociedad fiduciaria** que se encargue del manejo de los recursos del **Fondo** [Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio] para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5º. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser



suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley (negritas fuera de texto).

Por otra parte, se debe recordar que si bien es cierto que la Ley 244 de 1995 estatuyó la **sanción moratoria** solo para las cesantías definitivas —con el fin de igualar a los servidores públicos a lo regulado para los trabajadores privados en la Ley 50 de 1990 (artículos 99 a 102)—, no lo es menos que el artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006 modificó y adicionó su artículo 2.º, en el sentido de que «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» (negritas fuera de texto).

Según 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», determina, en sus artículos 4.º y 5.º, el trámite de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales y la mora en el pago así:

Artículo 4º. 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.



Rad. 73001-23-33-000-2014-00018-01 (4608-2014)
Actor: Fidel Santamaría Orduña

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.

En efecto, ha de entenderse que la sanción moratoria estatuida en esta disposición es contra el empleador moroso y en beneficio del trabajador o empleado, puesto que el auxilio de cesantías debe ser recibido de manera oportuna en el momento que se necesita. Por ello, el legislador estableció una severa sanción de un día de salario por cada uno de retardo hasta que se haga efectivo su pago, la cual debe calcularse de acuerdo con el procedimiento señalado en las normas arriba transcritas, a saber:

Desde la misma fecha en que se radica la solicitud de las cesantías parciales o definitivas ante la autoridad competente, y si cumple todos los requisitos exigidos, el empleador tiene 15 días hábiles para expedir la respectiva resolución de reconocimiento y pago de dicho auxilio, más 5 días hábiles correspondientes a la ejecutoria; una vez en firme el acto administrativo, el empleador tiene un plazo de 45 días hábiles para realizar el pago (para un total de 65 días hábiles), y si no lo hace, desde el día siguiente correrá la sanción moratoria —en días calendario— de «un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago».



Sobre el particular, la sala plena de lo contencioso-administrativo de esta Corporación, en sentencia de 27 de marzo de 2007,² sobre la forma de computar la sanción moratoria, determinó:

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.

[...]

A dicha sanción moratoria, contrario a lo que afirma el *a quo*, los docentes, en calidad de servidores públicos, tienen derecho a su reconocimiento por el pago tardío de sus cesantías definitivas o parciales, según el artículo 2 de la Ley 1071 de 2006, tal como lo precisó esta Sección, en sentencia de unificación de 18 de julio de 2018,³ así:

Los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter restrictivo encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley. Por lo anterior, la Sala unifica su

² Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 27 de marzo de 2007, radicación 76001-23-31-000-2000-02513-01 (2777-04), consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, actor: José Bolívar Caicedo Ruiz, demandado: municipio de Santiago de Cali.

³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 18 de julio de 2018, expediente: 73001-23-33-000-2014-0058001(4961-15), consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, actor: Jorge Luis Ospina Cardona, demandado: Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento del Tolima.



jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.

Así las cosas, en el presente asunto, se toma como fecha de inicio del trámite administrativo para el pago de las cesantías parciales del demandante, el 27 de agosto de 2010, de la cual se computan los términos para expedir la resolución que las reconozca (15 días hábiles), o sea, hasta el 16 de septiembre siguiente, más 45 días hábiles para efectuar el pago y 5 de ejecutoria (30 de noviembre de 2010); de ahí en adelante (en días calendarios) hasta un día antes de efectuarse el desembolso (13 de mayo de 2012), se impone la sanción moratoria de un día de salario por cada uno de retardo, con arreglo al artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006, sin que haya ocurrido el fenómeno jurídico de la prescripción trienal, de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social,⁴ puesto que entre la fecha en que se hizo exigible el pago (30 de noviembre de 2010) y el reclamo de la cancelación de la sanción moratoria (27 de septiembre de 2012) no transcurrieron tres años, como se puede observar:

Solicitud de cesantías parciales	27 de agosto de 2010
Término para expedir la resolución (15 días)	16 de septiembre de 2010
Término ejecutoria de la resolución	23 de septiembre de 2010
Término para efectuar el pago (45 días hábiles)	30 de noviembre de 2010
Fecha de pago	14 de mayo de 2012
Petición de sanción moratoria	27 de septiembre de 2012

De lo expuesto, se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que paga las prestaciones sociales que son reconocidas por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, es el ente encargado

⁴Artículo 151. Prescripción. «Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual».



del reconocimiento y cancelación de las cesantías de los docentes afiliados, y no el departamento del Tolima, que no tiene la facultad para desconocer o controvertir la pretensión del actor, en torno a la cancelación tardía de las cesantías parciales, por no ser el ordenador del gasto o de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cual lleva a que se declare probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del ente territorial, pues constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo.⁵

En este sentido, la subsección A de esta sección, en sentencia de 29 de agosto de 2018,⁶ dijo:

[...]

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 Sala⁷, 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.

⁵ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera, subsección C, sentencia de 26 de septiembre de 2012, expediente: 05001-23-31-000-1995-00575 01(24677), consejero ponente: Enrique Gil Botero, actora: Martha Lucía Bedoya Vera y otros, demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional. «En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio [...] la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde el extremo activo significa ser la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico – procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia [...] la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas [...] la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso».

⁶ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia de 29 de agosto de 2018, expediente: 73001 23 33 000 2014 00536-01 (3739-15), consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, actora: Luz Stella Saavedra Ospina y otros, demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y municipio de Ibagué.

⁷ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, auto de 26 de abril de 2018, expediente: 68001-23-33-000-2015-00739-01 (0743-2016), consejero ponente: William Hernández Gómez



Rad. 73001-23-33-000-2014-00018-01 (4608-2014)

Actor: Fidel Santamaría Orduña

Estas últimas únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o improbadado por la entidad fiduciaria y es el 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 2017,⁸ y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado,⁹ 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).

Siguiendo esa línea, la Sala declarará probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Ibagué.

[...]

Por lo que precede, se ordenará a la accionada (Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) reconocer, sin indexación, al accionante, de conformidad con el artículo 5.º de la Ley 1071 de 2006, la sanción moratoria de un día de salario por cada uno de retardo, desde el primero de diciembre de 2010 hasta el 13 de mayo de 2012.

⁸ Cita propia del texto transcrito: «Dentro del proceso con radicación 66001-23-33-000-2014-00114-01 número interno: 2587-2015».

⁹ Cita propia del texto transcrito: «En las sentencias del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo (i) de la Subsección “A”: C. P. Luis Rafael Vergara Quintero del 2 de julio de 2015, Exp. 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. C. P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ del 12 de julio de 2017 Exp. 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 Exp. 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, Exp. 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 Exp. 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. Exp. 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».



La indexación o corrección monetaria a las prestaciones sociales procede solo si la ley no ha considerado otro mecanismo de compensación de los perjuicios ocasionados por la mora en el pago, puesto que al no ser la sanción moratoria un derecho laboral, sino una penalidad de naturaleza económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, como se estableció en la sentencia de unificación de esta Sección, de 18 de julio de 2018, antes citada, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente:

[...] se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo [...] las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con 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 revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se accederá a las súplicas de la demanda.

Por otro lado, en lo que concierne a las costas del proceso, que incluye las agencias en derecho que correspondan a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016,¹⁰ en el sentido de que «corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma».

¹⁰ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).



Por ello, esta Sala considera que el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), por remisión del 188 del CPACA, deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que los resultados del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que no se observa en el proceso, y, por lo tanto, no se impondrá la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Revócase la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Fidel Santamaría Orduña contra la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento del Tolima, y, en su lugar:

1.1 Declárase probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del departamento del Tolima, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

1.2 Declárase la nulidad del acto ficto o presunto ocurrido por la falta de respuesta de la accionada a la petición del actor de 27 de septiembre de 2012,



Rad. 73001-23-33-000-2014-00018-01 (4608-2014)
Actor: Fidel Santamaría Orduña

sobre el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de sus cesantías parciales.

1.3 Ordénase, a título de restablecimiento y del derecho, reconocer y pagar al accionante la sanción moratoria de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada uno de retardo, entre el primero de diciembre de 2010 y el 13 de mayo de 2012, con base en el salario devengado en el momento que se causó la mora, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

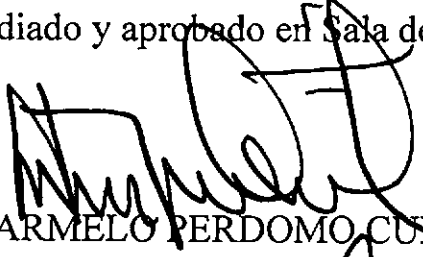
1.4 Niegáanse las demás pretensiones

1.5 Sin costas en ambas instancias

2. 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

