



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "A"

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete

Radicación: 730012333000201400107 01

Número interno: 1478-2015

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Rubén Darío Vidal

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹ y departamento del Tolima.

¹ En adelante FNPSM.

1. ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 20 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que denegó las pretensiones de la demanda.

2. ANTECEDENTES

El señor Rubén Darío Vidal, 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 el departamento de Tolima.

2.1. Pretensiones²

- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio EE 1844 del 31 de enero de 2013, mediante el cual se negó el reconocimiento de 693 días de sanción moratoria, por el retraso injustificado en el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales.

² Folios 14 y 15.

- A título de restablecimiento del derecho, solicitó que la entidad demandada sea condenada al pago de \$80.853 diarios, desde el 9 de agosto de 2010 hasta el 12 de julio de 2012, por concepto de sanción moratoria causada por el retardo en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.
- Ordenar el pago de las sumas debidamente indexadas. Dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA. Condenar 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;³ en esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. 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)⁴

³ Hernández Gómez William, magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas, actualmente consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

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

En el presente caso de folios 109 a 111 se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

Respecto de la excepción propuesta por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio denominada «falta de legitimación en la causa por pasiva», el juez de primera instancia realizó el análisis de las Leyes 91 de 1989, 115 de 1994 y del Decreto 1775 1990, para concluir que es evidente que el pago de las prestaciones sociales como las cesantías parciales o definitivas se encuentra a cargo del Fondo, por lo que la declaró no probada.

En cuanto al medio exceptivo de «prescripción», el despacho precisó que el pago de la cesantía parcial se generó el 13 de julio de 2012 y la reclamación para el pago de la sanción moratoria se presentó el 17 de enero de 2013, sin que transcurrieran más de 3 años, por lo que no había operado el fenómeno de la prescripción.

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

3.2. Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)⁵

En el *sub lite* a folios 111 a 116 de la audiencia inicial se fijó el litigio respecto las pretensiones, los hechos sobre los cuales no existe controversia, los que advierten diferencias y el problema jurídico, así:

Pretensiones:

«[...] La parte accionante solicita declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio SAC NO EE 1844 del 31 de enero de 2013, por medio

⁵ 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.

del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

Pretende se declare que tiene derecho a que la Nación- Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague la suma de ochenta mil ochocientos cincuenta y tres pesos (\$80.853,00) diarios, desde el 09 de agosto de 2010 hasta el 12 de julio de 2012, por concepto de sanción moratoria en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas el 3 de mayo de 2010.

A título de restablecimiento del derecho, solicita condenar a la entidad demandada a que le reconozca y pague la sanción por mora suma (sic) que deberán ser debidamente indexada.

Por último, solicita ordenar el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 del CPACA y se condene en costa (sic) a la demandada. [...]»

Hechos en los cuales no existe controversia:

«[...] **HECHO 1:** A través de la Resolución No. 05558 del 17 de noviembre de 2011, vista a folios 8 al 10 del expediente, la Secretaría de Educación Departamental – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, ordenó el pago del saldo líquido de cesantías parciales a favor de la accionante por valor de \$18.795.00 con destino a compra de vivienda.

HECHO 2: El pago efectivo de las cesantías parciales fue realizado el día 13 de julio de 2012. Este hecho se encuentra probado con la declaración de operaciones en efectivo vista a folio 12 del expediente.

HECHO 3: La parte accionante solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria en enero de 2013, conforme se observa a folio 2.

HECHO 4: Mediante oficio EE1844 del 31 de enero de 2013, la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, dio respuesta a la solicitud elevada por la parte actora indicando que las pretensiones sociales de los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son canceladas por la Fidupresivora S.A., por lo que no es procedente dicho reconocimiento por su parte.

En el mismo sentido, indica que por disposición Constitucional no puede hacer erogaciones de recursos públicos cuando no existe el presupuesto que así lo permita y en el caso que aquí corresponde, no existe un rubro o apropiación presupuestal para cancelar sanciones por posibles moras en el pago, razón por la cual no es viable acceder a la solicitud elevada por la (sic) accionante. [...]»

Hechos sobre los cuales existe diferencias:

«[...] La parte demandante afirma tener derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el retardo en el pago de las cesantías parciales, al haber transcurrido más de 65 días hábiles desde la presentación de la solicitud de las mismas.

Por su parte, la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio manifiesta que la sanción establecida en la Ley 1071 de 2006, que adicionó y modificó la Ley 244 de 195 (sic) solo procede respecto de los plazos para pago y no en relación con los plazos para trámite de las prestaciones económicas. Señala que si bien es cierto, el artículo 4 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 por su incumplimiento.

Aduce 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.

Manifiesta, que conforme al artículo 88 de la Ley 1328 de 2009, la obligación dineraria que eventualmente se cause a cargo de la Nación-Ministerio d Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debe ser tenida como “interés de mora” y no se puede calcular en días de salario, sino que, sobre el capital adeudado (monto de las 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 causarse la deuda, esto es al día 46 hábil después de haber quedado ejecutoriada la resolución de reconocimiento de las cesantías sin que se haya hecho el pago.

Explica, que dada la descentralización del sector educativo en virtud de la Ley 60 de 1993 posteriormente la Ley 715 de 2001, el Ministerio de Educación Nacional, perdió la facultad de nominador, la cual fue trasladada a los Departamentos, Municipios y Distritos certificados, correspondiéndole a estos la administración del personal docente y administrativos de los servicios educativos estatales, en cabeza de las Secretarías de Educación en virtud de las leyes (sic) 981 de 1989 y 962 de 2005, artículo 56, reglamentadas por el Decreto 2831 de 2005.

Indica, que el acto administrativo demandado no fue expedido por la entidad demandada, 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 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que éste es una

cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, que consiste en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a atender las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta de docente (sic), por lo tanto, el reconocimiento de la prestación no está a cargo de la entidad demandada.

A su vez, el (sic) apoderada judicial del ente territorial vinculado aduce que no está llamado a responder como quiera (sic) conforme a la Ley 91 de 1989, el encargado de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes, específicamente lo que tiene que ver con las cesantías es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta adscrita al Ministerio de Educación Nacional y quien debe realizar el pago oportuno de la prestación es la Fidupervisora S.A. quien es la administradora de los recursos del aludido Fondo.

Refiere que si bien el artículo 5° de la Ley 962 de julio de 2005 señala que las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales se radican ante la Secretaría de Educación de la entidad certificada y que es ésta quien elabora el proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones, también lo es que el proyectado acto debe ser remitido a la sociedad fiduciaria para que se encargue del manejo de los recursos del fondo para su aprobación y finalmente su pago.

En consecuencia, resulta improcedente emitir orden alguna en contra de la entidad territorial, puesto que la Secretaría de Educación al realizar el reconocimiento de cesantías lo hace en ejercicio de una función delegada por el Ministerio de Educación Nacional y no como función propia. [...]»

Problema jurídico:

«[...] se contrae a establecer si el señor Rubén Darío Vidal tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata la ley 1071 de 2006 , que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, al no haberse reconocido

y pagado el auxilio de cesantías parciales, dentro del término establecido en la norma en comento o si por el contrario, dichas normas no le son aplicables al personal docente por tener un régimen especial que no consagra dicha indemnización. [...]»

La decisión fue notificada en estrados, las partes no presentaron recursos.

4. SENTENCIA APELADA⁶

El Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia de 20 de febrero de 2015, negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Refirió que el personal docente no es destinatario de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, en tanto que los docentes cuentan con un régimen especial prestacional que no consagra dicha indemnización por el no pago oportuno de sus cesantías.

Posteriormente, transcribió apartes de la decisión de la Sala Plena de Decisión de Oralidad del Tribunal Administrativo del Tolima y la sentencia C-402 de 2013 de la Corte Constitucional, para concluir que la sanción moratoria no es aplicable al personal docente, pues a pesar de ser trabajadores del Estado, se encuentran sometidos a un régimen especial en materia prestacional que no tienen consagrada la referida sanción.

⁶ Folios 166 a 177 vto

En consecuencia, consideró que la sanción solicitada carecía de fundamentos jurídicos y normativos, por lo que no podía ser reconocida. Finalmente, condenó en costas al demandante.

5. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN⁷

El demandante solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que la Ley 1071 de 2006 es aplicable a todos los servidores públicos del estado, aunado a trató la sanción moratoria como una prestación social, cuando en realidad es una sanción por el retardo en el pago de las cesantías.

Así mismo, indicó que el fallo acusado vulnera abiertamente el principio de favorabilidad, para lo cual citó apartes jurisprudenciales al respecto. Arguyó que las sentencias citadas por el *a quo* no son aplicables al caso en concreto, debido a que en la norma especial no se encuentra consagrada la sanción por mora reclamada, por ende no se configura el principio de inescidibilidad.

Afirmó que la sentencia recurrida omitió dar aplicación al precedente del Consejo de Estado, que en diversas providencias ha condenado a varios entes administrativos al pago de la sanción por mora.

Así mismo recalcó que si bien la Ley 91 de 1989 consagró un régimen prestacional del personal docente, entre ellos el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y o definitivas, se debe tener en cuenta que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, son normas posteriores, aplicables al presente asunto en cumplimiento del artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

⁷ Folios 193 a 200

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante:⁸ Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, además afirmó que la condena en costas era improcedente y elevada, pues su actuación no era temeraria ni de mala fe, de hecho, hasta antes del 11 de septiembre de 2014, se venía reconociendo la sanción moratoria y, la presente demanda se había radicado el 28 de febrero de 2014.

Las partes demandadas y el ministerio público guardaron silencio en esta etapa procesal⁹.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

⁸ Folios 217 a 224.

⁹ Folio 235

7.2. Problemas jurídicos

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

1. ¿Al señor Rubén Darío Vidal, en calidad de docente oficial, le es aplicable el régimen de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, contemplado en la Ley 1071 de 2006?

En caso afirmativo de la anterior respuesta, se deberá resolver:

2. ¿El señor Rubén Darío Vidal tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006, por el presunto pago tardío de las cesantías parciales?
3. ¿Es aplicable la prescripción a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y operó dicho fenómeno en el presente asunto?
4. ¿Hay lugar a los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías?

7.2.1. Primer problema jurídico.

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.

¿Al señor Rubén Darío Vidal, en calidad de docente oficial, le es aplicable el régimen de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, contemplado en la Ley 1071 de 2006?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: A los docentes oficiales les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, como pasa a explicarse en cuanto a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías:

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 adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

En lo referente al reconocimiento y pago de las cesantías el ordinal 3.º del artículo 15, *ibidem*,¹¹ determinó que a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplicaría el sistema de cesantías con retroactividad, y a los docentes nacionalizados vinculados con posterioridad al 1.º de enero de 1990 y aquellos del orden nacional, se les aplicaría un sistema

¹¹ “[...] Artículo 15

[...]”

3.- Cesantías:

- A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.
- B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. [...]”

anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.¹²

Sin embargo, dicha normativa no señaló términos para el pago de la prestación social, y en consecuencia tampoco sanciones por pago tardío.

Ahora bien, para el caso de los servidores públicos en general, el legislador profirió la Ley 244 de 1995, la cual fue subrogada por la Ley 1071 de 2006, dentro de las cuales se regularon los términos para el reconocimiento y pago de cesantías, así como la sanción que debe cubrir la entidad en caso de mora en dicho pago.

En este sentido, ha surgido la discusión en relación con la aplicabilidad del régimen general de sanción moratoria a servidores públicos (docentes) afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que gozan de un régimen especial para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, ya que en la norma especial no reguló la sanción moratoria solicitada; en efecto, esta Sección frente al tema, ha señalado:

Número	Subsección	Fecha	Radicado Interno	Magistrado Ponente	Decisión y razón principal
1	B	09/07/2009	0672-2007	Dr. Gerardo Arenas Monsalve	No procede el reconocimiento de la sanción moratoria en el pago tardío de las cesantías, ya que no existe norma aplicable a los docentes, que así lo ordene.
2	A	19/01/2015	4400-2013	Dr. Gustavo Eduardo Gómez	A los docentes no les es aplicable el régimen de sanción moratoria, ya que el régimen de liquidación retroactiva de las cesantías es más favorable, tiene un procedimiento especial para su

¹² CONSEJO DE ESTADO - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" - consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren - 25 de marzo de 2010 - Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09) - Demandante: Aracelly García Quintero.

					reconocimiento, y se vulneraría el principio de inescindibilidad de la ley.
3	A	17/02/2015	2114-2013	Dr. Gustavo Eduardo Gómez	Es aplicable la Ley 1071 de 2006 a los docentes, por ser servidores públicos sin que la ley hiciera distinción.
4	B	14/12/2015	1498-2014	Dr. Gerardo Arenas Monsalve	No existe obstáculo legal para el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a favor de los docentes, toda vez que el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 incluye a todos los servidores públicos.
5	B	08/06/2017	4374-2014	Dra. Sandra Lisset Ibarra	En atención a la finalidad del legislador de determinar un término perentorio para la protección de la prestación social – cesantías, no existe impedimento alguno para aplicar la Ley 1071 de 2006 a los docentes, en la medida en que conforme la Constitución Política son servidores públicos.

Así mismo, hay otras providencias de esta Sección,¹³ donde efectivamente se concedió el derecho a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas para los docentes, conforme a las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, sin realizar un análisis de fondo sobre su aplicabilidad al caso de los docentes.

Como se observa, si bien en un principio (desde el año 2009 al mes de enero de 2015) estuvo en controversia la aplicabilidad de la sanción moratoria, objeto del presente asunto, lo cierto es que con posterioridad la posición ha sido unánime en ambas subsecciones de esta Sección Segunda, en el sentido

¹³

N.º	Subsección	Fecha	Radicado interno	Magistrado ponente
1	B	21/05/2009	0859-2008	Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez
2	A	21/10/2011	0672-2009	Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren
3	A	10/07/2014	2099-2013	Dr. Luis Rafael Vergara Quintero
4	B	22/01/2015	0271-2014	Dra. Sandra Lisset Ibarra
5	A	17/11/2016	1520-2014	Dr. William Hernández Gómez

de reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas de los docentes.

En resumen, la sanción moratoria que regula la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2016 se aplica a los docentes porque:¹⁴

- La normativa se ocupó en fijar términos perentorios para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de todos los servidores públicos, y en caso de mora fijó una sanción.
- Su finalidad es proteger el derecho de todos los servidores públicos de percibir oportunamente la liquidación de sus cesantías.
- Es una garantía del derecho al pago oportuno del salario contenido en el inciso 3.º del artículo 53 de la Constitución Política y en el Convenio 95 de la OIT, aprobado mediante Ley 54 de 1962; dentro del cual hace parte las cesantías.
- El pago de la cesantía debe ser oportuna pues la misma tiene por finalidad satisfacer su necesidad inmediata que ocasionó el retiro de la misma.
- El término perentorio para la liquidación de las cesantías busca que la administración expida la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.
- No se puede avalar el retardo injustificado de la administración en reconocer las cesantías, pues ello desconoce los motivos que el legislador tuvo para la consagración de la sanción moratoria.
- Los docentes oficiales ostentan la calidad de trabajadores y tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos

¹⁴ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, de fecha 14 de diciembre de 2015, radicación: 66001-23-33-000-2013-00189-01(1498-14), demandante: Diva Liliana Diago del Castillo, demandado: Ministerio de Educación Nacional.

trabajadores, consagrado en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

- La referida sanción no resulta incompatible con el régimen especial establecido para el reconocimiento de las cesantías de los docentes, pues no afectan las condiciones, términos y competencia para el reconocimiento de la indicada prestación ni se menoscaba el derecho de los docentes a esta prestación.

Ahora bien, ante este panorama el Tribunal Administrativo del Tolima, en múltiples providencias judiciales adoptó la tesis negativa inicialmente expuesta, como sucede en el presente caso. Ello originó la interposición de un número considerable de acciones de tutela que fueron decididas por esta Corporación y en las que se negó el amparo bajo la égida de que como el tribunal accionado adoptó una de las dos posiciones vigentes, sin haber sentencia de unificación y al haber sustentado su postura, no se vulneraban los derechos fundamentales deprecados.

En sede de revisión la Corte Constitucional observó dicho panorama y mediante la sentencia de unificación número SU-336 de 2017,¹⁵ resaltó la disparidad de criterios originada con la postura inicial del Consejo de Estado y amparó los derechos de los accionantes al concluir, tal como ya lo había hecho el Consejo de Estado en las decisiones proferidas desde febrero de 2015, que a los docentes sí les son aplicables las normas de sanción por mora en el pago de cesantías, por lo siguiente:

«[...] se puede decir que la Ley 91 de 1989, que regula lo concerniente al pago de las cesantías de los docentes, nada indica sobre el reconocimiento de la sanción por la mora en el pago tardío de dicha prestación, por lo que la jurisprudencia constitucional ha hecho una interpretación sobre la materia.

¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional de 18 de mayo de 2017, magistrado ponente (E) Iván Humberto Escruce Mayolo.

De conformidad con los pronunciamientos de este Tribunal, si bien los educadores oficiales no están expresamente rotulados dentro de ninguna de estas categorías de los servidores públicos, lo cierto es que el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución los definió como empleados oficiales de régimen especial, mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos y la Ley General de Educación, expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron servidores públicos de régimen especial, definiciones que pueden ser asumidas como de contenido equivalente. Así mismo, debe decirse que existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, por lo que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies, han de ser considerados empleados públicos. Por ello, cuando el artículo 19 de la Ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos. [...]»

Agregó la misma sentencia que la sanción moratoria debía reconocerse a los docentes, pues «[...] acoger una postura en virtud de la cual se acepte que los docentes estatales no son beneficiarios de la sanción moratoria de las cesantías no solo contraría esa voluntad del Legislativo y las razones por las cuales fue incluida dentro del ordenamiento jurídico una prestación social de esa naturaleza, sino que transgrede los fundamentos constitucionales en los cuales se sustentaron los proyectos de ley que ahora regulan la materia [...]».

De acuerdo con lo anterior, el régimen general de sanción moratoria contemplado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 es aplicable a los docentes, porque:

- El auxilio de cesantía es una prestación social creada con el fin de proteger al trabajador, ya sea en el caso de quedar sin el empleo o

porque las solicite para cubrir gastos en educación, mejoramiento o compra de vivienda.¹⁶

- La sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías (parciales o definitivas) es un castigo legal al empleador estatal moroso y a favor del servidor público, cuyo propósito es resarcir los daños que se causan a este último con el incumplimiento en el reconocimiento y pago de la prestación.¹⁷
- En efecto, es un régimen drástico a efectos de que los empleadores del sector público no retarden injustificadamente el pago de tales prestaciones, sin que para ello tenga que ver el régimen aplicable y en tanto que una de sus razones fue la de prevenir situaciones anómalas que se pudieron presentar en algunas de las entidades públicas.¹⁸

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de 8 de junio de 2017, radicación: 17001-23-33-000-2013-00575-01(4374-14), demandante: María Emma Gómez Mejía.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Lo anterior, según se desprende de la exposición de motivos del Proyecto de Ley 44 de 2005 Senado, “por medio de la cual se reglamenta el pago de las cesantías parciales a los servidores públicos y se fijan términos para su cancelación”, publicado en la Gaceta del Congreso 495 de 08 de agosto de 2005; que en su tenor literal señaló:

“[...] De otra parte el proyecto de ley se complementa con la Ley 244 del 29 de diciembre de 1995 también de mi autoría, que establece términos precisos para la cancelación de las Cesantías Totales a todos los servidores públicos y que desarrolla parte del artículo 53 de la Constitución, enunciado al comienzo de este escrito, el cual se refiere a la garantía que el Estado debe dar al pago oportuno.

Para nadie es un secreto que, cuando un empleado estatal solicita el pago de sus cesantías totales o parciales, comienza un largo y tedioso proceso burocrático. En ambos casos el trabajador tiene urgencia de adquirir el dinero: En el primero porque sus cesantías parciales tienen un propósito de inversión a corto plazo y en el segundo simplemente porque ha quedado cesante y estos dineros constituyen su forma de manutención, mientras logra vincularse a otro cargo, porque el trabajador tiene derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales.

Las anteriores circunstancias traen consigo, como es sabido, la necesidad económica del trabajador, y por ello se genera la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.

- Las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 contemplan una sanción por mora en el pago a partir de la fecha de reconocimiento, presuponiendo que el mismo debe hacerse en término legal o reglamentario fijado previamente.
- En efecto, las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, no excluyeron de la aplicación a regímenes especiales, por el contrario, incluyó a todos los trabajadores y servidores del Estado (servidores públicos),¹⁹ sin perjuicio de lo previsto para los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro. En este caso, los docentes oficiales son servidores públicos.²⁰
- Aplicar este régimen garantiza el derecho a la seguridad social, a la igualdad y condición más beneficiosa de los docentes oficiales.²¹
- La jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, en sus últimos y más recientes pronunciamientos, ha dado aplicación al régimen de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes oficiales.
- En efecto, en decisión de esta misma subsección de este mismo ponente, se indicó lo siguiente:

«[...] Sobre el particular, el artículo 123 de la Constitución Política indica que los servidores públicos son *“los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios [...]»*.

Por lo anterior, considero muy oportuno intentar nuevamente reglamentar el tema de las cesantías parciales porque el Estado debe respetar los principios de celeridad, transparencia, eficiencia y eficacia, aún más con sus empleados. [...]”.

¹⁹ Ponencia para primer debate al proyecto de Ley 44 de 2005 Senado, por medio de la cual se reglamenta el pago de las cesantías parciales a los servidores públicos y se fijan términos para su cancelación, autor: Germán Vargas Lleras, publicado en la gaceta del Congreso 564 de 25 de agosto de 2005.

²⁰ Sentencia de la Corte Constitucional SU 336-2017

²¹ *Ibidem*.

Por su parte, el artículo 2.º de la Ley 1071 de 2006, mediante el cual se definió su ámbito de aplicación, estableció como destinatarios de ella a:

«[...] 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 del Ahorro.

En ese orden de ideas, se colige que el legislador no limitó la aplicación de la Ley 1071 de 2006 respecto de cierto tipo de servidores. En efecto, de la redacción de la norma no puede inferirse que se excluyan regímenes especiales, como es el caso 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) e inclusive hizo extensiva la norma a los particulares: 1. A los que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y 2. A los trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro.

Igualmente, debe recordarse que en la sentencia C-741 de 2012 la Corte Constitucional concluyó que los docentes eran asimilables a los empleados públicos.

Afirmación que reiteró en la sentencia C-486 de 2016, en la cual expuso que si bien los docentes no forman parte de los servidores públicos, su situación podía asimilarse porque: 1. El artículo 2.º del Estatuto Docente

los definió como empleados oficiales del régimen especial, 2. El artículo 2.º de la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, los denominó servidores públicos del régimen especial y 3. Los docentes oficiales forman parte de la Rama Ejecutiva y sus funciones se desempeñan dentro de las secretarías de educación territoriales.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que en la exposición de motivos del proyecto de ley que posteriormente se convirtió en la Ley 244 de 1995 se precisó que la finalidad de la norma era lograr el pago oportuno de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, con lo cual se evite que reciba una suma devaluada. Al respecto, se sostuvo:

“[...] Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción [...]”²².

Ciertamente no puede olvidarse que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado - patrono, para entregar a aquel en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera

²² Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1.

definitiva o bien en los eventos contemplados en la ley que autoriza el anticipo parcial de las mismas, como en los casos de vivienda o educación y, en esa medida, tienen derecho a que sean pagadas en tiempo.

De los argumentos expuestos se sigue que no existe ninguna contradicción entre el régimen especial de los docentes y la Ley 1071 de 2006. De hecho, esta última se entiende como un complemento y desarrollo legal del artículo 53 superior que garantiza la seguridad social a los trabajadores, máxime si se tiene en cuenta que las cesantías, sin dubitación alguna, hacen parte de la Seguridad Social Integral. [...]»²³

En conclusión: Como la Ley 91 de 1989 no indicó términos para el pago de cesantías, ni sanciones como consecuencia de ello, es procedente la aplicación de la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, para los docentes, por cuanto éstas tienen como destinatarios los servidores públicos sin distinción alguna y dada la finalidad de este régimen sancionatorio.

7.2.2. Segundo problema jurídico.

¿El señor Rubén Darío Vidal tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el presunto pago tardío de las cesantías parciales?

La Subsección sostendrá que en el caso específico el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1996 modificada por la Ley 1071 de 2006, por lo siguiente:

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, providencia de 06-09-2017, Radicación: 11001-03-15-000-2017-02030-00, demandante: Mercedes Medina Tafur, demandado: Tribunal Administrativo del Tolima y otro.

7.2.2.1. Procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías

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.º 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 5º 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 solo 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 ya que 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.

Por el contrario, si la entidad competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por su culpa 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,²⁴ 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. [...]»

En este punto se aclara que los 5 días de ejecutoria a los que hace referencia la jurisprudencia en cita, es para aquellas peticiones radicadas en vigencia del CCA; por tanto, las peticiones que son radicadas a partir de 2 de julio de 2012 (fecha en la que entró en vigencia el CPACA) el término de ejecutoria que debe contabilizarse es de 10 días.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de marzo de 2007, consejero ponente: doctor Jesús María Lemus Bustamante, Número Interno 2777-2004, demandante José Bolívar Caicedo Ruíz.

7.2.2.2. Entidad responsable del reconocimiento y pago de la sanción moratoria

En el caso de los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es la Nación – Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del citado fondo, la entidad obligada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías. Veamos:

- 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 adscrita al 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.

Por lo tanto, es con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se cubren tanto las cesantías de los docentes afiliados a este, como la sanción moratoria que se cause por la su pago oportuno, sin que tenga responsabilidad alguna el ente territorial, quien solo actúa a nombre del fondo.

7.2.2.2. Caso concreto

El demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales el 3 de mayo de 2010,²⁵ las cuales fueron reconocidas mediante la Resolución 05558 de 17 de noviembre de 2011.²⁶ Con ello se denota que la entidad sobrepasó el término consagrado en el artículo 4.º atrás citado, dado que los 15 días hábiles con los que contaba para expedir la resolución correspondiente fenecieron el 25 de mayo de 2010.

Por lo tanto, la tardanza en el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías, empezó desde antes de la emisión del acto administrativo de reconocimiento, sin que se demostrara que ello fue culpa del demandante.

Corolario, se deben contar los 45 días aludidos a partir del vencimiento de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, y se adicionan 5 días de ejecutoria del acto administrativo.²⁷ Es decir a partir del 2 de junio de

²⁵ Como consta en la Resolución 05558 de 17 de noviembre de 2011, folio 8.

²⁶ Folios 8 a 10.

²⁷ Por haberse presentado la solicitud en vigencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984)

2010 empezó a correr el término de 45 días para el pago, el cual feneció el 9 de agosto de 2010.

Ahora bien, conforme a la declaración de operaciones en efectivo del Banco BBVA Colombia²⁸, el pago de la cesantía parcial ordenado mediante la Resolución 05558 de 2011, se realizó el día 13 de julio de 2012.

Visto lo anterior, la entidad demandada incurrió en mora frente a su obligación de efectuar el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas por el demandante, mora que se causó durante el periodo comprendido del 10 de agosto de 2010 al 12 de julio de 2012, es decir por 475 días (1 año, 3 meses y 20 días).

En conclusión: El señor Rubén Darío Vidal tiene derecho a que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconozca y pague la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías parciales. Así mismo, se declarará probada la excepción «imposibilidad de endilgar responsabilidad alguna al departamento del Tolima por el presunto pago tardío de las cesantías parciales por inexistencia de la obligación de pago en la norma a cargo del ente territorial», propuesta por este departamento.

7.2.3. Tercer problema jurídico.

¿Es aplicable la prescripción a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y operó dicho fenómeno en el presente asunto?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: sí hay prescripción de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, sin embargo, dicho fenómeno no operó en el presente asunto, como a continuación se argumentará.

²⁸ Folio 12

El fenómeno de la prescripción es aquel en el que en el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, conforme a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten.

La prescripción extintiva hace relación al deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial fijado en la ley; es decir, si los derechos que se han adquirido no se solicitan en un determinado lapso fijado por una norma, se pierde la oportunidad para ejercerlos ante la ausencia del interés que presume el legislador, por parte de quien ostenta el derecho.

Ahora, si bien es cierto que en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 no se consagró expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, ello no quiere decir que la sanción moratoria es imprescriptible, pues una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.²⁹

Conforme a lo expuesto, ante la ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto del derecho laboral que aquí se reclama, por analogía se debe aplicar el artículo 151 del C.P.T.,³⁰ que señala:

«[...] 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 patrono, sobre un derecho o prestación debidamente

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016 de fecha 25 de agosto de 2016, radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo.

³⁰ Ver sentencia de unificación jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado CE-SUJ004 de 2016.

determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual. [...]».

En el caso *sub examine*, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 el 17 de enero de 2013 (folios 2 a 5), por el no pago oportuno de las cesantías parciales; esta fue resuelta de manera negativa por medio del Oficio EE 1844 de 31 de enero de 2013 (folios 6 y 7); igualmente, instauró la demanda el 28 de mayo de 2013 (según acta individual de reparto).

En conclusión: Como el periodo de mora es del 10 de agosto de 2010 al 12 de julio de 2012, no se configuró prescripción extintiva de tres años contenida en el artículo 151 *ibidem*; por lo tanto, se declarará no probada la excepción de prescripción propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

7.2.4. Cuarto problema jurídico.

¿Hay lugar a los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No hay lugar a ordenar los ajustes de valor de acuerdo al IPC en los casos de sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías contemplado en la Ley 1071 de 2006, como a continuación se argumentará.

Sobre el particular es pertinente citar la jurisprudencia que indica la posición pacífica que ha mantenido la Sección Segunda en este punto, a saber:

«[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996³¹, la jurisprudencia del Consejo de Estado³² ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]»³³ (Subraya de la Subsección).

Por consiguiente, debido a que la indemnización moratoria es una sanción severa y superior al reajuste monetario, no es moderado condenar a la entidad al pago de ambas, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria, además de castigar a la entidad morosa, cubre una suma superior a la actualización monetaria.

En conclusión: No es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria toda vez que constituiría una doble sanción, en consecuencia se denegará la pretensión relativa a la actualización de los valores que resulten a favor del demandante.

³¹ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3 .º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: “Así, el parágrafo del artículo 2 .º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) **En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella”** (Resaltado no es del texto original).

³² Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

³³ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 1521-2010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

7.3. Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden se revocará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda y en su lugar se declarará no probada la excepción de prescripción propuesta por las entidades demandadas; y se declarará probada la excepción de «imposibilidad de endilgar responsabilidad alguna al departamento del Tolima por el presunto pago tardío de las cesantías parciales por inexistencia de la obligación de pago en la norma a cargo del ente territorial» propuesta por este departamento.

Así mismo, se declarará la nulidad del Oficio EE 1844 de 31 de enero de 2013, expedido por el Secretario de Educación del departamento de Tolima, por medio del cual denegó la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas al demandante.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que reconozca y pague al demandante, la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales, consistente en un día de salario por cada día de retardo, en el periodo comprendido entre el 10 de agosto de 2010 al 12 de julio de 2012, inclusive; para la liquidación de los días de mora de los años 2010 y 2011, la entidad deberá tener en cuenta el salario que devengó el demandante en los años 2010 y 2011, y los días de mora de 2012, con el salario de este último año.

7.4. Órdenes adicionales a impartir en esta instancia.

El Consejo de Estado encuentra necesario enviar copias de la presente sentencia y del expediente a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía General de la Nación; para que investiguen dentro de su competencia, las posibles conductas disciplinarias, penales 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.

Lo anterior porque no tiene asidero ni justificación legal que ante una solicitud de reconocimiento y pago de unas cesantías parciales de fecha 3 de mayo de 2010,³⁴ el acto administrativo de reconocimiento haya sido expedido el 17 de noviembre de 2011³⁵ y consecuente a ello, se haya pagado el 13 de julio de 2012;³⁶ es decir, el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías parciales se tardó más de un año, lo que denota una inactividad y desidia de la entidad Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

7.5. De la condena en costas

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección³⁷ en el presente caso se impondrá condena en costas en ambas instancias a cargo de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, pues resulta vencida en el proceso de la referencia, conforme el ordinal 4.º del artículo 365 del Código General del Proceso que señala «[...] Cuando la sentencia de segunda instancia

³⁴ Como consta en la Resolución 05558 de 17 de noviembre de 2011, folio 8.

³⁵ Folios 8 a 10.

³⁶ Folio 12.

³⁷ 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.

revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias [...]», las cuales se liquidarán por el a quo.

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,

8. FALLA

Primero: Revocar la sentencia proferida el 20 de febrero de 2015 por el Tribunal Administrativo del Tolima que denegó las pretensiones de la demanda en este asunto.

Segundo: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tercero: Declarar probada la excepción de «imposibilidad de endilgar responsabilidad alguna al departamento del Tolima por el presunto pago tardío de las cesantías parciales por inexistencia de la obligación de pago en la norma a cargo del ente territorial», propuesta por este departamento.

Cuarto: Declarar la nulidad del Oficio EE 1844 de 31 de enero de 2013, expedido por el Secretario de Educación del departamento de Tolima, por medio del cual denegó la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales reconocidas al demandante.

Quinto: Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar al señor César Augusto Flórez, la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales, consistente en un día de salario por cada día de retardo, en el periodo comprendido entre el 10 de agosto de 2010 al 12 de julio de 2012, inclusive; para la liquidación de los días de mora de los años 2010 y 2011, la entidad deberá tener en cuenta el salario que devengó el demandante en los años 2010 y 2011, y los días de mora de 2012, con el salario de este último año.

Sexto: Enviar copias de la presente sentencia y del expediente a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Fiscalía General de la Nación para los fines indicados en la parte motiva.

Séptimo: Condenar en costas en ambas instancias a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en favor del señor Ruben Darío Vidal, las cuales se liquidarán por el *a quo*.

Octavo: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

Noveno: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Décimo: Reconocer personería a la abogada Elsa Xiomara Morales Bustos identificada con C.C. 1.110.486.699 y T.P. 210.511 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los términos y para los efectos del poder a ella conferido, visible a folio 240. Así mismo, de conformidad con el artículo 76 del Código General del Proceso, se acepta la

renuncia al poder de la abogada Paola Patricia Varón Vargas obrante a folios 236 a 238.

Undécimo: 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

