



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

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 73001 23 33 000 2014 00233-01 (0536-15)
Actor: Reinaldo Moreno Díaz
Demandado: Nación – Ministerio de Educación - Fondo
Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,
departamento del Tolima

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2014 por el

Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Reinaldo Moreno Díaz, por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad del Oficio SAC: 2013RE22043 del 10 de diciembre de 2013, mediante el cual el secretario de educación y cultura departamental del Tolima negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago inoportuno de sus cesantías parciales.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar la indemnización por la mora en el pago de sus cesantías parciales, dispuesta en la Ley 1071 de 2006, a partir del momento en que se cumplieron los 65 días posteriores a la radicación de su solicitud y hasta cuando se hizo efectivo el pago de su prestación; asimismo, reconocer los ajustes de valor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 y disponer el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 *ibidem*.

1.1.2. Hechos

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

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado con la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, independiente patrimonial contable y estadísticamente, sin personería jurídica, que tiene a su cargo el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

En su condición de docente de un centro educativo del sector estatal, el 25 de febrero de 2011 formuló solicitud ante el aludido fondo, en la que reclamó el reconocimiento y pago de sus cesantías.

La Secretaría de Educación y Cultura del departamento de Tolima expidió la Resolución 05281 del 26 de octubre de 2011 a través de la cual reconoció a su favor las cesantías parciales reclamadas; ese acto administrativo fue aclarado a través de la Resolución 00898 del 2 de marzo de 2012 y el valor reconocido por concepto de su prestación tan solo fue pagado el 26 de junio de 2012.

Como la administración incurrió en tardanza para el pago de su prestación, pues excedió el plazo consagrado en la Ley, el 9 de diciembre de 2013 radicó petición reclamando el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, que fue resuelta en forma desfavorable a través del oficio demandado.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado del demandante adujo que las disposiciones vulneradas consagran términos perentorios para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y/o definitivas de los servidores públicos, los cuales fueron desatendidos por la administración, razón por la cual debe reconocer la indemnización dispuesta por el legislador ante tal tardanza.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. El departamento del Tolima

La apoderada del ente territorial contestó la demanda¹ y manifestó que las resoluciones acusadas fueron expedidas en cumplimiento de la delegación conferida por el Ministerio de Educación Nacional y no en representación del departamento, de manera que la responsabilidad en torno a la demora en el pago de las cesantías no se puede atribuir a esa entidad, máxime cuando el pago de la prestación estaba a cargo de la Fiduciaria La previsora S.A.; en consecuencia, solicitó declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En todo caso, consideró que en el caso analizado no se configuró la violación de los principios constitucionales y legales pues no se puede endilgar responsabilidad alguna al ente territorial, a causa de la mora en el pago de la prestación del demandante. Adicionalmente, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, y buena fe.

¹ Folios 47 a 56.

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

Por conducto de su apoderada, la entidad contestó la demanda² y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Aseguró que la Ley 1071 de 2006 establece una sanción económica en caso de que se incumpla el término perentorio para el pago de las cesantías; sin embargo, esa sanción no se hace extensiva al término en que se demore la expedición del acto de reconocimiento de la prestación.

Manifestó que, en todo caso, el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009 establece que los intereses a cargo de la Nación no pueden exceder el doble del interés bancario; por lo tanto, frente a cualquier suma que se cobre a la Nación, en caso de retardo en su pago, la consecuencia sancionatoria debe estar delimitada por tal disposición.

Agregó que la orden orientada al reconocimiento de la indemnización moratoria reclamada es contraria a derecho, máxime cuando ni el acto acusado ni el de reconocimiento de las cesantías contienen la manifestación de la voluntad del Ministerio, ni del Fondo demandado, pues este es una cuenta de la Nación sin personería jurídica.

Finalmente, propuso las excepciones de buena fe, prescripción, inexistencia de vulneración de los principios legales y falta de legitimación en la causa por pasiva.

² Folios 60 a 63.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Tolima mediante sentencia de 25 de noviembre de 2014³, denegó las pretensiones de la demanda.

Consideró que los docentes del país están sometidos a un régimen especial en materia prestacional de forzosa aplicación, en el cual no está concebida la sanción moratoria ante la inoportuna consignación de sus cesantías.

Agregó que si bien el artículo 2 de la Ley 1071 de 2006 menciona como destinatarios a los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas, e, incluso, a los miembros de la Fuerza Pública, a los particulares que ejerzan funciones públicas, a los trabajadores del Banco de la República y a los trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, al hacer tal enunciación no hizo una referencia específica a los docentes, lo que conlleva concluir que no están amparados por sus previsiones.

En consecuencia, consideró que como el demandante tiene la condición de docente, no procede, en su caso, el reconocimiento de la indemnización por mora en el pago de su prestación.

1.4. El recurso de apelación

El demandante, actuando por conducto de su apoderado, interpuso recurso de apelación⁴, argumentando que la controversia no podía resolverse a la luz de

³ Folios 96 a 117.

⁴ Folios 127 a 151.

las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, pues lo que estas prevén es lo relativo al reconocimiento de las cesantías y esa etapa ya se había agotado; de manera que como lo que se estaba reclamando era el pago tardío de la prestación reconocida, debía someterse a lo dispuesto en torno a ese aspecto, en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Para soportar su dicho, se refirió a diferentes sentencias del Consejo de Estado y solicitó aplicar el principio de favorabilidad en la interpretación de la ley en asuntos laborales, pues, consideró que aceptar que los docentes están excluidos de la aplicación de tales disposiciones, es tanto como permitir a la administración que pague en cualquier tiempo sus cesantías, lo que desnaturaliza la misión para la cual fueron concebidas.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. La parte demandante

El señor Reinaldo Moreno Díaz, por intermedio de su apoderado, recorrió el término para alegar⁵ y, en su escrito, reiteró los argumentos invocados en el recurso de alzada, tendientes a que sean concedidas las pretensiones de la demanda.

1.5.2. La parte demandada

⁵ Folios 169 a 179.

La Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento del Tolima guardaron silencio durante esta etapa procesal⁶.

1.6. El Ministerio Público

No rindió concepto⁷.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer (i) si el demandante, en su condición de docente puede ser beneficiario de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías parciales, de conformidad con lo previsto en la Ley 1071 de 2006; en caso afirmativo, (ii) determinar en qué forma se debe liquidar; y (iii) establecer si hay lugar a declarar extinguida la obligación de manera total o parcial, por virtud del fenómeno de la prescripción y si la sanción aludida puede ser sustituida por los intereses moratorios de que trata la Ley 1328 de 2009.

2.2. Marco normativo

La Ley 6 de 1945 «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un

⁶ Folio 185.

⁷ Folio 185.

mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el artículo 17, literal a), *ibidem*, consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

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

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos que estableció para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»⁸, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»⁹; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las

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

⁹ Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.

entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías¹⁰, y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo¹¹. Además, en los artículos 6 y 7 *ibidem*, fijó un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

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

El artículo 2 *ibidem* determinó que una vez se encuentre en firme el acto de

¹⁰ Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

¹¹ Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.

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

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

Artículo 4°. *Términos.* Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo 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.

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

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

propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

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

Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, **empleados y trabajadores del Estado** y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional de Ahorro. (Se resalta).

Ahora bien, en lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales¹³ que se causaran a favor del personal docente **nacional y nacionalizado**, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida ley, en su artículo 1, numeral 3, precisó que los docentes territoriales son aquellos «vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975» y en el artículo 2 *ibidem* estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

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

Artículo 2º.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

[...]

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

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

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. **Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.** (Resalta la Sala).

La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren

vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

2.3. Hechos probados

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

El 26 de octubre de 2011¹⁴, la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Tolima expidió la Resolución 05281, por la cual reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a favor del señor Reinaldo Moreno Díaz, que fue solicitada con destino a compra de vivienda. De acuerdo con las consideraciones de ese acto, la reclamación se radicó el 25 de febrero de 2011.

El 2 de marzo de 2012¹⁵, la aludida dependencia expidió la Resolución 00898, por la cual aclaró la resolución anterior, en lo que respecta a la indicación correcta del nombre del demandante.

El 26 de junio de 2012¹⁶, se produjo el pago de la prestación parcial reconocida al demandante, según consta en el comprobante del Banco BBVA.

El 9 de diciembre de 2013¹⁷, el señor Reinaldo Moreno Díaz formuló reclamación ante la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la cual reclamó el reconocimiento

¹⁴ Folios 5 y 6.

¹⁵ Folios 7 y 8.

¹⁶ Folio 9.

¹⁷ Folios 10 y 11.

y pago de la indemnización por la mora en el pago de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retraso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006.

El 10 de diciembre de 2013¹⁸, el secretario de educación y cultura departamental del Tolima resolvió la solicitud anterior, en los siguientes términos:

En atención al derecho de petición de la referencia, donde se solicita el reconocimiento y pago de sanción moratoria como consecuencia del pago tardío de Cesantías, me permito informarle que la entidad encargada del pago de las prestaciones sociales de los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que son reconocidas por los Secretarios de Educación, son canceladas por la FIDUPREVISORA S.A., de conformidad con una apropiación aprobada por el Consejo Directivo del Fondo del Magisterio cada año, tal como lo dispone la ley 91 de 1989; Por lo que no es procedente dicho reconocimiento por parte de este despacho.

[...]

Es de aclarar que los actos administrativos que reconocen una cesantía definitiva, se encuentran condicionados a turno y disponibilidad presupuestal, esto implica, que mientras no desaparezca la condición referida, el pago no puede realizarse, lo que conlleva su no exigibilidad, hasta tanto no corresponda el turno y exista presupuesto que permita el pago.

2.4. Caso concreto

A efecto de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala debe precisar que el demandante solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria producto de la tardanza en que incurrió la administración en reconocer y pagar **sus cesantías parciales**, al tenor de lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006, de manera que el primer tema a abordar consiste en determinar si en su condición de docente, amparado por un régimen especial de liquidación de cesantías, es

¹⁸ Folio 12.

beneficiario de la aludida ley, ante la mora en el pago de su prestación, por ende se precisa que la controversia **NO** se refiere a las cesantías anualizadas, sino **parciales**.

De acuerdo con las normas citadas en el acápite «marco normativo» de esta providencia, se debe concluir que los docentes **SÍ** están cobijados por las disposiciones de liquidación **parcial y definitiva** de las cesantías consagradas en la Ley 1071 de 2006; así lo definió la Corte Constitucional¹⁹, al estudiar la constitucionalidad de esa norma:

En la sentencia C-741 de 2012²⁰ la Corporación precisó que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de estos últimos, pues el estatuto docente (artículo 2º) los define como ‘empleados oficiales de régimen especial’, al tiempo que la Ley General de Educación (artículo 2º 105, parágrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial. También se explicó que los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la Rama Ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales.

(...)

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

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

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-486/16 M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁰ Cita propia del texto transcrito: MP. Nilson Pinilla Pinilla. SV. Jorge Iván Palacio Palacio.

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

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

(...)

En conclusión, de acuerdo a la legislación y la jurisprudencia, los docentes oficiales han sido considerados como servidores públicos con características especiales. En lo que hace al pago de las cesantías y la mora en el cumplimiento de esta obligación, es aplicable la Ley 1071 de 2006 que en su artículo 4º que establece el término máximo de quince (15) días para proferir la resolución de la solicitud y el artículo 5º, según el cual la entidad pagadora cuenta con un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para el pago. El interés de mora en esta normativa equivale a “...un día de salario por cada de retardo hasta que se haga efectivo el pago”.

Tal planteamiento fue materia de unificación por el máximo tribunal constitucional²¹, y al respecto resaltó:

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

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

(ii) En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder,

²¹ Corte Constitucional, sentencia SU 336/17, M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo.

así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

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

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

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

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

Adicionalmente, esta Corporación²², en reciente sentencia de unificación definió que a los docentes oficiales sí les son aplicables, en materia de sanción moratoria, las previsiones de la Ley 244 de 1995 y disposiciones complementarias. Así discurrió:

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

3.5.2 Sentar jurisprudencia precisando que **cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley**, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01, número interno 4961-15.

resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago. (Resalta la Sala).

(...)

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

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

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

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

Aunado a lo anterior, la Sala debe señalar que esta Corporación ha sostenido reiteradamente que los términos para reconocer y pagar las cesantías son perentorios, de manera que no solo se debe atender el plazo señalado en la ley para el pago de la prestación, sino también el que estableció para reconocerla, pues es evidente que de este depende el pago y si se sobrepasa, la mora no podría contabilizarse desde cuando vencen los cuarenta y cinco días siguientes a la firmeza del acto.

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

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

Además, se precisa que la sanción se impondrá con cargo al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por todo el tiempo de la mora, pues es la autoridad encargada del pago de la prestación. En reciente pronunciamiento de la Sala²³, en torno a esa responsabilidad se señaló lo siguiente:

En el presente caso se observa que, tal como lo señaló el *a quo* no es procedente la vinculación del Departamento de Santander y del Municipio de Floridablanca, toda vez que conforme lo expuesto en precedencia, la obligación de reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a las entidades territoriales.

Estas últimas únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o 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.

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

Así pues, el Despacho rectifica la posición asumida mediante providencia de 11 de diciembre de 2017,²⁴ y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁵, 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 la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva planteada por el departamento del Tolima.

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

²⁴ Cita propia del texto transcrito: «Dentro del proceso con radicación 66-001-23-33-000-2014-00114-01, número interno: 2587-2015»

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

El 25 de febrero de 2011, el señor Reinaldo Moreno Díaz solicitó el reconocimiento y pago de sus **cesantías parciales**, con destino a compra de vivienda, según se desprende de las consideraciones de la resolución que reconoció esa prestación; de manera que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, la administración contaba con 15 días para expedir el acto de reconocimiento de la prestación, es decir, hasta el 18 de marzo de ese año.

No obstante lo anterior, la Secretaría de Educación y Cultura del departamento del Tolima excedió el plazo de quince días señalado en la norma citada para expedir el acto, comoquiera que expidió la resolución tan solo hasta el 26 de octubre de 2011²⁶ y la aclaró el 2 de marzo de 2012²⁷.

Así las cosas, a partir del 22 de marzo de 2011²⁸ empezaron a correr los cinco días²⁹ para que quedara ejecutoriado el acto administrativo, en el caso de que se hubiera expedido oportunamente, es decir, hasta el 28 de marzo de ese año, vencidos los cuales se empezaron a contabilizar los cuarenta y cinco días en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debía pagar la prestación reclamada, los cuales se cumplieron el 1 de junio de 2011, razón por la cual, a partir del día siguiente -2 de junio de 2011- se empezó a causar la indemnización moratoria.

²⁶ Folios 5 y 6.

²⁷ Folios 7 y 8.

²⁸ Siguiente día hábil a la fecha en que se cumplieron los 15 días con que contaba la administración para expedir el acto de reconocimiento de cesantías.

²⁹ Se contabilizan cinco días, pues la fecha en que se debió expedir el acto fue cuando aún estaba en vigencia el Código Contencioso Administrativo, por eso no aplica el término de 10 días consagrado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -entró a regir el 2 de julio de 2012-, que es la única norma a que se refirió el precedente jurisprudencial citado.

Ahora bien, el pago de las cesantías tanto solo se produjo hasta el 26 de junio de 2012, según consta en el comprobante expedido por el Banco BBVA³⁰; de tal manera, se debe concluir que el Fondo demandado incurrió en mora desde el 2 de junio de 2011 hasta el 25 de junio de 2012.

Se debe precisar que como la reclamación en sede administrativa, orientada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria se radicó el 9 de diciembre de 2012³¹, el derecho no está afectado por el fenómeno de prescripción, comoquiera que transcurrió un término inferior a tres años desde la fecha en que se hizo exigible la obligación y aquella en que se radicó la petición en sede administrativa, de manera que su pago procede por el período previamente señalado y la indemnización deberá liquidarse con el salario que percibía en el año 2011³².

Determinado lo anterior, la Sala debe señalar que no es procedente, como lo pretende la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en la contestación de la demanda, que se reconozcan los intereses moratorios establecidos en el artículo 88 de la Ley 1328 de 2008, en lugar de la sanción moratoria antes aludida, pues se debe aplicar el criterio de especialidad de la ley, comoquiera que la segunda de ellas rige en materia de tardanza en el pago de las cesantías parciales, al tenor de lo dispuesto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, mientras que la invocada por la entidad demandada, rige en materia financiera, de seguros y del mercado de valores, razón por la cual no cobija la situación planteada en la demanda y decidida en los términos previamente señalados.

³⁰ Folio 9.

³¹ Folios 10 y 11.

³² Año en que empezó a correr la mora.

Tampoco procede el reconocimiento de la indexación o actualización de la indemnización moratoria, según se dejó sentado en la providencia de unificación proferida por esta Corporación³³ el 18 de julio de 2018, según la cual «es impropio la indexación de la sanción moratoria».

Finalmente, la Sala considera que como las pretensiones resultaron favorables al demandante, es necesario remitir copia de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que se inicien las investigaciones a que haya lugar, en relación con la posible conducta omisiva en que pudieron incurrir las autoridades encargadas del pago de las cesantías al accionante y que hubiera podido causar detrimento del erario.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016³⁴, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso. Valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede

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

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

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

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1, 4 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso³⁵, la Sala condenará en costas de primera y segunda instancia a la parte demandada, pues producto del recurso de apelación interpuesto por la parte accionante, se revocó, en su integridad, el pronunciamiento de primer grado.

4. Conclusión

Con los anteriores argumentos se concluye que el demandante sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la inoportuna

³⁵ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

consignación de las cesantías parciales, razón por la cual se revocará la sentencia recurrida y, en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda, en los términos descritos en las consideraciones que anteceden. Asimismo, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa planteada por el departamento del Tolima, se dispondrá remitir copia de esta providencia a las autoridades competentes, para lo de su cargo y se condenará en costas de primera y segunda instancia a la entidad demandada, de acuerdo con lo expuesto en el acápite que antecede.

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

FALLA

Revocar la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2014 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por Reinaldo Moreno Díaz en contra del departamento del Tolima y la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

En su lugar se dispone:

Primero.- Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el departamento del Tolima, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones que anteceden.

Segundo.- Declarar la nulidad del Oficio SAC 2013 RE22043 del 10 de diciembre de 2013, mediante el cual el secretario de educación y cultura departamental del Tolima negó la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías parciales a favor del señor Reinaldo Moreno Díaz, de acuerdo a lo expresado en las consideraciones que anteceden.

Tercero.- Consecuentes con lo anterior, se ordena a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer la indemnización por mora en la consignación de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retraso a favor del señor Reinaldo Moreno Díaz desde el 2 de junio de 2011 hasta el 25 de junio de 2012, que deberá ser liquidada con base en el salario que devengaba en el año 2011, según lo manifestado en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto.- Remitir copia de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, a fin de que se inicien las investigaciones a que haya lugar, en relación con la posible conducta omisiva en que pudieron incurrir las autoridades encargadas del pago de las cesantías al demandante, por el posible detrimento del erario.

Quinto.- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 187 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sexto.- Condenar en costas de primera y segunda instancia a la entidad demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Séptimo.- Denegar las demás pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
HERNÁNDEZ**

GABRIEL VALBUENA

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

DDG