



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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 66001-23-33-000-2017-00072-01 (3655-2018)
Demandante: CONSUELO CAMELO
Demandada: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO¹

Tema: Sanción moratoria cesantías definitivas. Docente

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y el Ministerio Público contra la sentencia proferida el 7 de marzo de 2018 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Consuelo Camelo en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011², formuló, en síntesis, las siguientes:

Pretensiones³

1. Declarar la nulidad del acto ficto originado por el silencio de la administración frente a la petición presentada por la señora Consuelo Camelo el 18 de septiembre de 2015, que negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por el retardo en la cancelación de las cesantías definitivas.
2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó: i) condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor de la demandante, la sanción por mora por la no consignación oportuna del auxilio de cesantías definitivas, dispuesta en la Resolución 221 del 8 de mayo de 2012, y que deberá ser liquidada desde el 28 de febrero de 2012 y hasta el 23 de abril de 2013; ii) a pagar los ajustes de valor a que haya lugar; iii) a cancelar la indexación

¹ En adelante FOMAG.

² «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», en adelante CPACA.

³ Folios 11 y Vto.



desde el 28 de febrero de 2012 y hasta el 23 de abril de 2013, aplicando para los efectos el IPC certificado por el DANE; iv) a pagar intereses en caso de no dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 195 del CPACA; v) a cumplir el fallo de acuerdo a los artículos 192, 193 y 195 *ibídem*; y vi) a pagar las costas y expensas del proceso, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

Supuestos fácticos relevantes⁴

1. La señora Consuelo Camelo laboró como docente para la Secretaría de Educación del municipio de Pereira.
2. Por medio de petición radicada ante el Fomag el 24 de noviembre de 2011, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas.
3. La entidad demandada dio respuesta a la anterior petición, mediante la Resolución 221 del 8 de mayo de 2012, en la cual dispuso el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva a favor de la convocante por valor de \$28.553.377.
4. El pago de la prestación mencionada se realizó el 23 de abril de 2013.
5. El 18 de septiembre de 2015, la demandante presentó ante el Fomag, solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora causada por el pago tardío del auxilio de cesantías definitivas, requerimiento que fue resuelto de manera negativa, con la configuración de un acto administrativo ficto.

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 establecer el objeto del proceso y de la prueba.⁵ En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

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

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones⁶:

«[...] atendiendo que la entidad demandada formuló excepciones de «falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario», «vinculación de litisconsorte», «ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional», «inexistencia del demandado – Falta de relación con el reconocimiento del derecho conexo o

⁴ Folios 11 Vto.

⁵ Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB (2015).

⁶ Folios 64 a 67.

derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado», «caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho», «régimen prestacional especial e inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al régimen docente», «detrimento patrimonial al Estado», «cobro de lo no debido» y «buena fe».

2.1. respecto de la excepción de **caducidad**, se precisa que la misma no tiene vocación de prosperidad pues en el presente asunto se pretende la nulidad del acto ficto negativo emanado del silencio administrativo frente a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006, presentada el 18 de septiembre de 2015 (fls. 6 y ss), circunstancia esta que no es desvirtuada por la entidad demandada, evidenciándose entonces un acto presunto generado por el silencio de la entidad administrativa demandada, por lo que se conforma con el literal d) del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, la oportunidad para presentar la demanda será «... en cualquier tiempo cuando: (...) d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo»; por tal razón, se concluye que no opera el fenómeno de la caducidad planteada, por lo cual se declara no probado el medio exceptivo bajo estudio.

2.2. Frente a las denominadas excepciones de «**falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario**», «**vinculación de litisconsorte**», «**inexistencia del demandado – Falta de relación con el reconocimiento del derecho conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado**», la entidad demandada señala que debe ser llamado al proceso al ente territorial [...]; al igual que a la fiduciaria La Previsora S.A. por ser quien administra los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales [...]. En el mismo sentido, la accionada plantea la excepción de «**ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación Nacional**», indicando que la entidad accionada es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados al pago de las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a su planta de docentes a través de las Secretarías de Educación, siendo su pago responsabilidad de la fiduciaria La Previsora S.A.

En relación con la referida oposición, estima este Despacho que las actuaciones administrativas adelantadas por las Secretarías de Educación corresponden a facultades de delegación que le han sido otorgadas y que se ejercen en nombre de la entidad aquí demandada, en atención a la facultad conferida por el artículo 3º numeral 4º del Decreto 2831 de 2005, según el cual corresponde a las secretarías de educación de las entidades territoriales, proyectar y posteriormente con la aprobación de la Fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo, suscribir los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de tal manera que es en nombre del Fondo que se hace la suscripción de dichos actos administrativos, circunstancia que se traduce en que es precisamente esa cuenta especial de la Nación la llamada a responder por los actos administrativos que se expiden en ejercicio de esa función administrativa.

Por tales razones, se declara no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, así como las referentes a la falta de vinculación del ente territorial y de la Fiduciaria La Previsora S.A.

2.3. respecto a la excepción de **prescripción**, observa el Despacho que si bien en reiteradas oportunidades se ha considerado que el momento procesal ahora decidir sobre la misma es la audiencia inicial [...], lo cierto es que en torno a la oportunidad para su resolución el Consejo de Estado ha establecido recientemente la improcedencia de resolver en la audiencia inicial excepciones que tienen por finalidad atacar el derecho sustancial debatido en el proceso, o sea que dicha excepción deba ser analizada en la sentencia y no en la audiencia de que trata la disposición en cita.

[...] en consecuencia, se diferirá para el fallo el pronunciamiento respecto de la excepción de prescripción conforme lo dispone el artículo 187 inciso 2º de la Ley 1437 de 2011, [...].

2.4. Igualmente, la demandada formuló las excepciones de «**régimen prestacional especial e inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al régimen docente**», «**detrimento patrimonial al Estado**», «**cobro de lo no debido**» y «**buena fe**», frente a las cuales estima el Despacho que dichos medios de defensa no constituyen excepciones que tengan el carácter de previas, de las señaladas en el artículo 100 C.G.P. ni en el 180 numeral 6º de la Ley 1437 de 2011, lo anterior sin perjuicio del pronunciamiento que estos medios exceptivos ameriten en la sentencia.

En ese orden de ideas, y dado que el suscrito no encuentra probada alguna otra de las excepciones previstas en el artículo 100 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA, ni otras de las enlistadas en el artículo 180-6 del mismo Código para ser decretada de manera oficiosa, dispone continuar con el proceso, concretamente con los demás puntos de la presente audiencia. [...]». (Cursiva y negrillas del texto original)

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

En la audiencia inicial se fijó el litigio de la siguiente manera⁷:

«[...] se considera que el objeto del litigio se concreta a determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías, causadas entre el 28 de febrero de 2012 hasta el 23 de abril de 2013 (416 días de retardo); o si como lo considera la accionada no hay lugar a dicho pago toda vez que el Decreto 2831 de 2005, estableció un trámite diferente al indicado en la Ley 244 de 1995, razón por la cual no era posible reconocer y pagar las cesantías solicitadas por la demandante en tiempos distintos de los que efectivamente transcurrieron. [...]».

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

SENTENCIA APELADA⁸

El 7 de marzo de 2018, el Tribunal Administrativo de Risaralda profirió sentencia en la que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, desarrolló el marco normativo y jurisprudencial que rige la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 a los docentes oficiales

⁷ Folio 68

⁸ Folios 77 a 85.



y, seguidamente, analizó el asunto sometido a discusión a la luz del acervo probatorio recaudado en el proceso.

Consideró que, toda vez que la demandante radicó la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas el 24 de noviembre de 2011, la entidad demandada tenía hasta el 27 de febrero de 2012 para efectuar el pago en los términos previstos en la Ley 1071 de 2006, no obstante, el Fomag emitió el acto administrativo correspondiente el 8 de mayo de 2012, y efectuó el pago de la prestación el 23 de abril de 2013, es decir, superó el plazo fijado por la ley para los efectos.

Bajo la anterior disquisición, el tribunal señaló que es claro que a la señora Camelo le asiste el derecho reclamado a la sanción por mora por el periodo transcurrido entre el 28 de febrero de 2012 y el 22 de abril de 2013.

Sin embargo, y al estudiar lo pertinente a la excepción de prescripción, el *a quo* sostuvo que el término para que opere este fenómeno es de tres años contados desde cuando la obligación se hace exigible, es decir que, para el caso del pago de la sanción moratoria, dicho término inicia una vez se ha cumplido el plazo legamente señalado para que la entidad proceda con la consignación de las cesantías reclamadas.

En ese sentido, toda vez que la demandada tenía hasta el 28 de febrero de 2012 para realizar el pago de la prestación a la demandante, es a partir del día siguiente a esta fecha que se causa la sanción por mora, y que, por tanto, empieza a correr el tiempo para solicitar el pago de la misma. Es por ello que, habiendo sido radicada la reclamación administrativa el 18 de septiembre de 2015, esto es, por fuera de los tres años siguientes a la exigibilidad de la obligación, resulta evidente que se configuró el fenómeno de la prescripción.

En torno a la pretensión de indexación, el juez de conocimiento precisó que de ninguna manera se están aplicando simultáneamente la sanción moratoria y la indexación, por cuanto una cantidad dineraria causada hace casi cinco años no puede pagarse en su mismo valor nominal sino en el real.

Corolario de lo expuesto, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción; la nulidad del acto administrativo ficto negativo demandado; y a título de restablecimiento del derecho, ordenó al Fomag pagar a la demandante la indemnización moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006 por el periodo transcurrido entre el 18 de septiembre de 2012 y el 22 de abril de 2013; así como a pagar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor de la convocante según el IPC; y las costas generadas en el proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada**⁹, inconforme con la decisión, interpuso recurso de alzada, en los términos que se resumen a continuación:

El fallo proferido no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, como quiera que la entidad demandada no incurrió en mora en el reconocimiento y pago de la prestación aludida, en tanto el reconocimiento de cualquier prestación social

⁹ Folios 87 a 93.



de los docentes nacionales o nacionalizados adscritos al Fomag, tiene un trámite reglado con términos diferentes a los que señala la Ley 244 de 1995, razón por la cual no resultaba posible reconocer y pagar las cesantías solicitadas por la demandante en tiempos distintos de los que efectivamente transcurrieron.

Aunado a lo anterior, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la fiduciaria debe contar con la respectiva apropiación.

De otro lado, de acuerdo con lo previsto en la Ley 715 de 2001, la administración del servicio educativo ya no es nacionalizada sino descentralizada en cada una de las entidades territoriales, es decir que tanto los municipios como los departamento certificados reciben directamente todos los recursos de la participación para educación y tienen la total responsabilidad de la administración del recurso humano, por lo tanto, el Ministerio de Educación Nacional no interviene de forma alguna en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ya que los trámites se encuentran a cargo de cada entidad territorial. Asimismo, el pago le corresponde a la Fiduciaria por ser la administradora de los recursos destinados para la cancelación de las mencionadas prestaciones en cada Secretaría de Educación.

En punto a la indexación de los valores e intereses, señaló que, concederlos equivaldría a condenar al Fomag, al pago de una doble penalidad, primero por actos que no ha realizado, y segundo, porque la indexación de una sanción atenta contra el patrimonio estatal.

Con fundamento en lo anterior, el apoderado de la parte demandada solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.

Por su parte el **Ministerio Público**¹⁰ presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, el cual sustentó en los siguientes argumentos:

Teniendo en cuenta que la reclamación administrativa destinada a obtener el reconocimiento y pago de la sanción por mora fue radicada el 18 de septiembre de 2015, resulta claro que se encuentra configurado el fenómeno de la prescripción extintiva y no parcial.

Lo anterior por cuanto, las normas relacionadas con esta figura regulan que la misma opera hacia adelante desde el momento de su exigibilidad y no como se previó en la sentencia recurrida, de tres años hacia atrás desde la radicación de la solicitud, lo que implica un lapso para contar nuevos términos para la fecha de pago, cuando el Consejo de Estado ha dispuesto que la prescripción opera por ministerio de la ley y no por la voluntad de la administración de pagar o no en una fecha determinada.

En cuanto a la indexación, señaló que comparte el hecho de que los montos de las condenas en modo alguno afectan el poder adquisitivo y superan cualquier fórmula de actualización existente en el sistema financiero.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

¹⁰ Folios 94 a 95 Vto.



Las **partes demandante, demandada** y el **Ministerio Público** guardaron silencio en esta etapa de conformidad con la constancia secretarial visible a folio 123 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en los recursos de alzada.

Problemas jurídicos

De conformidad con los planteamientos derivados de la sentencia de primera instancia y de los recursos de apelación, los problemas jurídicos a resolver se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Es la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la llamada a responder por el reconocimiento y pago de la sanción por mora, prevista en el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006?
2. ¿Es procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 por la tardanza en el pago de las cesantías parciales o definitivas solicitadas por los docentes?
3. ¿Cuál es el hito que determina la causación de la sanción por mora y define el punto de partida para fijar el monto de la indemnización moratoria prevista en la Ley 244 de 1995?
4. ¿Operó el fenómeno de la prescripción extintiva sobre el derecho a la sanción moratoria que le asistía a la señora Rosa María Peña Valero por el pago tardío de sus cesantías parciales?
5. ¿Hay lugar al reconocimiento de la indexación por valores reconocidos a título de sanción por mora en el pago de cesantías anualizadas?

Primer problema jurídico

¿Es la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la llamada a responder por el reconocimiento y pago de la sanción por mora, prevista en el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio definió de manera específica las competencias y el alcance de dicho Fondo al



limitar sus funciones al trámite y gestión del pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados. Asimismo, circunscribió la relación a existir entre el Gobierno Nacional y la sociedad fiduciaria al manejo de los recursos que le fueran asignados al Fomag, sobre la base de que la obligación de reconocimiento de tales prestaciones corresponde a la Nación, representada en este caso por el Ministerio de Educación Nacional.

Así, dado que la sanción por mora se origina en la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías, bien sea por el inoportuno reconocimiento o por el pago tardío de las mismas, dicho reconocimiento y pago recae sobre la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fomag como unidad administrativa, pues la Fiduciaria y las Secretarías de Educación de las entidades territoriales, solo fungen como delegatarias de la función pública asignada legal y constitucionalmente a dicho ente ministerial, conforme se explica a continuación:

La Ley 91 de 1989 por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previó en su artículo 2.º que la **Nación** y las entidades territoriales, según el caso, asumirían sus obligaciones prestacionales con el personal docente, y específicamente del personal nacional y nacionalizado causadas con posterioridad a la expedición de dicha ley, 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. [...]» (Negrillas y subrayas propias)

De esta manera, el artículo 3.º de dicho compendio normativo, contempló la creación del Fondo «[...] 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. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato (sic) de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional.» (Subrayas fuera del texto original)

Para los anteriores efectos, y bajo la correspondiente autorización legal, el Ministerio de Educación Nacional, como representante de la Nación (Artículo 159 CPACA), y la Fiduciaria la Previsora S.A.¹¹ suscribieron el Contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No. 83 del 21 de junio de 1990, cuyo objeto comprende «[...] la constitución del patrimonio autónomo con los recursos que integran el Fondo, con el fin que la fiduciaria los administre, invierta y destine al cumplimiento de los objetivos para el Fondo, de acuerdo con las

¹¹ En adelante Fiduprevisora.



instrucciones que le sean impartidas por el Consejo Directivo del mismo.»¹² (Subrayas fuera del texto).

Así, al amparo de las previsiones contempladas en el artículo 5.º de la Ley 91 de 1989, dicho contrato estipuló como finalidad «[...] la eficaz administración de los recursos del FONDO que, a su vez y de conformidad con lo establecido en el Artículo 5 de la Ley 91 de 1989, fue creado para el cumplimiento de los objetivos que a continuación se precisan con el fin de que los mismos determinen el **alcance de las prestaciones a cargo de la fiduciaria. [...] 1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.**» (Subrayas y negrillas de la Subsección)

Se evidencia pues que, la función asignada a la Fiduprevisora como parte del contrato de fiducia mercantil a que se ha hecho alusión, comprende estrictamente una labor de administración de recursos, un ejercicio de función pública encaminada a materializar los objetivos que determinaron la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y que para mayor precisión se indican a continuación:

«**ARTÍCULO 5.** El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrá los siguientes objetivos:

1. Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado.
2. Garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales, que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo.
3. Llevar los registro contables y estadísticos necesarios para determinar el estado de los aportes y garantizar un estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos del personal afiliado, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia prestacional deba atender el Fondo, que además pueda ser utilizable para consolidar la nómina y preparar el presupuesto en el Ministerio de Hacienda.
4. Velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes.
5. Velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.» (Subrayas fuera del texto)

Por su parte, el artículo 9.º de la referenciada Ley 91 de 1989, reiteró la función de pago asignada al Fomag al siguiente tenor:

«**ARTÍCULO 9.** Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **serán reconocidas** por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales.» (Subrayas y negrillas propias)

Los artículos en cita enmarcan la naturaleza y finalidad del multicitado Fondo, que no es otra que, para el presente caso, la de efectuar el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, pues la responsabilidad y obligación de

¹² Contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No. 83 del 21 de junio de 1990, otorgada en la Notaría 44 del Círculo de Bogotá.



las mismas se encuentra en cabeza de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, quien por demás, ostenta personería jurídica y está habilitada para comparecer a los procesos judiciales en donde su cuenta especial, Fomag, como entidad creada para el pago de las obligaciones a su cargo, sea llamado.

Tal ha sido el entendimiento, que el artículo 180 de la Ley 115 de 1994 «por la cual se expide la ley general de educación» ha señalado que «[...] Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por intermedio del Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará, además, la firma del Coordinador Regional de prestaciones sociales.» (Subrayas fuera del texto)

De este modo, cuando se encuentren en discusión derechos prestacionales principales como lo es el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, así como derechos u obligaciones derivados o que surgen con ocasión de circunstancias que afectan el derecho principal, como la sanción por mora en el pago de tal prestación, la responsabilidad y obligación de amparo a los mismos recae en el Ministerio de Educación Nacional.

En tal sentido, no es dable afirmar que a través del negocio jurídico de fiducia mercantil suscrito entre el Gobierno Nacional y la Fiduprevisora, como administradora de los recursos asignados al Fomag, se haya trasladado la representación legal y judicial de dicho Fondo a la sociedad fiduciaria, para los temas que aquí se desarrollan, desvinculándose a éste del Ministerio de Educación Nacional.

- **Sobre la gestión y el papel que asumen el Fomag y la Fiduprevisora en el pago de las prestaciones sociales de los docentes.**

Dado que como argumento expuesto en el escrito de alzada se encuentra que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio debió comparecer al proceso de manera independiente al Ministerio de Educación, y que asimismo, debieron haber sido citados al proceso la Fiduciaria Fiduprevisora, y la entidad territorial por virtud de las funciones a ellos asignados, considera la Sala necesario estudiar el trámite que normativamente se les ha asignado adelantar a dichas entidades.

Sobre la gestión de las prestaciones sociales, la Ley 962 de 2005 «Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos», preveía en su artículo 56 que «Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.» (Subrayas de la Subsección)

El trámite administrativo al que hacía referencia el artículo en mención, fue reglamentado por el Decreto 2831 de 2005 en el cual se señalaron términos especiales para la gestión de las mencionadas prestaciones sociales,



específicamente las cesantías, y en esa medida poder verificar el incumplimiento por parte de la administración en el pago de las prestaciones solicitadas.

Sobre este punto se torna necesario señalar que, por virtud del artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, a través de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo para la vigencia 2018-2022, se derogó el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, eliminando así el sustento jurídico que dio vida a la reglamentación realizada por el Decreto 2831 de 2005 en cuanto al procedimiento administrativo a observar frente a la solicitud de prestaciones sociales.

Ahora bien, el Decreto 1272 de 2018 «Por el cual se modifica el Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación-, se reglamenta el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones», reafirma la naturaleza y finalidad del Fomag, en el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales en cabeza de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, al señalar en la subsección 2 «RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A CARGO DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO», el procedimiento interno de respuesta y gestión del pago de las cesantías solicitadas por el interesado(a), en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.1. Radicación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser presentadas, ante la última entidad territorial certificada en educación que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de estudio de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada en educación y en dicha sociedad.

El sistema de radicación único debe permitir a los solicitantes y actores del proceso, conocer electrónicamente el estado del trámite, desde su radicación hasta su resolución y pago, asimismo debe permitir identificar aquellos casos en los que se realicen pagos oficiosos ya sea en cumplimiento de una orden judicial o por disposición administrativa.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.2. Gestión a cargo de las Secretarías de Educación. La atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones económicas que reconoce y paga el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuada a través de la entidad territorial certificada en educación o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la entidad territorial certificada en educación correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones económicas, de acuerdo con los formularios



que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normativa vigente.

3. Subir a la plataforma que se disponga para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la sociedad fiduciaria.

4. Suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas, de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley y en esta Subsección.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones económicas, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos del pago.

PARÁGRAFO . Todos los actos administrativos que sean expedidos por la entidad territorial certificada en educación, a través de los cuales se reconozcan prestaciones económicas a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberán contar con la aprobación previa por parte de la sociedad fiduciaria, so pena de incurrir en las responsabilidades de carácter disciplinario, fiscal y penal correspondientes.» (Subrayas fuera del texto original)

Resulta claro entonces, que si bien en el trámite y gestión del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, para el presente caso las cesantías definitivas tienen injerencia la entidad territorial certificada en educación que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado a través de las secretarías de educación y, como delegataria de la función de reconocimiento de las mismas por parte de la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional; así como la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fomag, no es sobre tales entidades que recae el mandato legal de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales aludidas, sino, se itera, sobre la Nación – Ministerio de Educación Nacional a través del Fondo (encargado de materializar su obligación legal de amparar los derechos laborales y prestacionales de los docentes), y en esa medida es ésta la llamada a responder por las obligaciones que pudiesen comprobarse como incumplidas.

Segundo problema jurídico

¿Es procedente el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 por la tardanza en el pago de las cesantías parciales o definitivas solicitadas por los docentes?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: de conformidad con lo definido por la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda de



esta Corporación el 18 de julio de 2018¹³, el cargo de docente oficial comprende todos los elementos propios de un empleo público y, en tal medida, se trata de auténticos servidores públicos sujetos a las disposiciones de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

Sentencia de unificación – Reconocimiento de sanción moratoria de cesantías parciales o definitivas a docentes oficiales.

La Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado profirió sentencia de unificación el 18 de julio de 2018, en la que sentó la línea de interpretación y aplicación jurisprudencial, entre otros aspectos, sobre la naturaleza del empleo de docente del sector oficial y de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de las cesantías, así como sobre el momento en que dicha sanción es exigible y la viabilidad o no de reconocer indexación sobre su valor.

En lo que atañe a los aspectos que resultan relevantes para desatar la alzada, la providencia de unificación en cita concluyó que la naturaleza del cargo de docente comprende todos los elementos propios de un empleo público y, en tal medida, se trata de auténticos servidores públicos sujetos a las disposiciones de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. Así lo puntualizó la Corporación:

«[...] 81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley. [...]». (Negrillas del texto original)

Ahora, se tiene que la Ley 244 de 1995 previó, en el párrafo de su artículo 2, la procedencia de la sanción por la tardanza en el pago de la prestación social de cesantías, parciales o definitivas, a cargo de la entidad pública responsable de su reconocimiento y pago, para quienes ostentan la calidad de servidores públicos, en los siguientes términos:

«ARTÍCULO 2o. 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

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).



podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.» (Subrayas de la Subsección)

Posteriormente, la norma en comento fue subrogada por la Ley 1071 de 2006, que contempló como sujetos beneficiarios de la sanción por mora a los servidores públicos al indicar en el ámbito de aplicación de su articulado que «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.» (Subrayas fuera del texto original)

Esclarecido como está que la naturaleza del empleo de docentes comprende la de servidores públicos por virtud de los preceptos constitucionales, resulta forzoso concluir que la sanción por mora de que tratan las normas referenciadas, ampara el derecho que les asiste a percibir de manera oportuna las cesantías de la que son acreedores.

Tercer problema jurídico

¿Cuál es el hito que determina la causación de la sanción por mora y define el punto de partida para fijar el monto de la indemnización moratoria prevista en la Ley 244 de 1995?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: de conformidad con el marco normativo que complementa y desarrolla la Ley 244 de 1995, y en armonía con la postura jurisprudencial mantenida por esta Corporación, son dos los momentos que determinan la causación de la sanción moratoria y el punto de partida para fijar el monto de dicha indemnización: **(i)** 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 o parciales, siempre que sea expedido dentro del término legal; y **(ii)** el vencimiento de los sesenta y cinco (65) o setenta días (70) hábiles¹⁴ siguientes a la fecha de reclamación de las mismas o la de la solicitud de reliquidación, cuando no se emitió respuesta por parte de la administración o se hizo de manera extemporánea.

La Ley 1071 de 2006, que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, previó las sanciones derivadas de su incumplimiento y fijó los términos para su cancelación; asimismo reiteró los parámetros respecto de los cuales se entiende configurada la mora en el pago de las cesantías solicitadas:

«ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes

¹⁴ Según se haya presentado la reclamación en vigencia del CCA o del CPACA.



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 5o. 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.» (Subrayas propias)

De esta manera, una vez presentada la solicitud de pago de las cesantías definitivas la entidad cuenta con un término de quince (15) días para expedir el acto de reconocimiento. Además, en el evento de que la solicitud esté incompleta el empleador debe manifestarlo así al peticionario dentro de los diez (10) 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.

Así, **(i)** el plazo con el que cuenta la entidad pagadora para el desembolso de las cesantías definitivas o parciales comienza a computarse desde la **firmeza del acto administrativo que lo dispuso**, y desde ese instante, la administración tiene el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el parágrafo de la norma en cita, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago.

En efecto, la Sala Plena de esta Corporación¹⁵ sostuvo que la administración cuenta con 45 días hábiles para el pago de la prestación social, contados a partir del momento en que adquiere firmeza el acto administrativo que la reconoce, y agregó que dicho término solo se puede contar desde la ejecutoria del acto administrativo que dio respuesta a la petición y no desde que se radicó. Así lo interpretó la Sala al indicar que:

«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

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Número interno: 2777-2004. Actor José Bolívar Caicedo Ruíz.



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 [...]» (Resalta la Sala).

La Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de unificación el 18 de julio de 2018¹⁶, reafirmó la postura precitada y la complementó en el sentido de precisar que la firmeza del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías surge a partir de su notificación en los términos dispuestos por el CPACA, como se indica a continuación:

«100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión¹⁷, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

101. Ha de ser así, pues la producción de los efectos del acto administrativo exige de su publicidad, de manera que solo son oponibles las decisiones de la administración que son conocidas por las personas llamadas a su cumplimiento o afectadas con su ejecución; situación que perfectamente encaja en el cómputo de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, que consulta o se causa por el paso del tiempo, a donde no concurre el término que tiene el empleador para notificar el acto expreso que reconoce la mencionada prestación.

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, **el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados.** [...]» (Resaltado del texto original)

De esa suerte, y, en este primer escenario (pronunciamiento en tiempo de la administración), 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 parciales o definitivas, lo que determina el momento en que se causa la sanción moratoria y, en esa misma medida, la instancia en donde surge el derecho a su reclamación.

Sin embargo, y en procura de analizar los diferentes supuestos que pueden presentarse en la expedición y notificación del acto administrativo que reconoce y ordena el pago del auxilio de cesantías, la sentencia en comentó sentó jurisprudencia en los siguientes términos:

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

¹⁷ Salvo los actos dictados en audiencia, que se notifican en estrados.



«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 resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹⁸ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

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.»

Conforme a lo anterior, para esta Sección es claro que el segundo escenario respecto del cual se verifica la ocurrencia de la penalidad moratoria, contempla la no manifestación de voluntad de la administración a través de un acto administrativo conferido bajo los términos planteados en el primer escenario, o la expedición del mismo de manera inoportuna y contraria a los lapsos que para los efectos ha definido la ley.

En otras palabras, **(ii)** cuando el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas **no es proferido o se emite con posterioridad a los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud**, la sanción moratoria de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, se hace exigible pasados 70 días hábiles contados desde la fecha de radicación de la petición, siempre que la misma haya sido presentada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden, el término a partir del cual es exigible la sanción moratoria dependerá de si el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas fue expedido dentro del tiempo legalmente previsto para ello, esto, es, dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud.

De acuerdo a lo expuesto, se tiene entonces que el análisis relevante en punto a la determinación de la tardanza que en esta materia pueda ser alegada, **debe remitirse al procedimiento en cuyo marco se profirió el acto administrativo de reconocimiento inicial de la prestación.**

Caso concreto

Advierte la Sala que la señora Consuelo Camelo persigue con su escrito de demanda, el reconocimiento y pago de la sanción por mora de que tratan las

¹⁸ Artículos 68 y 69 CPACA.



Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, causada por la tardanza del Fomag en el pago del auxilio de cesantías definitivas.

El tribunal de primera instancia, encontró acreditados los supuestos fácticos y normativos que dan lugar a la configuración de la mora en la consignación oportuna de la referida prestación, y por tal motivo, tras declarar la prescripción parcial de la sanción, condenó a la entidad convocada a reconocer y pagar, a favor de la demandante, la aludida indemnización por el periodo transcurrido entre el 18 de septiembre de 2012 y el 22 de abril de 2013, tiempo que tardó en realizar la consignación efectiva de las cesantías.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada, presentó recurso de apelación contra la anterior decisión, sustentada entre otros aspectos, en que la misma no incurrió en mora en el pago de la prestación aludida, en tanto el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes nacionales o nacionalizados adscritos al Fomag, tiene un trámite reglado con términos diferentes a los que señala la Ley 244 de 1995; y que cualquier gasto que afecte el presupuesto de la Fiduciaria debe contar con la respectiva apropiación.

Al respecto, y desvirtuados como se encuentran los argumentos planteados por la parte convocada, de conformidad con las consideraciones que anteceden, observa la Sala que, en el plenario, se encuentra probado que la señora Consuelo Camelo prestó sus servicios como docente a la Secretaría de Educación del municipio de Pereira, por el lapso comprendido entre el 25 de enero de 1996 y el 4 de octubre de 2010¹⁹.

Así mismo, se observa que la demandante solicitó el 24 de noviembre de 2011²⁰ el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva, y que dicha solicitud fue resuelta de manera favorable mediante la Resolución 221 del 8 de mayo de 2012, en la que se dispuso pagar a la interesado un saldo por valor de \$17.524.940, y se informó que contra la misma procedía recurso de reposición, el cual debía ser interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de notificación, ante la Secretaría de Educación del municipio de Pereria²¹.

Consta en el expediente recibo de consignación del banco BBVA, de fecha 26 de abril de 2013, en el que se evidencia una transferencia de \$17.524.940, y cuyo beneficiario refiere ser «Camelo Consuelo»²².

Teniendo en cuenta que, la señora Camelo radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantías definitivas el 24 de noviembre de 2011 y que la entidad demandada dio respuesta mediante la Resolución 221 del 8 de mayo de 2012, sin que se pueda verificar en el expediente la correspondiente notificación personal, es pertinente indicar que el supuesto en el que procede realizar el análisis respectivo, corresponde al establecido por la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, relacionado a cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere, pues al amparo de las disposiciones también unificadas en la mentada providencia,

¹⁹ Información que se extrae de los considerandos sobre los que se sustenta la Resolución 221 del 8 de mayo de 2012 (fls. 4 y 5).

²⁰ *Ibidem* (fls. 12 a 13 Vto.)

²¹ Folios 4 y 5.

²² Folio 10.

el Fomag tenía hasta el 16 de diciembre de 2011 para expedir el acto administrativo que resolviera la solicitud.

Así, en aplicación de las reglas fijadas en el pluricitado pronunciamiento de unificación, al haberse presentado la reclamación en vigencia del Decreto 01 de 1984 (CCA), el término que debe verificarse para predicar la firmeza del acto administrativo, es de cinco (5) días hábiles, por lo que, en ese orden, la decisión de la administración quedó en firme el 23 de diciembre de 2011.

Con fundamento en el anterior cómputo, el plazo de 45 días hábiles con el que contaba el Fondo para el pago efectivo del auxilio de cesantías, inició el 26 de diciembre de 2011 y venció el 27 de febrero de 2012, de manera que a partir del 28 de febrero se causó la penalidad por la tardanza en el pago de la prestación, misma que culminó el 26 de abril de 2013, para un total de 423 días de mora, transcurridos entre el 28 de febrero de 2012 y el 25 de abril de 2013.

Cuarto problema jurídico

¿Operó el fenómeno de la prescripción extintiva sobre el derecho a la sanción moratoria que le asistía a la señora Consuelo Camelo por el pago tardío de sus cesantías definitivas?

Sobre el particular, la Sala sostendrá la siguiente tesis: En el presente caso se configuró la prescripción extintiva del derecho, en tanto transcurrieron más de tres años entre la ocurrencia de la mora y la reclamación de la sanción moratoria por el pago inoportuno del auxilio ante la entidad demandada, como se expone a continuación:

La prescripción extintiva en materia de sanción moratoria

La figura jurídica de la prescripción extintiva hace relación al deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial previsto 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.

Sobre la prescripción en casos de sanción moratoria, la Sala plena de la Sección Segunda dispuso en sentencia de unificación CE-SUJ2-004-16 del 25 de agosto de 2016²³ que, en el caso de la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas, el fenómeno procede si pasados tres años luego de su exigibilidad (esto es, a partir del 15 de febrero del año siguiente a la causación de las cesantías), la parte interesada no reclamó ante la administración su reconocimiento y pago²⁴.

²³ Sentencia CE-SUJ2-004-16 del 25 de agosto de 2016, radicación 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-14). Yesenia Esther Hereira Castillo contra el municipio de Soledad.

²⁴ «[...] los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede

Ahora, si bien la sentencia de unificación aludida hace referencia a la sanción moratoria en el caso de la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas, en criterio de esta Subsección, dicha tesis resulta también aplicable respecto a la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas por analogía²⁵. Ello por cuanto, se reitera el argumento expuesto en la providencia de 2016, en el ordenamiento jurídico colombiano no puede haber sanciones imprescriptibles, entre las cuales debe incluirse la regulada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

De acuerdo con lo anterior, la Sala estima que en el caso de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas, el término prescriptivo debe contabilizarse a partir de su exigibilidad, tal y como advirtió la Sala Plena de la Sección Segunda en providencia CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020²⁶, exigibilidad que dependerá de las múltiples hipótesis que se pueden presentar en estos casos y que fueron descritas en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, previamente referenciada²⁷.

Bajo los anteriores presupuestos se advierte nuevamente que, resuelto el caso concreto en los términos del anterior acápite, resulta evidente la causación de la sanción moratoria deprecada, pues el pago efectivo del auxilio de cesantías se efectuó el 26 de abril de 2013; es decir que la administración canceló por fuera del plazo legal la prestación laboral de la demandante que, como se indicó, debió ser consignada a más tardar el 27 de febrero de 2012 y, por consiguiente, era procedente reclamar la indemnización de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Ahora, en atención a las reglas jurisprudenciales citadas y que deben ser aplicadas al *sub examine*, dado que la sanción por mora prescribe si pasados tres años después de su exigibilidad no se reclamó ante la administración su reconocimiento, la Sala no puede concluir cosa distinta a que, en este asunto, la libelista no reclamó en forma oportuna la indemnización deprecada, en tanto que esta se hizo exigible a partir del 28 de febrero de 2012, y bajo los supuestos analizados, debió presentar la solicitud de pago a más tardar el 28 de febrero de 2015, sin embargo, la señora Consuelo Camelo solo reclamó la aludida sanción el 18 de septiembre de 2015²⁸.

Así las cosas, toda vez que los planteamientos del recurso de apelación, específicamente los expuestos por el Ministerio Público, se encuentran encaminados a que por esta sede se revoque la sentencia de primer grado por considerar procedente la declaración de la prescripción extintiva del derecho a la sanción por mora que reclama la señora Camelo y, como quedó expuesto

considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles [...]»

²⁵ Así lo ha considerado la Sala, entre otras, en sentencias del 21 de junio de 2018 (2735-2016), 26 de abril de 2018 (3230-2016), 19 de abril de 2018 (2653-2015 y 2051-2016), 5 de abril de 2018 (2268-2015). De igual forma se ha pronunciado recientemente la subsección B en sentencias del 17 de marzo de 2022 (3369-2021), 3 de febrero de 2022 (6038-2019).

²⁶ Ver sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020, radicación 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-2016). María Lucely Taborda Cervantes contra el municipio de Sabanagrande.

²⁷ Sentencia CE-SUJ2-012-18 del 18 de julio de 2018, radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015). Jorge Luis Ospina Cardona contra el Ministerio de Educación Nacional, Fomag y departamento del Tolima.

²⁸ Folios 6 y 7.



dicho fenómeno se encuentra demostrado, la Subsección procederá a modificar la referida providencia en lo concerniente a la declaración de dicha figura y, en consecuencia a revocar la orden de restablecimiento del derecho.

Esta determinación releva a la Sala de efectuar consideraciones relacionadas con la indexación de la sanción por mora, en tanto como quedó visto la misma resulta improcedente por haber operado el fenómeno prescriptivo.

Decisión de segunda instancia

Según se ha expuesto, se modificará el numeral 1. de la sentencia impugnada el cual quedará de la siguiente manera:

«1. Declarar probada la excepción de prescripción extintiva de la sanción por mora de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.»

En consecuencia, se revocarán los numerales 3., 4., y 5. en cuanto dispusieron **i)** el reconocimiento y pago a cargo de la entidad demandada y a favor de la demandante, de la indemnización moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, entre el 18 de septiembre de 2012 y el 22 de abril de 2013; **ii)** la condena al Fomag de efectuar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor de la señora Consuelo Camelo, según el IPC, de conformidad con el artículo 187 del CPACA; y **iii)** el cumplimiento de la sentencia en los términos previsto en el artículo 192 *Ibíd.*

Y confirmará en lo demás la sentencia recurrida.

De la condena en costas

En lo que respecta a la condena en costas, pese a la posición adoptada por esta subsección en providencia del 7 de abril de 2016²⁹, en esta oportunidad, la Sala considera que no hay lugar a condenar en costas, en tanto que la decisión adoptada en esta instancia obedece a la aplicación de reglas jurisprudenciales trazadas por esta Corporación en el curso del trámite judicial surtido.

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

FALLA

Primero: Modificar el numeral 1. de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2018 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Consuelo Camelo contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual queda de la siguiente manera:

²⁹ Ver sentencias proferidas dentro de los números internos: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.



«1. Declarar probada la excepción de prescripción extintiva de la sanción por mora de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.»

Segundo: Revocar los numerales 3., 4., y 5. en cuanto dispusieron **i)** el reconocimiento y pago a cargo de la entidad demandada y a favor de la demandante, de la indemnización moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, entre el 18 de septiembre de 2012 y el 22 de abril de 2013; **ii)** la condena al Fomag de efectuar los ajustes de valor sobre las sumas que resulten a favor de la señora Consuelo Camelo, según el IPC, de conformidad con el artículo 187 del CPACA; y **iii)** el cumplimiento de la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 *Ibídem*.

Tercero: Confirmar en lo demás la sentencia recurrida.

Cuarto: Sin condena en costas por lo brevemente expuesto.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el aplicativo “SAMAI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

Firmado electrónicamente
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

