CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B"

CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil quince (2015).

Expediente: 66001-23-33-000-2013-00189-01
Referencia: 1498-2014
Actor: DIVA LILIANA DIAGO DEL CASTILLO

AUTORIDADES NACIONALES

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247[1] del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia escrita dentro del proceso de la referencia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 27 de noviembre de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda, accedió a las pretensiones de la demanda formulada por la señora DIVA LILIANA DIAGO DEL CASTILLO contra la

[1] *"ARTICULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACION CONTRA SENTENCIAS. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:*
(…) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (…)".

Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

ANTECEDENTES

La señora Diva Liliana Diago del Castillo, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó al Tribunal Administrativo de Risaralda la nulidad de la **Resolución No. 591 de 23 de agosto de 2012**, expedida por el Secretario de Educación y la Directora Administrativa de Prestación del Servicio Educativo y Administración de Plazas Docentes del Municipio de Pereira, mediante la cual le negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, y la **Resolución No. 947 de 9 de octubre de 2012**, por la cual se resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión adoptada.

Como consecuencia de tal declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reconocer y pagar los siguientes conceptos: (i) la sanción por mora en el pago de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, hasta que se produzca el pago de la misma, (ii) el ajuste de valor con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, (iii) los intereses moratorios, (iv) el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y (v) las costas del proceso.

Basó su ***petitum*** en los siguientes hechos:

Refiere la demanda que la actora laboró como docente del sector oficial en el Municipio de Pereira.

Advierte que de acuerdo con el parágrafo 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989[2] le corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

Manifiesta que el 18 de mayo de 2010, solicitó a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de las cesantías, las cuales fueron reconocidas mediante Resolución No. 396 de 06 de agosto de 2010 y pagadas el 02 de enero de 2012.

Indica que entre la fecha de la presentación de la solicitud el 18 de mayo de 2010, y la fecha en que se produjo el pago, el 2 de enero de 2012, transcurrieron 487 días de mora, contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía, los cuales vencían el 24 de agosto de 2010.

Por lo anterior, el 09 de agosto de 2012 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, obteniendo respuesta negativa por parte de dicha entidad.

Informa que agotó el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial sin llegar a acuerdo alguno.

---

[2] "Por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

De orden legal: Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1994, artículos 1 y 2; ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

Al explicar el concepto de violación sostiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio siempre ha venido incurriendo en mora injustificada en el pago de las cesantías de los docentes afiliados, en contraposición a los demás casos de los servidores del Estado.

Para contrarrestar dicho incumplimiento, el legislador expidió las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales estableció un término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías, que confiere 15 días para la expedición del acto de reconocimiento, y 45 días para el pago, para un plazo total de 65 días hábiles, los cuales han de contabilizarse a partir de la solicitud de la prestación.

Expresa que a pesar del mandato legal, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio viene cancelando el auxilio de cesantías por fuera de los términos legales, lo que genera una sanción por la mora, a razón de un día de salario por cada día de retraso hasta cuando se efectúe el pago de las cesantías.

Manifiesta que inicialmente solo fue prevista la sanción por la mora en el pago de la cesantía definitiva (artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995), pero con la entrada en vigencia de la Ley 1071 de 2006, la misma se hizo extensiva a las cesantías parciales (artículos 4 y 5 ibídem).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por conducto de apoderado judicial contestó la demanda con los argumentos que a continuación se resumen (fs.59 a 64).

Indicó que la prestación de la actora se reconoció y pagó de conformidad con la Ley 962 de 2005 y Decreto Ley 2831 de 2005, sin que hubiera participado el Ministerio de Educación Nacional por cuanto no se encuentra dentro de sus funciones y competencias el reconocimiento y pago de prestaciones sociales a los docentes, toda vez que de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 715 de 2001, le corresponde a las entidades territoriales, la administración del personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

En este sentido, anota que a raíz de la descentralización educativa, el Ministerio de Educación perdió la facultad de nominación de los docentes, la cual fue asignada a los Departamentos y Municipios por la Ley 715 de 2011; en consecuencia, a nivel territorial, son las secretarias de educación las encargadas de atender las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que debe pagar el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, con sujeción al procedimiento establecido en el Decreto 2831 de 2005.

Por lo anterior, sostiene que el Ministerio de Educación Nacional no tiene injerencia alguna en el procedimiento de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Se refirió a la Ley 1071 de 2006 para afirmar que según el texto de la norma, le corresponde a la entidad empleadora o a aquella que tenga a cargo el reconocimiento de la prestación, expedir la resolución correspondiente y no al Ministerio de Educación, que ha perdido esas facultades.

Adicionalmente, afirma que el acto administrativo de reconocimiento de la prestación, condicionó el pago de la misma a la disponibilidad presupuestal, decisión que fue notificada al docente en forma personal y frente a la cual no ejerció los mecanismos que la ley establece para su oposición; por lo anterior, manifiesta que la actora no realizó ninguna actuación tendiente a desvirtuar la legalidad de la resolución que le reconoció las cesantías definitivas, por lo que debe colegirse que dicho acto quedó en firme y es a partir de ese momento que deben computarse los 45 días para configurar la mora en el pago y no desde la radicación de la solicitud.

Propuso como excepciones las siguientes: (i) falta de integración del litisconsorcio, (ii) falta de legitimación por pasiva, (iii) caducidad, (iv) buena fe, (v) inexistencia de la obligación y (vi) prescripción.

Argumentó que la Nación- Ministerio de Educación no expidió el acto administrativo que reconoció la prestación social sino la Secretaría de Educación respectiva en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005; además, plantea que la solicitud fue elevada ante la Secretaria de Educación a cuya planta pertenece la docente y no al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Risaralda profirió sentencia dentro de la audiencia inicial de conformidad con el inciso final del artículo 179[3] del CPACA en la que resolvió acceder a las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandada (fs. 87 a 111).

En punto a la excepción de falta de legitimación de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, la declaró no probada por considerar que los actos administrativos fueron expedidos por la Secretaria de Educación del Municipio de Pereira a nombre del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 3 numeral 4 del Decreto 2831 de 2005 que le confiere a las secretarias de educación la facultad de expedir los actos de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo.

En relación con la caducidad de la acción, manifestó que la demanda se presentó oportunamente, teniendo en cuenta que los términos de caducidad se vieron interrumpidos entre el 14 de febrero de 2013 y el 24 de abril de 2013 con la solicitud de conciliación prejudicial. En torno a la prescripción de los derechos laborales, anotó que la actora presentó la reclamación laboral dentro del término de tres (3) años a que se refiere el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, interrumpiendo el fenómeno jurídico de la prescripción.

[3] "Artículo 179. Etapas. (…)
Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la segunda etapa y procederá a dictar la sentencia dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión."

Sobre el tema en controversia, procedió a realizar una breve presentación del marco normativo de las cesantías en el sector oficial, contenido en la Ley 6 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947, así como de la sanción moratoria creada en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 para concluir que cuando los supuestos fácticos recaen sobre el pago tardío de las cesantías de los servidores públicos, el legislador no previó una sanción diferente a la del pago de un día de salario por cada día de retardo.

De otra parte, se refirió a la aplicación a los docentes, de la sanción por mora regulada por la Ley 1071 de 2006 y destacó que a pesar de que en la actualidad no existe una línea jurisprudencial unificada en cuanto al reconocimiento de la sanción moratoria a dichos empleados, existen pronunciamientos de la Sección Segunda de la Corporación, Subsecciones A y B, de 21 de mayo de 2009 y 21 de octubre de 2001, en los que se accedió al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes y que contienen la posición que mejor responde a los principios de favorabilidad en materia laboral, e igualdad material de los docentes frente a los demás servidores públicos.

Anotó que bastaba confrontar la fecha del reconocimiento de la prestación con la fecha de pago de la misma para advertir que transcurrieron más de los 65 días señalados por la ley para el reconocimiento y pago de la prestación, por lo que concluyó que la entidad demandada incurrió en mora, haciéndose acreedora a la sanción prevista en la Ley 1071 de 2006.

Con fundamento en lo anterior, condenó a la Nación- Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio al pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas, que para el caso ascienden a 487 días de salario correspondiente al año 2009, teniendo en cuenta que el pago se concretó el 2 de enero de 2012.

Por último, condenó en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 392 del C.P.C.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con fundamento en las siguientes razones (fs 114 a 116):

Solicitó revocar la sentencia apelada al considerar que el Ministerio de Educación Nacional no tiene injerencia alguna en el procedimiento de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y por tal razón, no debe ser condenada. Al respecto, sostuvo que dicho Ministerio perdió la facultad como nominador de los docentes, con ocasión de la descentralización del sector educativo, facultad que fue trasladada a los Departamentos y Municipios en virtud de las leyes 60 de 1993 y 715 de 2011. En concordancia con tales competencias, plantea que las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio deberán ser atendidas por las secretarias de educación, de acuerdo con el procedimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005.

Reiteró que de acuerdo con el procedimiento señalado en el Decreto 2831 de 2005, son las entidades territoriales certificadas quienes atienden las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así mismo quienes elaboran y remiten el proyecto de acto administrativo de reconocimiento a la Fiduciaria para que previo visto bueno, impulse y realice las gestiones que son de su competencia, por lo que son las encargadas de cumplir los términos establecidos para el reconocimiento y pago de la prestación, pues de lo contrario, se vulneraría el principio de unidad normativa de la Ley 1071 de 2006 y se estaría condenando al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a moras que no le corresponden.

Sostuvo que la demandante no desplegó ninguna actuación tendiente a desvirtuar la legalidad de la resolución que le reconoció las cesantías definitivas por lo que afirma que dicho acto quedó en firme y es a partir del mismo que se deben contar los 45 días para el reconocimiento de la sanción y no desde el día siguiente a la radicación de la solicitud.

Finalmente, considera que no hay lugar a los ajustes de valor de acuerdo al índice de precios al consumidor, toda vez que la moratoria es justamente la sanción por el no pago oportuno de la prestación, de lo que concluye que no puede existir esa doble sanción, tal y como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996.

AUDIENCIA DE CONCILIACION

El 4 de febrero de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación prevista en el artículo 192 del C.P.A.C.A. sin alcanzar acuerdo alguno por ausencia de ánimo conciliatorio de la parte demandada. (fs. 122 a 124).

ALEGATOS DE CONCLUSION

.- La parte actora. Mediante escrito allegado el 24 de abril de 2015[4], el apoderado de la actora presentó escrito de alegatos de conclusión en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia con los mismos argumentos expuestos en la demanda. Afirmó que en principio la sanción se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, pero en los eventos en que la administración no se pronuncie o se pronuncie tardíamente frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, como ocurrió en el presente caso, dicha situación no la exime de la sanción, evento en el cual, la misma se contabiliza desde la fecha de radicación de la solicitud.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

1.- Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, debe la Sala resolver el siguiente interrogante: ¿Le corresponde a la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar la sanción prevista en la Ley 1071 de 2006, cuando se presenta

[4] Fs. 151 a 158.

el incumplimiento de los términos fijados para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías?

2.- Marco jurídico y jurisprudencial de la sanción por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos.

.**- Creación legal y noción:** La indemnización por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos fue establecida mediante la Ley 244 de 1995[5] como una "sanción" a cargo del empleador moroso y a favor del trabajador, con el propósito de resarcir los daños que se causan a este último ante el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía dentro de los términos previstos de manera expresa por la ley. Al respecto, consagró lo siguiente:

> ***"Artículo 1º.-*** *Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.*
>
> ***Parágrafo.-*** *En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.*
>
> *Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*
>
> ***Artículo 2º.-*** *La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

[5] "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

> ***"Parágrafo.-*** *En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.*
>
> ***Artículo 3.-*** *Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los servidores públicos, cumplan con los términos señalados en la presente Ley.*
>
> *Igualmente vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución.*
>
> ***Parágrafo transitorio****. Establécese el término de un (1) año, contado a partir de la vigencia de la presente Ley, para que las entidades públicas del orden nacional, departamental, municipal o distrital, se pongan al día en el pago de las cesantías definitivas atrasadas, sin que durante este término se les aplique la sanción prevista en el parágrafo del artículo 2 de esta Ley."*

Como se advierte, dicha ley, se ocupó de fijar los términos perentorios para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores públicos, y en caso de mora, estableció a título de sanción, a cargo de la Administración y a favor del trabajador, un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación.

.- Finalidad. El espíritu de la comentada disposición es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías. En tal sentido, se puede afirmar que constituye una garantía del derecho al pago oportuno del salario contenido en el inciso 3 del artículo 53 Constitucional, y es también desarrollo del Convenio 95 de la OIT que protege el salario y su pago oportuno.

El Convenio No. 95 de la OIT, relativo a la protección al salario, aprobado mediante Ley 54 de 1962, incluyó dentro de la definición de salario “toda forma de remuneración”, así:

> "Artículo 1.- A los efectos del presente Convenio, el término ´salario´, significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

La Corte Constitucional, en la sentencia T-260 de 1994, sostuvo que esta amplia definición que sobrepasa lo que en Colombia se entiende como salario, permitió que en el artículo 12 del mismo Convenio se dijera:

> "Cuando se termine el contrato de trabajo se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos de conformidad con la Legislación Nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral o, en defecto de dicha legislación, contrato o laudo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de los términos del contrato".

Y destacó en el referido pronunciamiento, que esta parte del artículo 12 del Convenio Nº95 se refiere no solo a las mensualidades debidas sino también a cualquier remuneración derivada de la finalización de la relación laboral, lo que le ha permitido afirmar que prestaciones sociales como por ejemplo la cesantía están cobijadas por los principios constitucionales de la protección a la remuneración (art. 53 C.P.), aunque exista diferencia normativa entre salario y prestación en la legislación.

Dicho planteamiento fue reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996, por la cual declaró exequible el parágrafo del artículo 3 de la Ley 244 de 1995, al referirse al derecho al pago oportuno en materia salarial para sostener que éste no sólo comprende a las pensiones sino a toda remuneración salarial y laboral, incluidas las prestaciones:

> "Hoy el salario y las prestaciones sociales son derechos subjetivos, patrimoniales, no solo porque son derechos adquiridos sino porque la Nueva Constitución se expidió precisamente con el fin de asegurar el trabajo dentro de un marco económico y social justo (Preámbulo de la Carta), caracterizándose al Estado como Social de Derecho, fundado entre otras cosas en el respeto al trabajo (art. 1º), teniendo como uno de sus fines esenciales la efectividad de los derechos dentro de los cuales está la remuneración y el pago oportuno (art. 53 C.P.)
> (...)
> No hay pues la menor duda de que el salario y las prestaciones son REMUNERACIONES protegidas constitucionalmente. Es más, el constitucionalismo del 91 no se limita a promulgar los derechos, a dejarlos escritos, sino a protegerlos realmente (art. 2º C.P.).

Destacó la Corte en esta oportunidad, que desde la exposición de motivos del proyecto de Ley 244 de 1995, fue clara la finalidad de dicha iniciativa legislativa en desarrollar el inciso final del artículo 53 de la C.P., pues los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente, entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y sus familiares, razón por la cual, el pago de la cesantía definitiva debe ser oportuno, pues precisamente la finalidad de esta prestación es la de "entregarle al trabajador una suma de dinero para satisfacer sus necesidades inmediatas al retiro y en proporción al tiempo servido".

Y así también lo comprendió la Sala Plena de la Corporación[6], al sostener que "la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores".

Años después, la Ley 244 de 1995 fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006 que en su artículo 2º precisó su ámbito de aplicación así:

> **"Artículo 2. Ámbito de aplicación**. 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 del Ahorro".

Según la norma, son destinatarios de la indemnización todos los servidores públicos del Estado, con la salvedad establecida en el artículo 5 respecto al Fondo Nacional del Ahorro.

La Ley 1071 de 2006 distinguió entre el término para el reconocimiento de la cesantía (art. 4º) y el término para el pago oportuno de la misma (art. 5º), así:

> **"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.

[6] Sentencia de 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). C.P. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.

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 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."

Como se desprende de las referidas disposiciones, la entidad empleadora, o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación, cuenta con un plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir el acto de reconocimiento, y la entidad pagadora, dispone de cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar la prestación social.

Esta ley hizo extensiva la sanción, a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las *cesantías parciales*, toda vez que la anterior normativa únicamente la previó para las *definitivas.*

.- Contabilización de la mora. En punto a la contabilización de la mora por el pago tardío de la cesantía, la Sala Plena del Consejo de Estado[7], en pronunciamiento de 27 de marzo de 2007, formuló las distintas hipótesis para el reconocimiento de la indemnización moratoria por la falta del pago oportuno de las cesantías, y precisó el momento a partir del cual inicia el cómputo de la sanción moratoria en los casos en que no existe acto de reconocimiento de la prestación o éste se profiere en forma tardía. Al respecto, sostuvo:

> "Sobre este aspecto conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarrean perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrito de la administración.
>
> Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

[7] Sentencia del 27 de marzo de 2007. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo C. P. Jesús María Lemos Bustamante. Actor José Bolívar Caicedo Ruiz. Exp. No. 200002513 01.

> Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante.

Bajo tal entendimiento, la Sala[8] ha venido reiterando que en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción.

.- Aplicación de la Ley 1071 de 2006 al personal docente del sector oficial.

Como se dijo, el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, así quedó consagrado en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa, al advertir que “la misma cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder e incluye de igual forma a la Fiscalía General, los órganos de control, las entidades que

[8] Sentencias del 28 de enero de 2010, No. Interno: 2266-08, y 28 de junio de 2012 No. 1682-2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, entre otras.

prestan servicios públicos y de educación. Es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no sólo a nivel nacional sino territorial"[9], de modo que no encuentra la Sala ninguna razón para excluir, a los docentes del sector oficial, del derecho al pago oportuno de las cesantías desarrollado en dicho precepto legal, pues al igual de los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem.

La necesidad de protección del derecho al pago oportuno de las prestaciones sociales de los servidores públicos quedó claramente consignada en la exposición de motivos de la Ley 244 de 1995, al manifestar lo siguiente:

> "…la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.
>
> Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando el final se paga al trabajador su cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados,

[9] Consulta realizada en la página web senado.gov.co. Proyecto de Ley No. 44 de 2005.

con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador."[10].

Los docentes del sector oficial no escapan a dicha realidad, son varios los casos en los que la Sección Segunda de la Corporación se ha pronunciado en torno al reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de docentes a quienes no se les ha cancelado en forma oportuna el auxilio de cesantías, entre los que vale citar: sentencia de 21 de mayo de 2009, Expediente No. 23001-23-31-000-2004-00069-02 (0859-08), actor. Hugo Carlos Pretelt Naranjo, demandado: Departamento de Córdoba. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; sentencia de 21 de octubre de 2011, Expediente No. 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09), actor: Eduardo Montoya Villafañe, demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; sentencia de 10 de julio de 2014, expediente No. 17001-23-33-000-2012-0080-01 (2099-13), actor: Martha Lucía Hernández Clavijo, demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero y sentencia de 22 de enero de 2015, expediente No. 73001-23-31-00192-01 (0271-14), actor: Yaneth Lucía Gutiérrez Gutiérrez, demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Además, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías consagrada en la 1071 de 2006 no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5º de la Ley 91 de 1989[11], artículo 56 de

[10] Gaceta del Congreso año IV – N°. 225 del 5 de agosto de 1995
[11]Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:
(…)
3. Cesantías:

la Ley 962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, toda vez que no contraría las condiciones ni la competencia para el reconocimiento de la prestación, ni tampoco se ve afectado el derecho del empleado docente a recibir un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, de manera que no se menoscaba el régimen especial a favor de los docentes afiliados al Fondo, en cambio, si se complementa con la fijación de unos términos perentorios para el reconocimiento y pago oportuno de la prestación.

En conclusión, la Sala estima que no existe obstáculo legal para el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a favor de los docentes, toda vez que el ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006 incluye a todos los servidores públicos, inclusive a los del sector oficial, como se dejó sentado en la exposición de motivos; además, la referida sanción no resulta incompatible con el régimen especial establecido para el

---

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".

reconocimiento de las cesantías de los docentes, ya que no se ve afectan las condiciones, términos y competencia para el reconocimiento de la referida prestación ni se menoscaba el derecho de los docentes a esta prestación, razones que conducen a la Sala a reafirmar la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes oficiales, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- El Caso concreto.

3.1. Hechos Probados.

.- El reconocimiento de la cesantía definitiva. Mediante Resolución No. 396 de 6 de agosto de 2010, la Secretaria de Educación del Municipio de Pereira, en uso de las facultades previstas en la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005, artículo 56 y Decreto 2831 de 2005, reconoció a favor de la señora Diva Liliana Diago del Castillo, la suma de $10'366.366, por concepto de cesantías definitivas por sus servicios como docente municipal (f. 14 al 17). Dicho acto fue notificado a la actora el 6 de septiembre de 2010 (fl. 14).

.- Pago de la cesantía. El auxilio de cesantía fue cancelado por la Fiduciaria la Previsora S.A. a la actora, por consignación bancaria a través del BBV, el 02 de enero de 2012 (f. 19).

.-Reclamación de la sanción moratoria: El 9 de agosto de 2012, la actora, por conducto de apoderado judicial, solicitó a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, contabilizada a partir

del vencimiento del término de sesenta y cinco (65) días siguientes a la radicación de la solicitud de pago de la prestación (fs. 4 al 7).

.- La negativa al reconocimiento de la sanción moratoria. Mediante Resolución No. 591 de 23 de agosto de 2012, el Secretario de Educación del Municipio de Pereira negó a la demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, al considerar que dicho reconocimiento y pago le corresponde directamente a la Fiduprevisora como administradora de los recursos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fs. 8 y 9)

.- La impugnación en sede gubernativa. Contra el acto anterior, que negó el reconocimiento de la sanción moratoria, la actora interpuso recurso de reposición en el que planteó que de acuerdo con los artículos 2 y 3 del Decreto 2831 de 2005, le corresponde a las secretarias de educación atender las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fs. 10 y 11)

.- Agotamiento de la vía gubernativa. Mediante Resolución No. 947 de 9 de octubre de 2012, la Secretaria de Educación del Municipio de Pereira resolvió no reponer la Resolución No. 591 de 23 de agosto de 2012 (fs. 12 y 13). Dicho acto fue notificado el 24 de octubre de 2012, quedando agotada de esta forma la vía gubernativa (f. 13).

.- La asignación básica devengada por la actora durante la vigencia fiscal de 2008 fue la suma de $1’828.358 (f. 18).

3.2. Análisis de fondo.

El Tribunal Administrativo de Risaralda en la sentencia apelada consideró que bastaba confrontar la fecha del reconocimiento de la prestación con la fecha de pago de la misma para advertir que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora, haciéndose acreedor a la sanción prevista en la Ley 1071 de 2006.

Por su parte, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al apelar la decisión anterior, argumenta que el Ministerio de Educación Nacional no tiene injerencia alguna en el procedimiento de reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y por tal razón, no debió ser condenada. Sostuvo que de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005, son las entidades territoriales certificadas quienes atienden las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que son las encargadas de cumplir los términos establecidos para el reconocimiento y pago de la prestación, pues de lo contrario, se estaría condenando al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a moras que no le corresponden.

En este orden, el recurso de apelación se circunscribe a determinar si le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 o si por el contrario es responsabilidad de la Secretaria de Educación de Pereira como lo sostiene la entidad demandada, con fundamento en el Decreto 2831 de 2005.

.- Competencia del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio frente al pago de las prestaciones sociales del personal docente afiliado.

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, 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 serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tuviera más del 90% del capital.

Como objetivos de dicho Fondo, el artículo 5º de la referida ley estableció, entre otros, los siguientes: (i) efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; (ii) garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales. Estos últimos deberá contratarlos de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo; (iii) velar para que la Nación cumpla en forma oportuna con los aportes que le corresponden e igualmente transfiera los descuentos de los docentes; (iv) velar para que todas las entidades deudoras del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cumplan oportunamente con el pago de sus obligaciones.

El artículo 9º de la ley estableció la obligación del Fondo de pagar las prestaciones sociales de los docentes afiliados, aunque el reconocimiento de las mismas quedó a cargo de las entidades territoriales competentes, en virtud de la delegación que la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, les haga de dicha función:

> "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."

La anterior disposición se complementa con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, que estableció que el acto de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes oficiales debía ser elaborado por el secretario de educación de la entidad

territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente:

> "Artículo 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. 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."

La Sala[12] en sentencia de 14 de febrero de 2013, anotó que la intención del legislador al expedir la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar una serie de trámites que los particulares adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación social, dada la complejidad que ello entrañaba, y precisó que ello en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, toda vez que el artículo 56, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que "Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.".

En relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Ley 91 de 1989, teniendo en cuenta el proceso de nacionalización de la educación oficial llevado a cabo en el país mediante la Ley 43 de 1975, señaló que quedarían automáticamente afiliados al Fondo los docentes nacionales o

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 14 de febrero de 2013, Radicación No.: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-12), Actora: Luz Nidia Olarte Mateus.

nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la citada ley, esto es, 29 de diciembre de 1989 y, así mismo, el personal vinculado con posterioridad, siempre que cumplieran los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

En lo que se refiere a los recursos económicos que hacen parte del citado Fondo, el artículo 8 ibídem indicó que los mismos estarían integrados, principalmente por los aportes de los docentes afiliados, en cuantía del 5% del sueldo básico mensual.

.- Trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

El Decreto 2831 de 2005, reglamentó el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y consagró el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de la siguiente manera:

> "**ARTÍCULO 2°. Radicación de solicitudes**. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaria de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

ARTÍCULO 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces. Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada 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 sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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 encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por ésta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con 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.

5. Remitir a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de éste, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que éstos se encuentren en firme.

PARAGRAFO PRIMERO: Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARAGRAFO SEGUNDO: Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

ARTÍCULO 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

ARTÍCULO 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la Ley."

El estudio de las anteriores disposiciones permite concluir que el reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le corresponde al Fondo, mediante aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre y que el trámite establecido con tal finalidad implica la participación de la Secretaría de Educación de la respectiva entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo.

Bajo tal entendimiento, a la secretaría de educación de la respectiva entidad territorial certificada le corresponde atender las solicitudes prestacionales que sean pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que implica: (i) recibir y radicar la solicitud, (ii) elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación, (iii) suscribir el acto de reconocimiento de las prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo (previa aprobación por parte de la fiduciaria), y (iv) remitir a la fiduciaria copia de los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales para efectos de pago, dentro de los tres (3) días siguientes a que éstos se encuentren en firme. A la sociedad fiduciaria por su parte, le corresponde: (i) implementar un sistema de radicación único, (ii) adoptar un formulario de radicación, (iii) recibir la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, así como el proyecto de resolución que, dentro del término previsto, le envíe la respectiva secretaría de educación y, si fuere del caso, (iv) impartirle su aprobación para que el secretario de educación pueda suscribirlo.

En ese orden, debe decirse que las resoluciones por las cuales se dispone el reconocimiento y pago de prestaciones económicas a favor de los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son actos en los que interviene, en estricto sentido, tanto la Secretaría de Educación del ente territorial, en el cual presta sus servicios el docente peticionario, a través de la elaboración del proyecto de resolución de reconocimiento prestacional, como la Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde aprobar o improbar el proyecto de resolución, de acuerdo con la documentación que para tal efecto le haya sido enviada, entre la cual se destaca, la certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y

prestacional del docente interesado, según la normatividad vigente[13].

Lo anterior no significa que la obligación de pagar las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se haya trasladado a las secretarías de educación territoriales, pues ello implicaría un desconocimiento de la Ley 91 de 1989; por el contrario, su intervención es meramente instrumental en la realización del trámite de expedición del acto administrativo de reconocimiento por el cual se dispone el pago de las prestaciones sociales a los docentes afiliados al mismo.

Ahora bien, aduce el apelante que en virtud de las disposiciones del Decreto 2831 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será efectuada a través de las secretarias de educación de las entidades territoriales certificadas, razón por la que afirma que no tiene injerencia alguna en dicho procedimiento, y por esto no debe ser condenado al reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Contrario a lo afirmado por el apelante, en ningún momento el Decreto 2831 de 2005, por el cual se reglamentó el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, pues dicha norma reafirma dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al disponer una intervención estrictamente instrumental de las secretarias de

[13] En este mismo sentido puede verse la sentencia de 18 de agosto de 2011. Rad. 1887-2008. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

educación, en la recepción y radicación de las solicitudes, trámite, proyección y expedición del acto de reconocimiento de la prestación, toda vez que, en firme y ejecutoriada la decisión, ésta debe remitirse a la fiduciaria para efectos del pago.

De otra parte, cabe anotar que "en los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio que profiera el Representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional"[14], razón por la cual carece de sustento el argumento de apelación fundado en la ausencia de responsabilidad de la Nación-Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, respecto de las pretensiones de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantías de la demandante.

Sostiene igualmente el apelante que la actora no realizó ninguna acción tendiente a impugnar el acto administrativo de reconocimiento de la cesantías de lo que se colige que dicho acto quedó en firme y por ende, es a partir de dicho momento que se cuentan los 45 días para el reconocimiento de la sanción moratoria y no desde la fecha de la solicitud, toda vez que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no está llamado a responder por moras que no le son imputables.

En criterio de la Sala no era necesario que la demandante controvirtiera el acto de reconocimiento de sus cesantías -Resolución No. 396 de 06 de agosto de 2010- pues el motivo de su inconformidad no era el reconocimiento de la prestación, sino el pago tardío de la misma.

[14] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 23 de mayo de 2002, Radicación número: 1423. Actor: Ministro de Educación Nacional.

Ahora bien, de los documentos obrantes se desprende que la actora radicó la solicitud de cesantías definitivas, el 18 de mayo de 2010, en calidad de docente de la Institución Educativa Gimnasio Risaralda del municipio de Pereira (fs. 16 y 17).

El Secretario de Educación del Municipio de Pereira, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y Decreto Reglamentario 2831 de 2005, expidió la Resolución No. 396 de 06 de agosto de 2010, mediante la cual reconoció las cesantías definitivas a la actora, correspondiente a los años 1997 a 2009, por valor de $8'866.104, para ser canceladas por la entidad Fiduciaria La Previsora S.A.

Del recibo de pago del banco BBVA allegado al folio 19 se desprende que la Fiduciaria la Previsora S.A. consignó a favor de la actora el valor de las cesantías, el 2 de enero de 2012.

La demandante considera que el reconocimiento y pago de sus cesantías fue extemporáneo, puesto que no se cumplieron los términos fijados en los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, motivo por el cual elevó petición a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reclamando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la referida norma (fs. 4 a 6).

Mediante Resolución No. 591 de 23 de agosto de 2012, el Secretario de Educación Municipal negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria aduciendo que le corresponde a la Fiduciaria la Previsora S.A., como administradora de los recursos del Fondo, el pago de la referida sanción. Al respecto, sostuvo que el Fondo de

Prestaciones no tuvo injerencia ni participación en el pago efectivo de la prestación reconocida mediante la Resolución No. 396 de 2010, razón por la que afirma que no tuvo responsabilidad en la mora de dichos pagos, y alega que es ante la referida fiduciaria en donde debe efectuarse la reclamación de dicha mora.

La actora interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. No. 947 de 09 de octubre de 2012, por medio de la cual el Secretario de Educación del Municipio de Pereira decidió no reponer la Resolución No. 591, por considerar que el Fondo de Prestaciones no tuvo responsabilidad en la mora del pago de las cesantías definitivas de la actora.

Las normas en que se funda la reclamación de la demandante, hacen parte de la Ley 1071 de 2006 "por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, que regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación".

Como se dijo en el marco normativo y jurisprudencial desarrollado en párrafos anteriores, la indemnización por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos fue concebida como una "sanción" a cargo de la Administración y a favor del trabajador, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías. El espíritu del legislador fue proteger el derecho de los servidores públicos a percibir oportunamente la liquidación de sus cesantías, como garantía de su derecho al pago oportuno, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

Según se desprende de la Ley 1071 de 2006, la entidad empleadora, o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de la prestación, cuenta con un plazo de

quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir el acto de reconocimiento, y la entidad pagadora, dispone de cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar la prestación social.

Sobre la contabilización de la mora por el pago tardío de la cesantía, ya se anotó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 1071 de 2006, se expuso que ésta ley cobija a todos los empleados y trabajadores del Estado, incluyendo a los docentes oficiales, quienes tienen derecho a que se le reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, pues una posición contraria implicaría desconocer injustificadamente, el derecho a la igualdad de oportunidades de estos trabajadores, establecido en el artículo 53 C.P. y el artículo 13 ibídem, además, porque dicha sanción no es incompatible con la aplicación del régimen especial previsto en el numeral 3 del artículo 5º de la Ley 91 de 1989[15], artículo 56 de la Ley

[15]Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:
(…)
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

962 de 2005 y Decreto 2831 de 2005, para el reconocimiento de las cesantías del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Efectuadas las anteriores precisiones, se tiene que si la demandante radicó la petición de cesantías parciales el día 18 de mayo de 2010 y el acto de reconocimiento se expidió el 6 de agosto de 2010, la entidad lo hizo en forma tardía, puesto que transcurrieron más de quince (15) días entre la radicación y la expedición del acto.

De otra parte, si el pago de la prestación se realizó el 02 de enero de 2012 (fl. 19), entonces la contabilización de la mora deberá iniciar a partir del vencimiento de los términos fijados en la ley para la expedición del acto de reconocimiento y el pago de la prestación, (65 días hábiles), los cuales, en el presente caso y en razón al reconocimiento tardío de la prestación, deben contarse desde la radicación de la solicitud, tal y como lo ha venido reconociendo la Sala, y no desde la expedición del acto de reconocimiento.

La Sala no acoge el argumento de la apelación en cuanto solicita reconocer la mora desde el vencimiento del plazo de 45 días hábiles siguientes a la expedición del acto

---

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".

de reconocimiento de la prestación, Resolución No. 396 de 06 de agosto de 2010, toda vez que de ser así, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo.

Como quedó demostrado, la administración omitió el cumplimiento de los términos consagrados en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías reclamadas por la demandante, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento de las cesantías, 5 más que corresponden al término de la ejecutoria y 45 días dentro de los cuales debía realizar el pago, contados los cuales, se entiende que el pago debió producirse el 24 de agosto de 2010, pero solo se hizo hasta el 2 de enero de 2012, es decir, en forma tardía.

En la sentencia apelada, el A quo ordenó el reconocimiento y pago de la sanción a partir del 24 de agosto de 2010 y hasta el 2 de enero de 2012 (f.19), decisión que se encuentra ajustada a derecho, toda vez que la administración contaba con el término de 65 días hábiles para pagar la prestación, término que como se dijo, se cumplió el 24 de agosto de 2010, teniendo en cuenta que la solicitud fue radicada el 18 de mayo de 2010.

De otra parte, dirá la Sala que la entidad demandada no realizó ningún esfuerzo probatorio tendiente a desvirtuar el incumplimiento de los términos fijados en la Ley 1071 de 2006 para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de la actora, razón por la cual, es responsable de la sanción moratoria por el retardo de 487 días en el pago de las cesantías definitivas de la actora, reconocida mediante la Resolución No. 396 de 06 de agosto de 2010.

.- Ajuste de valor.

Considera la entidad apelante que no hay lugar a los ajustes de valor, ordenados en el numeral 6.5.3. de la sentencia, toda vez que la moratoria es incompatible con otra forma de actualización, tal y como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996.

Al respecto, ciertamente la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996, sostuvo lo siguiente: "*no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación".*

De acuerdo con dicho planteamiento, la sanción moratoria es incompatible con la indexación, toda vez que ésta no solo cubre la actualización monetaria sino que es superior, lo que determina la improcedencia de reconocer los ajustes de valor de la sanción moratoria mientras esta opere.

En el presente caso, la sentencia de primera instancia ordenó el ajuste de valor de las sumas que resulten de la condena, decisión que será confirmada, pero sólo en el entendido que dicho ajuste de valor será ordenado a partir del 3 de enero de 2012 y hasta que se produzca el pago de la condena con el fin de proteger el derecho a la

actualización monetaria, toda vez que la sanción moratoria dejó de operar el 2 de enero de 2012, fecha en que se produjo el pago de las cesantías definitivas.

Por las razones expuestas, esta Sala procederá a confirmar la sentencia apelada que accedió a las pretensiones de la demanda, aclarando que el ajuste de valor de las sumas que resulten a favor del demandante se ordenará a partir del 3 de enero de 2012 y hasta que se efectué el pago de la condena.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 27 de noviembre de 2013, por la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda accedió a las pretensiones de la demanda instaurada por DIVA LILIANA DIAGO DEL CASTILLO contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: ACLARASE el numeral 6.5.3. de la sentencia de 27 de noviembre de 2013, en el sentido de ordenar el ajuste de valor sobre las sumas reconocidas, a partir del 3 de enero de 2012 y hasta que se produzca el pago de la condena, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva.

Por Secretaría**, COMUNÍQUESE** el contenido de esta providencia al Tribunal de origen y devuélvase el expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER