CONSEJO DE ESTADO
JUSTICIA - GUÍA - CONTROL

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

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicado:	**73001-23-33-000-2014-00185-01 (3180-2015)**
Accionante:	**ALCIDES HERRERA ROJAS**
Accionado:	**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTRO**
Asunto:	**Homologación, nivelación y reliquidación salarial. Ley 1437 de 2011.**

SO. 0071

La Sala de Subsección A decide los argumentos de apelación expuestos por las partes contra la sentencia de 25 de mayo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que declaró la existencia del silencio administrativo negativo y la nulidad del acto administrativo ficto, y condenó al Ministerio de Educación Nacional y al Departamento del Tolima a pagar los intereses moratorios del 6% anual y las costas procesales.

PRETENSIONES[1]

Por conducto de apoderado judicial, el señor Alcides Herrera Rojas, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en

[1] Folio 18 del expediente.

el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo ficto producto del silencio administrativo negativo generado por la ausencia de respuesta a la petición radicada el 4 de julio de 2013 en la que solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios y legales ocasionados por el no pago oportuno de la homologación, nivelación y reliquidación salarial correspondiente a los años 1997 a 2009, ordenadas por el Ministerio de Educación Nacional.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a las demandadas a pagar los intereses moratorios y legales generados por el no pago oportuno de la homologación, nivelación y reliquidación salarial correspondiente a los años 1997 a 2009. De igual manera, requirió que se ordene el reajuste del valor de la condena y el pago de los intereses correspondientes, de conformidad con el artículo 192 del CPACA.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS[2]

Relató que adquirió el derecho al pago de la nivelación y reliquidación salarial de la homologación correspondiente a los años 1997 a 2009 en razón a que el Ministerio de Educación Nacional aprobó la liquidación correspondiente a la deuda del retroactivo producto de la modificación al estudio técnico inicial de la homologación.

En ese sentido, afirmó que el pago de la homologación y nivelación salarial a que tiene derecho por valor de $69.511.043 se debió hacer el 1 de enero de 2010. No obstante, el Ministerio de Educación Nacional dispuso los recursos para el departamento del Tolima sólo hasta el año 2012.

Por lo anterior, el departamento del Tolima expidió la Resolución 05011 de 20

[2] Fols. 19 y 20 del expediente.

de noviembre de 2012, mediante la que se reconoció el retroactivo y la nivelación salarial correspondiente a la homologación dada para los años 1997 a 2009 para el personal administrativo adscrito a la Secretaría de Educación Departamental, pagados con recursos del Sistema General de Participaciones.

La Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima dando cumplimiento a lo ordenado en la Resolución 05011 de 20 de noviembre de 2012, expidió la Resolución 5603 de 26 de diciembre de 2012 y ordenó el pago de la homologación al personal administrativo de las instituciones educativas y de la cuota de administración de la referida secretaria, de la cual hace parte.

En razón a lo anterior, el 4 de julio de 2013 elevó petición ante el Ministerio de Educación Nacional sobre el pago de los intereses moratorios causados por el no pago oportuno de la nivelación y reliquidación salarial correspondiente a los años 1997 a 2000. Respecto de dicha petición la entidad no hizo manifestación alguna, configurándose el silencio administrativo negativo.

Finalmente, señaló que el 25 de febrero de 2014 la Procuraduría 163 Judicial II para asuntos administrativos expidió constancia en la que certificó que la audiencia de conciliación prejudicial convocada se declaró fallida.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN[3]

Se invocó en la demanda la trasgresión de los artículos 2, 5, 6, 13, 29, 53 y 90 de la Constitución Política.

Como concepto de violación, el apoderado del demandante indicó que fue quebrantado el orden económico social justo, consagrado en el preámbulo de la Constitución y los principios de legalidad, efectividad de los derechos, igualdad y favorabilidad, argumentando que la fecha límite para el pago del retroactivo,

[3] Folios 20 y s.s. del expediente.

producto del estudio técnico de la homologación y nivelación salarial, correspondía al 1 de enero de 2010; sin embargo, solo se hizo efectivo hasta el 26 de diciembre de 2012, situación que determinó que se generaran intereses moratorios por el no pago oportuno de su nivelación salarial correspondiente a los años 1997 a 2000.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional**[4] solicitó desestimar las pretensiones propuestas. Al efecto sostuvo que no le corresponde el reconocimiento y pago de los intereses solicitados por el accionante, toda vez que tal prerrogativa es competencia de la Secretaría de Educación del departamento del Tolima, de acuerdo con la descentralización administrativa ordenada por la Ley 60 de 1993.

En ese sentido, propuso como excepciones las que denominó «indebida representación o falta de legitimación en la causa por pasiva» y «prescripción».

El apoderado de la **Gobernación del Tolima**[5] dio contestación a la demanda y se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones planteadas por el señor Alcides Herrara Rojas, por considerar que carecen de fundamentos de hecho y de derecho, toda vez que el proceso de homologación, nivelación y reliquidación salarial correspondiente a los años 1997 a 2009, ordenada por el Ministerio de Educación Nacional, mediante el Oficio 2010EE48618 de 2010, se desembolsó dentro del término y disponibilidad presupuestal de los recursos del Sistema General de Participaciones disponibles en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en el artículo 5 del Decreto 709 de 1996, según el cual «en ningún caso se podrá reconocer indexación o intereses de cualquier tipo por concepto de efectos fiscales de reconocimiento.»

---

[4] Folios 41 y s.s. del expediente.
[5] Folios 34 a 41 del expediente.

Por otro lado, sostuvo que la entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que las cuestiones relacionadas con el reconocimiento de derechos, estarán a cargo del Ministerio de Educación y las atinentes al pago de derechos reconocidos serán atendidas por la FIDUPREVISORA S.A., por lo que no le asiste la responsabilidad del pago de sanciones por desembolso tardío de dineros, respecto de los cuales no tiene control.

Finalmente, formuló las excepciones que denominó «no comprender la demanda todos los Litis consorcios necesarios»; «inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales»; «cobro de lo no debido»; «buena fe»; y «excepción genérica».

En desarrollo de la audiencia inicial celebrada por el Tribunal Administrativo del Tolima el 11 de marzo de 2015, se **fijó el litigio**[6] en los siguientes términos:

> «Se procede a fijar el objeto del litigio de la siguiente manera:
>
> «Se trata de determinar si, ¿las accionadas deben pagar los intereses moratorios o legales por el no pago oportuno de la homologación, nivelación y reliquidación salarial solicitados por el señor ALCIDES HERRERA ROJAS, en su condición de empleado del ente territorial demandado?».

LA SENTENCIA APELADA[7]

El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia de 25 de mayo de 2015, declaró (i) la existencia del silencio administrativo negativo generado por la ausencia de respuesta a la petición elevada por el demandante el 4 de julio de 2013 ante el Ministerio de Educación Nacional, y (ii) declaró la nulidad del acto ficto, y ordenó al Ministerio de Educación y al departamento del Tolima a pagar los intereses moratorios del 6% anual causados desde el 20 de noviembre hasta el 26 de diciembre de 2012 y condenó en costas a las entidades demandadas.

---

[6] Folio 94 del expediente.
[7] Folios 114 y s.s. del expediente.

El *a quo*, después de hacer un recuento de los procesos de nacionalización y descentralización producidos en materia de educación oficial, determinó que contrario a lo afirmado por el demandante, los intereses moratorios no se causaron desde el 1 de enero de 2010 al 20 de noviembre de 2012, sino del 20 de noviembre de 2012 (liquidación del retroactivo) hasta al 26 de diciembre de 2012 (cuando se produjo el pago), pues la administración estaba en la obligación de efectuar el pago desde la expedición de la Resolución 05011 del 20 de noviembre de 2012 y no antes, ya que los actos proferidos con anterioridad a ésta, deben considerarse como preparatorios para determinar la viabilidad de la homologación y, además, se tuvo que esperar a contar con los registros y certificados presupuestales correspondientes.

En ese sentido, determinó que el pago de los intereses moratorios reconocidos correspondería al 6% anual, según lo dispuesto por el artículo 1617 del Código Civil, en vista de que las partes no los pactaron expresamente.

Finalmente, señaló que el pago de los mismos estaría a cargo tanto del Ministerio de Educación, como del departamento del Tolima.

LA APELACIÓN

Contra la anterior decisión, el demandante y el Ministerio de Educación Nacional presentaron recurso de apelación.

El apoderado del señor Alcides Herrera Rojas[8] impugnó la decisión de primera instancia y solicitó que se revoque parcialmente la sentencia por estar en desacuerdo con las fechas desde las que se ordena el reconocimiento de los intereses y el porcentaje del 6% mediante el cual se calcularon los mismos.

Al respecto, señaló que los dineros producto de la homologación para el pago

[8] Folios 129 y s.s. del expediente.

de las acreencias ya liquidadas y concertadas entre el departamento del Tolima y el Ministerio de Educación se reconocieron el 31 de diciembre de 2009, por lo que es a partir del 1 de enero de 2010 que se comienza a contabilizar la mora, hasta el pago efectivo, que se dio el 26 de diciembre de 2012.

Igualmente, manifestó su inconformidad en cuanto al porcentaje de los intereses del 6% anual y solicitó el pago de los intereses corrientes y moratorios bancarios correspondientes al periodo antedicho, para evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, toda vez que no es procedente la aplicación del artículo 1617 del Código Civil, ni siquiera por analogía.

En apoyo a su tesis, citó múltiples sentencias referentes al pago oportuno de pensiones, cesantías, conciliaciones y sentencias judiciales.

El apoderado de la **Nación – Ministerio de Educación Nacional**[9] presentó recurso de alzada y pidió que se revoque la sentencia de primera instancia en lo relacionado con las condenas proferidas contra dicha entidad y en su lugar se ordene al departamento del Tolima al pago de los intereses y demás condenas pertinentes.

Lo anterior, en atención a que sus funciones dentro del mencionado proceso de homologación y nivelación salarial, se limitaron a controlar y vigilar, contrario a la labor del departamento del Tolima, el cual finalmente, realizó el pago con los dineros del Sistema General de Participaciones, por ser el nominador de los cargos y el que elaboró el estudio técnico respectivo. Por ello, solicitó su desvinculación del proceso.

Frente a los intereses moratorios, señaló el Ministerio de Educación Nacional que su finalidad es sancionar económicamente a quien incurra en mora de sus obligaciones, situación que no se configura en el caso *sub judice*, por cuanto no

[9] Folios 138 y s.s. del expediente.

existió retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador, sino una simple equiparación de cargos como consecuencia de una decisión administrativa fundamentada en el Concepto 1607 del 9 de diciembre de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Por ende, consideró el ministerio que no es viable la condena impuesta referente al pago del interés legal del 6%, toda vez que el ministerio hizo el traslado de los fondos oportunamente y fue el departamento del Tolima quien se retrasó en el desembolso.

Agregó que en el pago de la mencionada homologación, se tuvo en cuenta la actualización de los valores, por lo que no es válido afirmar que se afectó la situación patrimonial de los beneficiarios del pago por el paso del tiempo.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de 22 de septiembre de 2015 se admitió el recurso de apelación interpuesto por ambas partes[10]. Por auto de 28 de octubre de 2016 se corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público por el término de 10 días para que alegaran de conclusión[11].

La apoderada del Ministerio de Educación Nacional, presentó los alegatos de manera extemporánea[12].

La parte demandante, el departamento del Tolima y el Ministerio Público permanecieron silentes en esta instancia procesal.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

---

[10] Folio 162 del expediente.
[11] Folio 173 del expediente.
[12] Folio 179 a 184 del expediente.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia apelada y los que fundamentaron el recurso de apelación presentado por la parte demandada, le corresponde a la Sala de la Subsección determinar si:

- El pago de la suma resultante del proceso de homologación y nivelación salarial del señor Alcides Herrera Rojas, otorgado mediante la Resolución 5603 del 26 de diciembre de 2012, expedida por la Secretaría de Educación y de Cultura del departamento del Tolima ¿se efectuó dentro de los términos correspondientes? ¿Hay lugar a la causación de intereses?

En ese sentido, con el fin de resolver el problema jurídico, la Sala de decisión estudiará las pruebas obrantes en el expediente frente al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

El proceso de homologación del personal administrativo al servicio de los establecimientos educativos[13]

La Ley 43 de 1975[14], nacionalizó el servicio de educación primaria y secundaria, que venían prestando los departamentos, municipios, intendencias, comisarías y distritos. Dicho proceso se llevó a cabo desde el 1 de enero de 1976 hasta el 31 de diciembre de 1980.

---

[13] Se apoya la Sala en el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicación: 1607, de 9 de diciembre de 2004, con ponencia del magistrado Flavio Augusto Rodríguez Arce.
[14] «Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías.»

Posteriormente, la Ley 60 de 1993[15] ordenó la descentralización del servicio educativo, desmontando así la nacionalización ordenada por la ley anterior. Dicha ley dispuso la entrega, por parte de la nación, de los bienes, el personal y los establecimientos educativos, a los departamentos y distritos.

De esta forma, quedó claramente establecido que el personal administrativo del sector educativo que venía prestando sus servicios a la Nación por mandato legal debía pagarse al respectivo departamento o distrito, cumplido lo cual, entraban a formar parte de las plantas de personal de carácter departamental o distrital, respectivamente.

El traspaso o entrega de las plantas de tales servidores, conforme al régimen de administración de personal, debía producirse indefectiblemente mediante un proceso de incorporación, que para su perfeccionamiento requería de la homologación de cargos (comparación de los requisitos, funciones, clasificación, etc., previstos en la planta de la Nación, con los exigidos para desempeñar los de la planta de personal de los departamentos), procedimiento que, en el caso del personal administrativo, revestía características particulares, pues era el producto de la descentralización del servicio educativo hacia un ente territorial.

Luego, la Ley 715 de 2001[16] pretendió municipalizar el servicio educativo que había quedado departamentalizado previamente. En ella se dispuso que los departamentos certificaran a los municipios que cumplieran determinados requisitos, de manera que la asunción de la administración autónoma de los recursos del Sistema General de Participaciones - arts. 5 y 6 -, aparejaba la obligación de los municipios de recibir el respectivo personal entregado por los

[15] Derogada por el art. 113, Ley 715 de 2001. Reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 1168 de 1996. «Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.»

[16] Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

departamentos, sujetándose a las plantas de cargos adoptadas de conformidad con la ley.

Como consecuencia del proceso de descentralización del sector educativo, las entidades territoriales debían recibir el personal administrativo contemplado en las respectivas plantas de personal adoptadas conforme a la ley, mediante el procedimiento de la incorporación, previa homologación de los cargos, sin detrimento de la autonomía de las entidades territoriales, para determinar la estructura de sus administraciones, fijar las escalas salariales y los emolumentos de sus empleados públicos, y establecerles un límite máximo salarial, dentro del cual las entidades pudieran ejercer sus competencias según su situación fiscal.

La incorporación suponía, de un lado, que los departamentos debían reajustar, atendiendo sus necesidades, su estructura orgánica y funcional para cumplir con los fines del servicio educativo y, de otro, que la inclusión en la nueva planta debía tomar en cuenta no solo el aspecto formal de los empleos, como su nomenclatura y grado, sino de manera primordial su clasificación por la naturaleza de las funciones, el grado de responsabilidad y los requisitos para su ejercicio, con sujeción a los manuales específicos respectivos, para de esta manera determinar la remuneración, lo cual debió cumplirse dentro del proceso de homologación.

Según se analizó, las condiciones de incorporación no estaban sometidas a la discrecionalidad de las autoridades departamentales sino a las resultas de un estudio técnico concertado que permitiera ubicar los servidores en el grado de remuneración que correspondiera a las funciones que debían cumplir, a los requisitos exigidos para el cargo que conforme a las necesidades del servicio debían desempeñar y a los demás elementos estructurales del empleo, dentro de los límites establecidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de los decretos reglamentarios de la Ley 4 de 1992.

El personal administrativo tenía una connotación muy particular, por cuanto sus salarios debían ser cubiertos con el situado fiscal, cuando el salario en la entidad territorial fuera superior al que devengaba en la Nación, para lo cual esa diferencia debía asumirla ésta última, pues se imponía la nivelación en las condiciones ya expuestas; pero los recursos propios se comprometían si la incorporación desconoció los parámetros legales analizados o el límite reglamentario de incremento salarial dispuesto por el Gobierno.

En el evento de existir mayores costos con ocasión del proceso de homologación en virtud de lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, si el proceso se cumplió conforme a derecho y existía disponibilidad, debía asumirlos el Sistema General de Participaciones; si no existía disponibilidad, serían de cargo de la Nación. Si el respectivo municipio homologó e incorporó al personal administrativo contrariando el orden jurídico, respondería con sus recursos propios.

De conformidad con lo anterior, se concluye que como consecuencia del proceso de descentralización del sector educativo las entidades territoriales debían recibir el personal administrativo contemplado en las respectivas plantas de personal adoptadas conforme a la ley, mediante el procedimiento de la incorporación, previa homologación de los cargos.

De los intereses

El interés legal es aquel que se tasa en virtud de la ley, a falta de estipulación concreta de las partes involucradas.

El Código Civil dispone frente a éste que:

> «**ARTICULO 1617. INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO**. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:
>
> 1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.
>
> El interés legal se fija en seis por ciento anual. (Subrayado fuera de texto).
>
> [...]»

Por su parte, el interés corriente bancario es la tasa efectiva anual de referencia que en promedio cobran las entidades financieras sobre los nuevos créditos[17]y que fue regulado por el Código de Comercio en los siguientes términos:

> «**ARTÍCULO 884. LIMITE DE INTERESES Y SANCIÓN POR EXCESO.** Modificado por el Art. 111, Ley 510 de 1999. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72, Ley 45 de 1990.
>
> Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.»

Y finalmente, los intereses moratorios son los que debe pagar el deudor desde la fecha en la que se constituye en mora y que cesan solo en el momento de cancelar la obligación contraída. Los mismos serán fijados por las partes, pero en caso contrario, el artículo 884 *ibidem* especificó que:

> «[...] si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente [...]»

---

[17] Superintendencia Financiera de Colombia, consultado el 5 de agosto de 2017 en: https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com=institucional&name...doc

Este tipo de intereses que se paga para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación.[18]

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[19] reguló en sus artículos 192 a 195, lo referente a los pagos derivados del cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas. Sobre el particular, se destaca lo pertinente:

> «**Artículo 192.** Cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.
>
> Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.
>
> Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código. (Subrayado fuera de texto).
>
> [...]
>
> Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud. (Subrayado fuera de texto).
>
> [...]»

[18] Sentencia C-604 de 2012.
[19] Ley 1437 de 2011.

«**Artículo 195.** Trámite para el pago de condenas o conciliaciones. El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.

2. El Fondo adelantará los trámites correspondientes para girar los recursos a la entidad obligada en el menor tiempo posible, respetando el orden de radicación de los requerimientos a que se refiere el numeral anterior.

3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.

Las sumas de dinero reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación, devengarán intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria. No obstante, una vez vencido el término de los diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 de este Código o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral anterior, lo que ocurra primero, sin que la entidad obligada hubiese realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratoria a la tasa comercial.

[...]»

En conclusión los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente y que faculte su cobro para los casos de pagos de retroactivos por homologación y nivelación, o estar incluidos en el documento que reconoce el derecho, dado su carácter sancionatorio.

Caso concreto

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala de Subsección resolverá el problema jurídico planteado, para lo cual se tendrán como pruebas útiles, pertinentes y conducentes las siguientes:

- Petición de 4 de julio de 2013, presentada por el señor Alcides Herrara Rojas ante la Nación, Ministerio de Educación Nacional, mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios y/o legales por el no pago oportuno de la homologación y nivelación salarial desde 1997 hasta 2009 (Fols. 4 a 6 del expediente).

- Resolución 05011 del 20 de noviembre de 2012, expedida por el secretario de educación y cultura del departamento del Tolima, por medio de la cual se reconoce el retroactivo salarial por el término comprendido entre el día 1 de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009, producto de la modificación al estudio técnico inicial de la Homologación y Nivelación salarial para el Personal Administrativo adscrito a la Secretaría de Educación Departamental pagos con recursos del Sistema General de Participaciones. (Fols. 10 y s.s. del expediente).

- Resolución 05603 de 26 de diciembre de 2012, expedida por el secretario de educación y cultura del departamento del Tolima, por la cual se ordenó pagar los valores señalados en la Resolución 05011 de 20 de noviembre de 2012 «a través de la cual se reconoció el retroactivo salarial de las peticiones por el término comprendido entre el día 1 de enero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, producto de la modificación al estudio técnico inicial de la Homologación y Nivelación Salarial para el personal administrativo adscrito a la Secretaría de Educación y Cultura Departamental pagos con recursos del Sistema General de Participaciones».

De las pruebas relacionadas, la Sala de decisión evidencia que, si bien la Resolución 05011 del 20 de noviembre de 2012, le reconoció al demandante el retroactivo salarial por el término comprendido entre el 1 de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009 y luego fue ordenado su pago a través la Resolución 05603 de 26 de diciembre de 2012, es importante, tal como lo ha considerado esta Sección, tener en cuenta que para ello se tuvieron que surtir las siguientes etapas:

i. Mediante el Decreto 284 del 19 de abril de 2007, el Departamento del Tolima homologó y niveló salarialmente los cargos de los funcionarios administrativos de instituciones y centros educativos de su secretaría de educación, financiados con Recursos del Sistema General de Participaciones.

ii. Después de la nivelación, se presentaron múltiples reclamaciones por parte de los beneficiarios de dicho proceso, en las cuales se argumentó que existían cargos con idénticas funciones, pero con asignaciones salariales diferentes, que vulneraban el principio de *a salario igual trabajo igual.*

iii. Así, a través del Oficio 2010EE48618 del 19 de julio de 2010, el Ministerio de Educación autorizó la modificación al estudio técnico inicial y determinó que el departamento del Tolima debía adelantar los trámites para hacer efectiva la homologación.

iv. En virtud de lo anterior, el departamento profirió el Decreto 916 del 9 de septiembre de 2010, el cual modificó el Decreto 284 de 2007, ajustando la nivelación respectiva de acuerdo a las modificaciones pertinentes y atendiendo lo ordenado por el Ministerio de Educación Nacional.

v. Luego, mediante los decretos departamentales 1005 y 1006 de 2010, se modificó la denominación, código, grado y asignación salarial establecidos en el Decreto 0916 de 2010 en relación con los municipios adscritos a la Secretaría de Educación Departamental que no estaban certificados.

vi. En consecuencia, la cartera ministerial, a través del Oficio 2012EE44184 del 30 de julio de 2012, determinó que después de revisar las múltiples versiones de la liquidación del costo retroactivo, encontró que la allegada

con radicado 2012ER50045 era consistente e incluía todos los conceptos de nómina, parafiscales y patronales respectivos.

vii. Seguidamente, mediante el Oficio 2012EE45023 del 2 de agosto de 2012, el Ministerio de Educación Nacional, certificó ante la directora general de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la deuda correspondiente a la homologación para el periodo comprendido entre 1997 y 2009, solicitándole un total de $33.129.368.212 millones, en virtud del artículo 148 de la Ley 1450 de 2011, que preceptuó:

> «**Artículo 148.** ***Saneamiento de deudas.*** Con cargo a las apropiaciones y excedentes de los recursos del Sistema General de Participaciones, se pagarán las deudas que resulten del reconocimiento de los costos del servicio educativo ordenados por la Constitución y la ley, dejados de pagar o no reconocidos por el Situado Fiscal o el Sistema General de Participaciones al personal Docente y Administrativo, como costos acumulados en el Escalafón Nacional Docente, incentivos regulados en los Decretos 1171 de 2004 y 521 de 2010, homologaciones de cargos administrativos del sector, primas y otros derechos laborales, deudas que se pagarán siempre que tengan amparo constitucional y legal.
>
> El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación Nacional validará las liquidaciones presentadas por las entidades territoriales y certificará los montos a reconocer y pagar.
>
> Cuando no exista suficiente apropiación o excedentes para cubrir los costos establecidos en el presente artículo, la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– concurrirá subsidiariamente con recursos del Presupuesto General de la Nación para cubrir el pago de las deudas certificadas por el Ministerio de Educación Nacional, mediante la suscripción de acuerdos de pago, previa la celebración por parte de las entidades territoriales correspondientes de un encargo fiduciario a través del cual se efectúen los pagos. (Subrayado fuera de texto).
>
> Previo a la celebración de los acuerdos de pago, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público efectuará los cruces de cuentas que sean necesarios entre las deudas del sector educativo de las entidades territoriales y la Nación.»

viii. Posteriormente, para el 20 de noviembre de 2012, la directora financiera de presupuesto expidió 2 certificados de disponibilidad presupuestal por un valor de $36.981.476.142 para cubrir los montos reconocidos en la Resolución 05011 de la misma fecha, en los cuales estipuló que, de acuerdo al artículo 148 de la Ley 1450 de 2011, era necesario constituir posteriormente un encargo fiduciario y después elaborar los actos administrativos correspondientes al pago.

ix. En consecuencia, el departamento del Tolima expidió la Resolución 05603 de 26 de diciembre de 2012, a través de la cual se ordenó el pago reconocido al demandante en la Resolución 05011 de 20 de noviembre de 2012.

De lo expuesto, se observa que en modo alguno el Ministerio de Educación o el departamento del Tolima incurrieron en una dilación injustificada del pago, puesto que al tenor de lo analizado, se surtieron las múltiples etapas necesarias para efectuar el pago reconocido al actor, en un monto de $69.511.044 en fecha 26 de diciembre de 2012.

Por ende, no se accederá al reconocimiento de intereses causados entre el 1 de enero de 2010 y el 20 de noviembre de 2012.

Frente al reconocimiento efectuado por el tribunal de instancia respecto de los intereses generados entre el 20 de noviembre y el 26 de diciembre de 2012, esta Sala de Subsección se permite precisar que no le asiste razón al *a quo*, debido a lo anteriormente ilustrado y en consideración a que trascurrió tan solo un mes entre el acto administrativo que reconoció el derecho y el que ordenó el pago, evidenciándose un lapso mínimo, prudente y proporcional, teniendo en cuenta la magnitud de los trámites económicos y administrativos para culminar el proceso homologación y nivelación salarial.

En efecto, ninguna de las entidades accionadas incurrió en mora, puesto que no existe como tal la causación de unas sumas que por lo demás nunca se adeudaron.

Ahora bien, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda de la que se queja el demandante, obedece a un criterio mínimo de equidad según el cual quien no cumplió con una obligación oportunamente, no puede beneficiarse cumpliéndola en menor valor o depreciada. Pero resulta que, en el presente asunto, ni siquiera se ha incurrido en un retraso o incumplimiento, porque tal como se expuso, al actor se le canceló su nivelación y homologación salarial en tiempo.[20]

En atención a las consideraciones que anteceden, habrá de revocarse la sentencia de 25 de mayo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, habida cuenta de que tanto la parte demandante como el Ministerio de Educación Nacional, apelaron, circunstancia que le permite a este juez colegiado hacer un análisis integral del fondo del asunto.

De la condena en costas en segunda instancia[21]

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho[22], los llamados en el Código de Procedimiento

---

[20] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C., cuatro (4) de noviembre de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08742-01(1496-09) Actor: FABIO EMEL PEDRAZA PEREZ Demandado: MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES.

[21] Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014).

[22] Artículo 361 del Código General del Proceso.

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso[23] y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este Despacho y la Corporación ya lo ha analizado con detenimiento[24].

Atendiendo esa orientación se debe dar cumplimiento al numeral 4[25] del artículo 365 del Código General del Proceso, de modo que se condenará en costas a la parte demandante en ambas instancias, toda vez que la sentencia de primera instancia fue revocada en su totalidad.

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

FALLA

PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia del 25 de mayo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por el señor Alcides Herrara Rojas contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el Departamento del Tolima que

---

[23] Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

[24] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

[25] ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
[...]
4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda; en su lugar:

SEGUNDO.- NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor ALCIDES HERRARA ROJAS contra la Nación – Ministerio De Educación Nacional y el Departamento del Tolima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- CONDÉNASE en costas a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO.- En firme esta decisión, **ENVÍESE** al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**