



Sentencia 00190 de 2016 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Rad. No.: 66001-23-33-000-2013-00190-01

Número Interno: 1520-2014

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Fabio Ernesto Rodríguez Díaz

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-032-2016

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 4 de diciembre de 2013,² proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Pretensiones³

1. Se declare la nulidad de las resoluciones 693 de 28 de agosto de 2012 y 1044 de 9 de octubre de 2012, expedidas por la Secretaría de Educación y la Directora Administrativa de Prestación del Servicio Educativo y Administración de Plazas Docentes del Municipio de Pereira, por medio de las cuales se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora reglada en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006.

2. A título de restablecimiento del derecho solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora equivalente a 1 día de salario por cada día de retardo, contados a partir de los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo el pago efectivo de la misma, debidamente ajustado a la ejecutoria de la sentencia.

3. Igualmente el reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria del fallo hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria y se condene en costas.

Fundamentos fácticos⁴

1. Conforme a la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, asignándole la competencia en el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2. El demandante el 21 de julio de 2010 solicitó al FNPSM «Fomag» el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

3. La cesantía solicitada fue reconocida mediante la resolución 456 de 22 de septiembre de 2010 y pagada el 16 de marzo de 2012, por lo tanto, transcurrieron 503 días de mora contados a partir de los 65 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la misma hasta el pago efectivo.

4. El 9 de agosto de 2012 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria la cual fue negada por la entidad demandada.

Normas violadas y concepto de violación⁵

En la demanda se citan como violados los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Como concepto de violación expuso lo siguiente:

Conforme a la normativa y la jurisprudencia, en especial las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, los servidores públicos tienen derecho al pago de las cesantías dentro de los 65 días hábiles siguientes de haber radicado la solicitud, por lo tanto, al cancelar por fuera del término, genera para la entidad el pago de la sanción por mora equivalente a 1 día de salario hasta que se efectúe el pago de la cesantía.

Por su parte, afirmó que en cumplimiento del ordinal 5 del artículo 2 de la Ley 91 de 1989, el pago de las cesantías y su consecuente sanción moratoria, se encuentra a cargo del FNPSM «Fomag».

Finalmente, indicó que lo que pretendió el Estado con la expedición de las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, fue tratar de remediar la situación de mora que estaba incurriendo las entidades en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas y parciales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁶

Conforme a las competencias legales atribuidas a Fomag, el Ministerio de Educación Nacional no tiene injerencia en el procedimiento de reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías de los docentes, por lo tanto, no puede ser condenada al pago de la sanción moratoria pretendida.

En caso de acogerse las pretensiones de la demanda, refirió que la Ley 1071 de 2006 reguló dos aspectos independientes, en el artículo 4 indicó los términos y en el 5 señaló la mora en el pago; ahora bien, en lo que refiere al término, la normativa reguló que es la entidad empleadora la que debe expedir el acto administrativo correspondiente dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de cesantías, lo cual, conforme a la Ley 60 de 1993, en el presente asunto le corresponde expedirlo a la respectiva entidad territorial.

Así mismo, indicó que la entidad territorial al momento de expedir el acto administrativo, condiciona el pago a la disponibilidad presupuestal, el cual a pesar de ser notificado personalmente al docente, éste no ejerce los mecanismos legales para su oposición; por lo tanto, los 45 días hábiles deben empezar a contarse desde la firmeza del acto administrativo de reconocimiento de la cesantía solicitada y no después de los 65 días hábiles posteriores a la solicitud de reconocimiento como lo pretende el demandante.

Finalmente propuso las siguientes excepciones: no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios, falta de legitimación por pasiva, caducidad buena fe, inexistencia de la obligación con fundamento en la ley y prescripción.

SENTENCIA APELADA⁷

El Tribunal Administrativo de Risaralda, en sentencia del 4 de diciembre de 2013, accedió a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Inicialmente realizó un recuento normativo y jurisprudencial para indicar que en atención al principio de favorabilidad que debe primar en materia laboral, por resultar menos lesivo el régimen especial que el general y en aras de garantizar el principio de igualdad material de los docentes frente a los otros servidores públicos, los docentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

Así mismo precisó que de las pruebas obrantes en el expediente se acreditó que la entidad incurrió en mora para el pago de las cesantías solicitadas por el demandante, lo que la hace acreedora de la sanción prevista en la Ley 1071 de 2006, condenando a la entidad al pago de 503 días de salario correspondiente al año 2009 y condenó en costas a la parte demandada.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN⁸

La entidad demandada solicitó se revoque la sentencia de primera instancia bajo los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda e insiste en que la competencia para el reconocimiento y pago de las cesantías fue trasladada a los entes territoriales, por lo tanto, la entidad demandada al no tener injerencia en el procedimiento, no puede ser condenada al pago de la sanción moratoria.

Igualmente, repitió que la Ley 1071 de 2006 reguló dos aspectos independientes, en el artículo 4 indicó los términos y en el 5 señaló la mora en el pago; ahora bien, en lo que refiere al término, la normativa reguló que es la entidad empleadora la que debe expedir el acto administrativo correspondiente dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de cesantías, lo cual, conforme a la Ley 60 de 1993, en el presente asunto le corresponde expedirlo a la respectiva entidad territorial.

Así mismo recalcó que los 45 días hábiles para empezar a contar la mora deben contabilizarse desde la firmeza del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, debido a que el demandante no lo objetó y es a partir de allí que se ordenó la liquidación y pago de las mismas.

Finalmente consideró que no hay lugar a los ajustes de valor de acuerdo al IPC, debido a que la sanción moratoria busca imponer una multa o sanción a cargo de la entidad pagadora, por lo que no puede existir doble sanción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante⁹ solicitó que se confirme integralmente el fallo de primera instancia si se tiene en cuenta la sentencia de unificación emitida por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia IJ02513 de 27 de marzo de 2007, aunado a ello, reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

La parte demandada¹⁰ guardó silencio en esta etapa procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No emitió concepto dentro del presente asunto.¹¹

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹², el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Problemas jurídicos

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

1. ¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?
2. ¿Para el cómputo de los 45 días hábiles que tiene la entidad para el pago de las cesantías, se debe tener en cuenta sólo la firmeza del acto administrativo de reconocimiento?
3. ¿Hay lugar a los ajustes de valor de acuerdo con el IPC frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías?

Primer problema jurídico.

¿Cuál es la entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en el caso de los docentes?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: La entidad encargada del reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como pasa a explicarse:

- Mediante la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está representada por el Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

- Por su parte, el Decreto 3752 de 2003 regló el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y señaló en su artículo 4º los requisitos de afiliación del personal docente de las entidades territoriales, y en su artículo 5º el trámite de afiliación, artículos de los cuales se desprende que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará las cesantías.

- A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señala que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

En conclusión: el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo, por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías.

Así las cosas, no prospera el argumento expuesto por la entidad apelante, en el sentido que no tiene ninguna injerencia en el procedimiento de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes.

Segundo problema jurídico.

¿Para el cómputo de los 45 días hábiles que tiene la entidad para el pago de las cesantías, se debe tener en cuenta sólo la firmeza del acto administrativo de reconocimiento?

La Subsección sostendrá la siguiente postura: para el cómputo de los 45 días hábiles que tiene la entidad para pagar las cesantías reconocidas, se debe tener en cuenta la firmeza del acto administrativo de reconocimiento, siempre y cuando éste sea emitido dentro del término que consagra el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, por las razones que se explican a continuación:

Mediante la Ley 1071 de 2006 «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.», en el artículo 4º señaló:

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

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo [...]”

Así mismo, frente a la sanción moratoria, el artículo 5º reguló:

“[...] Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este [...]”

De la normatividad transcrita se observa que el legislador no sólo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las mismas, por ende, debe estudiarse cada caso en concreto, pues si el acto administrativo de reconocimiento se expide dentro del término legal conferido, los 45 días para el pago comienza a contabilizarse desde la firmeza del mismo; no obstante, si la entidad competente para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías sobrepasa el término para emitirlo, por culpa de la entidad y no del solicitante, no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad.

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado¹³, indicó a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

“[...] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad cominatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria [...]”.

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. [...]”.

Así mismo, se aclara que la normativa no señala que para solicitar la sanción moratoria, debe impugnarse el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, por ende, no es procedente el argumento del apelante consistente en que el demandante debió controvertir el acto de reconocimiento.

En conclusión: El demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales el 21 de julio de 2010,¹⁴ las cuales fueron reconocidas mediante la Resolución 456 de 22 de septiembre de 2010,¹⁵ denotándose que la entidad sobrepasó el término consagrado en el artículo 4º aíslado citado, dado que los 15 días hábiles con los que contaba la entidad para expedir la resolución correspondiente feneieron el 11 de agosto de 2010.

Por lo tanto, no es procedente acoger el argumento expuesto por el ente apelante, en el sentido de contar los 45 días hábiles que trata el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 desde la firmeza de la Resolución 456 de 2010, toda vez que la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías empezó desde la emisión del acto administrativo de reconocimiento y no quedó demostrado que fue culpa del demandante la tardanza en la expedición del mismo.

Corolario, se deben contar los 45 días aludidos, después de los 15 días hábiles desde la presentación de la solicitud, más 5 días de ejecutoria del acto administrativo, por haberse presentado la solicitud en vigencia del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), es decir a partir del 19 de agosto de 2010 empieza a correr el término de 45 días para el pago.

Tercer problema jurídico.

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

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

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

“[...] Conjugando las precisiones hechas por la Corte Constitucional en la sentencia C-448 de 1996¹⁶, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁷ ha delineado posición según la cual no procede indexación sobre el valor de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 porque, si bien responde a fines diversos a la indexación que busca proteger el valor adquisitivo de la cesantía, lo cierto es que no sólo cubre la actualización monetaria sino que, incluso, es superior a ella. Ha dicho la Sección Segunda que “la indexación procede únicamente sobre el valor de la sanción por no consignación oportuna de la cesantías, en los términos ordenados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 extensivo a las entidades territoriales en virtud del artículo 13 de la Ley 344 de 1996 reglamentado por el Decreto 1582 de 1998, y no frente a la indemnización moratoria de la Ley 244 de 1995 [...]”¹⁸ (Subraya de la Subsección).

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

En conclusión: se revocará el ordinal tercero de la providencia apelada, en el sentido de no ordenar la indexación de los valores que resulten a favor del demandante, debido a que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria toda vez que constituiría una doble sanción.

Decisión de segunda instancia: Por las razones que anteceden se revocará el ordinal tercero, por cuanto se niega la indexación solicitada y en lo demás se confirmará la sentencia de primera instancia.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia de este Despacho¹⁹ tuvo la oportunidad de sentar posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, por lo tanto, de conformidad al artículo 188 del CPACA y 365 del CGP, se condena en costas de la segunda instancia a la entidad demandada, por ser la parte a quién se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación, al ser la parte vencida en el presente proceso, aunado a que hubo intervención en segunda instancia de la parte demandante. Estas deberán liquidarse por el a quo.

ÓRDENES ADICIONALES A IMPARTIR EN ESTA INSTANCIA.

El Consejo de Estado encuentra necesario impartir las siguientes órdenes adicionales con ocasión del sub examine:

1. Enviar copias de la presente sentencia y del expediente a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República, a la Fiscalía General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; para que investiguen dentro de su competencia, las posibles conductas disciplinarias, de detrimento patrimonial o fiscal y penales, en las que pudieron incurrir los funcionarios del Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación de Pereira, con ocasión del presente asunto.

Lo anterior tiene como fundamento la condena impuesta a la parte demandada en el caso objeto de estudio, a título de sanción, la cual asciende aproximadamente a más de \$32.000.000.oo según una liquidación calculada; sanción generada por el irrefutable incumplimiento de las normas que regulan el pago de las cesantías de los docentes.

Aunado a ello, el envío de copias encuentra fundamento en las innumerables y reiterativas condenas proferidas por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos del país, en casos análogos al presente, en los cuales se ha condenado a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por la sanción moratoria debido al pago extemporáneo de las cesantías parciales o definitivas de los docentes estatales.

2. Exhortar a la ministra de Educación Nacional, al director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al gerente de la Fiduprevisora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y, de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente; que adopten los correctivos necesarios frente a las irregularidades que se presentan en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria (identificar las causas que originan el incumplimiento de los plazos previstos en las normas que regulan las cesantías de los docentes y elaborar un plan de mejoramiento y mitigación, ajustado a la ley).

Ello en virtud igualmente de los principios de celeridad y eficiencia que rigen la función administrativa, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998.

3. Exhortar al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio integrado según el artículo 6 de la Ley 91 de 1989 por la ministra de Educación Nacional o el viceministro, el ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, el ministro de Trabajo y Seguridad social o su delegado, dos representantes del magisterio y, el gerente de la Fiduprevisora S.A.; tomar medidas inmediatas que erradiquen y prevengan la situación descrita en el incumplimiento del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes en todo el país, toda vez que dicho consejo directivo tiene como funciones «Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento.» y, «Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo.» (numerales 1 y 3, artículo 7 Ley 91 de 1989).

Por la Secretaría, se enviará copia de la presente sentencia y del expediente a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al Consejo Directo de la misma entidad y al Representante Legal de la Fiduprevisora S.A.

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

FALLA

Primer: Revocar el ordinal tercero de la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Risaralda que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por el señor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Negar la indexación de la condena impuesta, conforme la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Confirmar en los demás aspectos la sentencia apelada.

Cuarto: Condenar en costas de segunda instancia a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en favor del señor Fabio Ernesto Rodríguez Díaz, las cuales se liquidarán por el a quo.

Quinto: Enviar copias por la Secretaría, de la presente sentencia y del expediente a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República, a la Fiscalía General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; para que investiguen dentro de su competencia, las posibles conductas disciplinarias, de detrimento patrimonial, fiscal y penales, en las que pudieron incurrir los funcionarios del Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la Fiduprevisora S.A. y la Secretaría de Educación de Pereira; con ocasión de la condena impuesta en el presente asunto y por las innumerables y reiterativas condenas proferidas por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos del país, en casos análogos al presente, en los cuales se ordena a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la sanción moratoria debido al pago extemporáneo de las cesantías parciales o definitivas de los docentes estatales.

Sexto: Exhortar a la ministra de Educación Nacional, al director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al gerente de la Fiduciaria la Previsora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y, de la administración de los recursos de dichas prestaciones; que adopten los correctivos necesarios frente a las irregularidades que se presentan, en el pago de las cesantías de los educadores y evitar la sanción moratoria por el pago tardío (identificar las causas que originan el incumplimiento de los plazos previstos en las normas que regulan las cesantías de los docentes y elaborar un plan de mejoramiento y mitigación, ajustado a la ley).

Séptimo: Exhortar al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tomar medidas inmediatas que erradiquen y prevengan la situación descrita en el incumplimiento del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes en todo el país, toda vez que dicho consejo directivo tiene como funciones «Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento.» y, «Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo.» (numerales 1 y 3, artículo 7 Ley 91 de 1989).

Octavo: Por la Secretaría, enviar copia de la presente sentencia y del expediente a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al Consejo Directo de dicha entidad y al Representante Legal de la Fiduprevisora S.A.

Noveno: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ En adelante Fomag.

² Folios 129-136 del cuaderno 1.

³ Folios 28 y 29 del cuaderno 1.

⁴ Folio 30 del cuaderno 1.

⁵ Folios 30 al 38 del cuaderno 1.

⁶ Folios 64 a 70 del cuaderno 1.

⁷ Folios 129 a 136 del cuaderno 1.

⁸ Folios 139 a 144 del cuaderno 1.

⁹ Folios 179 a 186 del cuaderno 1.

¹⁰ Folio 187 del cuaderno 1.

¹¹ Ibídem.

¹² El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Consejero Ponente: doctor Jesús María Lemus Bustamante, Número Interno 2777-2004, demandante José Bolívar Caicedo Ruiz.

¹⁴ Folio 14 y según consta en la Resolución 456 de 2 de septiembre de 2010 - folio 17 del cuaderno 1.

¹⁵ Folios 17 a 19 del cuaderno 1.

¹⁶ Mediante la cual la Corte declaró exequible el parágrafo transitorio del artículo 3 .º de la Ley 244 de 1995, y allí considera: "Así, el parágrafo del artículo 2 .º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia (...) En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella" (Resaltado no es del texto original).

¹⁷ Por mencionar una de tantas, se puede consultar la sentencia del 31 de enero del 2008 de la Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 7749-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁸ Sentencia del 5 de agosto de 2010 de la Sección Segunda, Subsección B, radicado interno 15212010, CP Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.