

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, 9 de diciembre de dos mil veintiuno.

RADICACIÓN: 73001-33-33-005-2016-00427-02
ACCIÓN: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Arnulfo Aroca Luna
APODERADO: Rubén Darío Giraldo Montoya
DEMANDADO: Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima
APODERADOS: Tania Hirley Celeita Bolaños y Diana Carolina Meneses Escobar
REFERENCIA: Apelación de sentencia.

Decide la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del **18 de noviembre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Oral Administrativo del Circuito de Ibagué**, dentro del proceso promovido por el señor **Arnulfo Aroca Luna** contra **La Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima**, mediante la cual se declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada y en consecuencia se negaron las demás pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES.

La demanda:

El señor **Arnulfo Aroca Luna** mediante apoderado judicial interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., contra la **Nación-Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Departamento del Tolima**, con el fin de que se despachen de manera favorable las siguientes:

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “*Estado de Emergencia económico, social y ecológico*” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “*coronavirus*”; y el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida, aprobada y firmada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

Declaraciones y condenas (fls. 19-20):

*"1. Declarar la nulidad del Oficio No. SAC: 2016RE8001 del 28 de junio de 2016, notificado el día 13 de julio del mismo año en cuanto negó el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN POR MORA** a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma."*

A título de Restablecimiento:

- Como consecuencia de lo anterior condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
- Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 de la ley 1437 de 2011 C. de P.A. y de lo C.A., 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 presente proceso.
- Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que dé cumplimiento en lo que corresponda al fallo, en los términos del artículo 192 y 195 de la ley 1437 de 2011 C. de P.A. y de lo C.A.

Hechos.

Como circunstancias fácticas que esboza la parte actora en el libelo introductorio, de manera sintetizada se establecen las siguientes (fls. 20-21):

- El señor **Arnulfo Aroca Luna** prestó sus servicios como docente oficial en el Departamento del Tolima.
- El 18 de febrero de 2013 la parte actora le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho.
- A través de Resolución número 03171 del 30 de julio de 2013, le fue reconocida la cesantía solicitada al señor **Arnulfo Aroca Luna**, la cesantía aludida fue pagada efectivamente el 18 de noviembre de 2013, por intermedio de entidad bancaria.
- Se solicitó la cesantía el 18 de febrero de 2018, fecha a partir de la cual la

entidad contaba con 70 días hábiles para efectuar el pago. Dicho término venció el 4 de junio de 2013, sin embargo, la cancelación de la cesantía petitionada se llevó a cabo el día 18 de noviembre de 2013, transcurriendo así **163** días de mora desde el 4 de junio de 2013, momento en el cual debía haberse verificado el pago de la mencionada prestación.

- Que luego de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria indicada a la entidad demandada, esta resolvió negativamente la petición presentada, por medio del Oficio SAC 2016RE9001 del 28 de junio de 2016, notificada el 13 de julio del mismo año. Circunstancia que conllevó a que, de conformidad con el procedimiento administrativo, solicitada a la Procuraduría General de la Nación la fijación de audiencia de conciliación prejudicial.

Normas violadas y concepto de violación (fls. 8 a 15).

Como normatividad transgredida el profesional en derecho trae a colación la ley 91 de 1989, artículos 5, 9 y 15; ley 244 de 1995, artículo 1 y 2; ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5 y Decreto 2831 de 2005.

Aseguró que las entidades obligadas a responder por las cesantías de los docentes han estado menoscabando las disposiciones que las regulan, al incurrir en mora injustificada para el pago de aquellas, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, los cuales al momento de solicitarlas están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, situación que no sucede con los docentes.

Añadió que según la jurisprudencia, la disposición normativa debe interpretarse en el sentido que entre el reconocimiento y pago de la prestación no puede superar el término de setenta (70) días hábiles después de haber sido radicada la solicitud, de lo contrario se genera la sanción con cargo a la entidad responsable del pago, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, el cual se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento del término antes señalado hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Agregó, que la demandada está evadiendo la protección de los derechos del trabajador, burlando el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, que establece términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía a su representada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber realizado la petición, por lo que debe asumir la sanción correspondiente por la mora.

Ahora bien, para apoyar su caso, el apoderado judicial trae a colación jurisprudencia emitida por el Honorable Consejo de Estado sobre el tema, entre ellas, la sentencia del 30 de julio de 2009² que hace referencia al término con el que cuenta la entidad para el reconocimiento y pago de las cesantías.

Contestación de la demanda.

Corrido el traslado de la demanda a la Nación – Ministerio de Educación Nacional

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA; Sentencia del 30 de julio de 2009, Radicado: 73001-23-31-000-2001-00006-01(2580-2004), Actor: Israel Lozano Martínez, Demandado: Universidad del Tolima.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

– Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Tolima, de conformidad con lo ordenado por el auto del 1 de diciembre de 2016 (fl. 32), el término de traslado corrió del 28 de agosto de 2017 (fl. 49) al 6 de octubre de 2017 (fl. 121).

Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 57 a 64).

La apoderada judicial de la entidad contestó la demandada oponiéndose a todas las pretensiones, declaraciones y condenas incoadas por la parte actora por considerar que carecen de sustento jurídico, constitucional y legal que indiquen su procedencia respecto a ella.

Señaló que, la mora alegada por el actor no es imputable a la entidad que representa, toda vez que no participa en la expedición de los actos administrativos de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes, ya que de conformidad con la ley 962 de 2005 y el decreto 2831 de 2015, el encargado de reconocer y ordenar el pago de las cesantías de los docentes son las secretarías de educación territorial, por lo tanto, el régimen jurídico y las facultades que le asisten al ministerio no permiten el reconocimiento y pago de la indemnización solicitada, ya que acceder a tal pretensión resultaría contrario al ordenamiento jurídico y en detrimento del patrimonio de la nación.

Menciono además la entidad, que los docentes no son acreedores de la sanción moratoria según lo establecido en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima del 11 de septiembre de 2014, Magistrado Ponente Jaime Alberto Galeano Garzón, radicado número: 73001-33-33-006-2012-00018-01.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se nieguen las pretensiones de la parte demandante con cargo a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Impetró la entidad las siguientes excepciones de mérito: ***i. Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación-Ministerio de Educación Nacional***, toda vez que desconoce la falta de legitimación del ministerio para responder en asuntos del FOMAG en atención a la descentralización administrativa del sector educativo; ***ii. Buena fe***, ya que todas las actuaciones de la entidad han sido bajo el principio de la buena fe; ***iii. Régimen prestacional independiente e inaplicable de la ley 1071 del 2006 al gremio docente***, ya que no fueron incluidos en el ámbito de aplicación de la anterior ley; ***iv. Prescripción***, en razón a la prescripción trienal; ***v. Inexistencia de la vulneración de principios legales***, el reconocimiento de la cesantía solicitada por el actor se hizo con base en el ordenamiento jurídico existente; ***vi. Inexistencia del demandado-falta de relación con el reconocimiento del derecho, conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada, falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado***, toda vez que el acto administrativo demandado no fue expedido por la Nación-Ministerio de Educación; ***vii. Innominadas o genéricas***, en virtud del principio de búsqueda de la verdad formal.

Departamento del Tolima - Secretaría de Educación. (fls. 103 a 112)

La apoderada judicial de la entidad contestó la demandada oponiéndose a todas

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

las pretensiones, declaraciones y condenas incoadas por la parte actora, por considerar que carecen de sustento jurídico, constitucional y legal que indiquen su procedencia respecto a ella.

Señaló la entidad que según el Decreto 2831 de 2005³, establece las funciones que estarán a cargo de secretaria de educación a la que se encuentre vinculado el docente.

Así las cosas, está claro que la entidad territorial actúa como una mera delegataria, por lo tanto, resulta improcedente emitir orden alguna en contra del Departamento del Tolima, ya que la función que realizan las secretarías de educación territorial lo hace como función delegada y no como una función propia, razón por la cual opera para el ente territorial la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no es el llamado a responder en este caso.

Como consecuencia de lo anterior, la entidad propuso las siguientes excepciones de mérito: **i. Cobro de lo no debido**, toda vez que no existe causa jurídica alguna para que el ente territorial responda por una carga que le corresponde asumir a la Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio; **ii. Reconocimiento oficioso de excepciones**, en virtud de la cual se solicita declarar probada cualquier otra excepción que resulte configurada en el proceso, de conformidad con los establecido en el artículo 187 inciso 2° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

LA SENTENCIA APELADA.

Mediante **sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019** (fls. 217 a 222), el **Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué**, declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en consecuencia negó las demás pretensiones de la demanda.

Argumentó que, si bien de las pruebas allegadas se logra demostrar que hubo un periodo de mora de 166 días por el pago tardío de las cesantías, lo cierto es que sobre el caso operó la figura de la prescripción, para ello el *a quo* menciona la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado⁴ en la cual se estableció que:

“De lo anterior, la Subsección concluye que por la naturaleza penalizadora de la sanción moratoria que procura el reconocimiento y pago dentro de la oportunidad prevista en la ley, su característica de indivisible, y en atención a que no constituye una prestación periódica, deberá reclamarse dentro de los 3 años siguientes al momento en que se causa, so pena de que la prescripción la extinga en su totalidad”

Por lo tanto, en el presente caso, se tiene que el actor realizó la solicitud de cesantías el 18 de febrero de 2013, para lo cual los 70 días hábiles con los que contaba la entidad se terminaban el 4 de junio de 2013, es decir que desde el día

³ Decreto 2831 de 2005, “por el cual se reglamenta 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 se dictan otras disposiciones”.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 6 de diciembre de 2018, Radicado: 73001-23-33-000-2014-00650-01, Actor: Fredy Alberto Barrios Triana, Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

siguiente se hacía exigible la sanción moratoria y empezaban a correr los 3 años para reclamar el derecho, sin embargo, el actor presentó la reclamación el 8 de junio de 2016, esto es tres días después de que operara la prescripción.

La apelación (fls. 224 a 230).

Estando dentro del término procesal oportuno, la parte demandante presentó recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia del 18 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué y, en consecuencia, solicitó que sea revocada la decisión tomada por el *a quo* puesto que el derecho no se encontraba prescrito.

Como sustento de su apelación, indicó que en el caso en concreto se solicitó las cesantías a fecha 18 de febrero de 2013, siendo el plazo de pago oportuno el día 4 de junio de 2013, no obstante, dicho pago se realizó solo hasta el 18 de noviembre de 2013, razón por la que formuló petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria el 8 de junio de 2016. Resaltó que al solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria interrumpió el término de prescripción, es decir, el accionante tiene derecho al pago de la sanción moratoria desde el 7 de junio de 2014 al 26 de junio de 2014, fecha en la que se canceló de forma extemporánea las cesantías, situación móvil de la presente acción.

Seguidamente expresó que en el caso existe una prescripción parcial y no total, pues si bien la mora referente al 2 de julio de 2014 (día siguiente a la fecha del pago oportuno) al 7 de julio de 2014 (tres años hacia atrás de la fecha de la reclamación) se encuentra prescrita, a partir del 8 de julio de 2014 al 26 de septiembre de 2014, existiendo una mora que encuentra vigente y sobre la cual tiene derecho su mandante, a que se le reconozca y cancele pues se encuentra dentro de los 3 años indicados para la prescripción de este derecho.

Asimismo, que se hace imposible realizar el contenido de la prescripción del derecho cuando el mismo no se ha terminado de configurar, es decir, con anterioridad al pago extemporáneo fecha en la cual cesa la mora, por lo que no le asiste razón al despacho negar el reconocimiento y pago de la sanción por mora con base en la excepción de prescripción por considerar que los 3 años se cuentan desde la fecha oportuna del pago.

Agregó además que, no se puede intentar equiparar la prescripción de las cesantías con la sanción por mora, toda vez que una vez reconocidas las cesantías ellas no prescriben, pues ya fueron reconocidas, por cuanto fueron solicitadas a tiempo, por lo que la sanción tampoco podría prescribir, de tal manera que proteger a la entidad con el argumento de que se encuentra prescrita basada en una norma que no le es aplicable y fuera de ello en una prestación que no se encuentra concebida en el decreto que pretende aplicarse, es permitir que cualquier argumento en cualquier norma pueda ser utilizado para decidir cualquier controversia.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 10 de marzo de 2020 (fl. 261), esta Corporación admitió el recurso de apelación, en proveído del 20 de octubre de 2020 (fl. 273 a 275) se corrió traslado a las partes para que presentaran los respectivos alegatos de conclusión y al agente del Ministerio Público para que emitiera concepto.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte demandante (fls. 287 a 295).

El apoderado de la parte actora allegó sus alegatos de conclusión, en los cuales menciona que la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha venido menoscabando las disposiciones contempladas en la ley 1071 de 2006, ya que en incontables casos excede el tiempo establecido en la ley para reconocer y pagar las cesantías solicitadas.

En su escrito, el apoderado hace un recuento de la jurisprudencia emitida por la Honorable Corte Constitucional y por el Honorable Consejo de Estado sobre la normatividad aplicable al caso.

Concluyó que está claro que existe una prescripción parcial y no total, pues si bien es cierto que la mora anterior al momento en que se interrumpió la prescripción se encuentra prescrita, es claro que existe una mora desde el 8 de junio de 2013 al 17 de noviembre de 2013 que se encuentra vigente.

Parte demandada (fls 298 a 299).

La apoderada de la **Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** en sus alegatos de conclusión mencionó que está claro que opero el fenómeno de la prescripción de acuerdo con lo siguiente:

Fecha de solicitud de reconocimiento de las cesantías	18 de febrero de 2013
Fecha de vencimiento del término para el reconocimiento de las cesantías (70 días)	4 de junio de 2013
Fecha de inicio de la mora	5 de junio de 2013
Fecha de prescripción del derecho (3 años)	5 de junio de 2016
Fecha de prestación de la reclamación administrativa	8 de junio de 2016
¿se interrumpió la prescripción?	NO
¿Operó el fenómeno de la prescripción?	SI

Mencionó además que las Subsecciones A y B del Honorable Consejo de Estado (no individualizó la jurisprudencia que pretende citar) han aplicado la prescripción trienal establecida en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral en asuntos relativos a la sanción moratoria, por lo tanto, sobre el tema no hay controversia.

Concluyó que para la fecha del 8 de junio de 2016 momento en el que la parte actora reclamo su derecho al pago de la sanción moratoria causada respecto de las cesantías solicitadas el 18 de febrero de 2013, ya había operado el fenómeno de prescripción, dado que la obligación se causó e hizo exigible a partir del 5 de junio de 2013, en consecuencia, solicitó confirmar la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué.

Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público no presentó concepto.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Competencia.

Este tribunal es competente para conocer de la presente apelación de conformidad con los artículos 104 -Inc. 1º-, 153 y 243 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; pues se cuestiona una sentencia proferida por un Juez del Circuito Administrativo de Ibagué en la que es parte una entidad pública, por causa de una actuación sujeta al derecho administrativo.

Por ser tan obvio, huelga decir que el límite competencial del *ad quem* en la resolución del conflicto lo marca el libelo impugnatorio, como tantas veces se reconoce en la jurisprudencia⁵ y lo tiene definido el Legislador -artículos 320 y 328 del Código General del Proceso y artículo 306 de la Ley 1437 de 2011-; lo anterior, sin perjuicio de los deberes que se imponen al Juez Especializado de lo Contencioso para aplicar las disposiciones que rigen nuestra jurisdicción.

Problema jurídico.

En virtud de lo expuesto, esta Sala entrará a analizar si confirma, revoca o modifica la sentencia del *a quo*, para lo cual deberá: **i.** determinar si tiene derecho el docente accionante al reconocimiento y pago de la sanción moratoria como indemnización ante la cancelación tardía de las cesantías definitivas y, en el caso de ser acreedor al derecho reclamado, **ii.** establecer cuál es el término para computar la mora en el pago de las cesantías, **iii.** establecer si se configuró la figura jurídica de la prescripción.

Marco Normativo

De la nulidad y restablecimiento del derecho

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en la disposición prevista en el Artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., que está al alcance de toda persona que considere haber sufrido agravio en sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico superior, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ; Sentencia del 9 de febrero de 2012, Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01 (21060), Actor: Reinaldo Idárraga Valencia y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Ejército.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 22 de noviembre de 2018, Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01649-01 (2275-16), Actor: Jennifer Sarmiento Sossa, Demandado: Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Dirección de Sanidad de la Policía y Clínica de la Policía Nacional.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

El señor **Arnulfo Aroca Luna** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efecto de cuestionar el acto administrativo contenido en el oficio **No. SAC: 2016RE8001** del 28 de junio de 2016, en cuanto la entidad negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de ello, impreca el restablecimiento de sus derechos conculcados por el proceder de la entidad accionada, condenando a la entidad accionada a reconocer y pagar al demandante la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006, esto es, un día de salario diario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días después de haber solicitado la cesantía y hasta tanto se hizo efectivo el pago de la misma, así como los ajustes de valor correspondientes.

Por ende, la acción que procede es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la acción que se ha promovido, y este Despacho es competente para conocer de ello.

El Consejo de Estado⁶ ha advertido al respecto:

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce⁷, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley⁸, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁹, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción¹⁰.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Referencia: Expediente No. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

⁷ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁸ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁹ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

¹⁰ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral¹¹, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué." . El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Del reconocimiento de las cesantías a los docentes y la sanción moratoria por el no pago oportuno.

Ciertamente no hay univocidad jurisprudencial en el tratamiento del tema del Consejo de Estado, en el siguiente entendido.

La Ley 91 de 1989, "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales. En tal sentido en su artículo 1°, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, señalando que los primeros son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975¹².

Por su parte, el numeral 1° del artículo 15 establece que, a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera:

¹¹ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad "unilateral" de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

¹² Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 "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 comisarias; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones". Artículo 10°.- "En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional".

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

- Los docentes nacionalizados o territoriales que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.
- Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

Puntualmente, frente a lo relacionado con las cesantías de los docentes de carácter nacional y vinculados a partir del 1 de enero de 1990, el numeral 3° ibídem, dispuso:

"3.- Cesantías:

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 1 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 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, acumulados 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."

Sobre el particular el H. Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010, dictada dentro del proceso con radicación No. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09), Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, señaló lo siguiente:

"De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3° de este mismo artículo señala, que, a partir de su vigencia, para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, dicho Fondo 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. Y 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 solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 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 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 continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses". (Negrilla y Subrayado por la Sala).

Como el actor fue vinculado el 27 de octubre de 1995 al 29 de agosto del 2017, según certificación expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima el 29 de agosto de 2017 (fl. 66), se concluye, acorde con la Sentencia del Consejo de Estado citada precedentemente y referente al caso, que en lo relacionado con las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le debe reconocer y pagar un interés, 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, conservándose el sistema de anualidad.

No obstante lo anterior, a través de varios fallos de tutela proferidas por el H. Consejo de Estado¹³ se han dejado sin efecto las sentencias que algunas salas de decisión de esta Corporación profirieron, aplicando el precedente relacionado con los sistemas anualizado y de retroactividad de las cesantías, en las que se ha negado el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago inoportuno de cesantías de los docentes cuando a tales servidores los cobija el régimen de retroactividad, decisiones en las que, sin embargo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo han omitido considerar su propio precedente relacionado con los regímenes de retroactividad y el anualizado en el reconocimiento y pago de las cesantías,, y las consecuencias legales que ello implica.

Si bien la postura que el órgano de cierre ha mantenido a partir de su sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, SUJ-012-S2, del 18 de julio de 2018, rad. No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (Número Interno: 4961-2015), ha sido la de dar preminencia a *la ratio decidendi* expuesta en dicha sentencia de unificación para dar solución a situaciones de contornos similares al que aquí se examina, sin importar

¹³ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, subsección "A", Consejero ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E); Sentencia del 12 de diciembre de 2019, Radicación número 11001-03-15-000-2019-04389-00, Actor: Jesús Bernal Cerquera, Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

que el docente pertenezca a uno u otro régimen, aplicando la máxima legal que donde la ley no distingue, no le es dado distinguir al intérprete.

Finalmente, advierte la Sala que cuando el Consejo de Estado obra como juez constitucional ha procedido a amparar los derechos fundamentales de los docentes que presentan las mismas pretensiones que se resuelven en este asunto.

En la jurisprudencia sobre la temática, se tiene que en la Corte Constitucional¹⁴ y en el Consejo de Estado¹⁵ existe unanimidad pacífica al establecer que los docentes

¹⁴ **Sentencia SU-332-19.** Referencia: Expedientes acumulados: T-5904426 (Elsa Marina Ñustes Lozano), T-5904482 (Luis Hernán Medina Urueña), T-5912659 (Margoth Rivera de Quevedo), T-5942333 (Mercedes Castro Pinilla), T-5942352 (Hipólito Arévalo Tique) contra los Juzgados Sexto, Séptimo y Octavo Administrativos Orales del Circuito de Ibagué y el Tribunal Administrativo de Tolima, Asunto: Configuración del defecto por violación directa de la Constitución respecto de la aplicación de la sanción por pago tardío de cesantías al personal docente del sector oficial. Reiteración de jurisprudencia, Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; Sentencia del 25 de julio de 2019.

Sentencia SU-098-18: Expediente T-6.736.200; **Acción de tutela** presentada por Álvaro Bonilla Guerrero contra la Sección Segunda, Subsección “B”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y otro; **Asunto:** Configuración de los defectos sustantivo y por violación directa de la Constitución respecto de la aplicación de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial; Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; Sentencia del 17 de octubre de 2018.

Sentencia SU-336-17. Referencia: Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180 (Acumulados), Acciones de tutela interpuestas por 1) Constanza del Rosario Castro Rodríguez, 2) Adriana Patricia Hernández Lozano, 3) Julio César Oviedo Monroy y otros, 4) Gilma Rosa García Vásquez, 5) Raúl Helvecio Cuenca Ortiz, 6) Janeth Lozano Perdomo, 7) Maribell Villamizar Martínez, 8) Genaro Soto Suárez, 9) María Rene Valderrama de Prada, 10) Ismelda Saavedra Rengifo, 11) José Alexander Prieto Contreras, 12) Ángel Herrera Giraldo, 13) José Inay Guarnizo Rojas, 14) Clara Inés Portela de Castro; contra el Tribunal Administrativo del Tolima y Juzgados Administrativos del Circuito de Ibagué, Magistrado Ponente (e.) IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO; Sentencia del 18 de mayo de 2017.

Sentencia C-741/12. Referencia: expediente OG-137, Objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad al Proyecto de Ley No. 114/09 Senado, 296/10 Cámara, “*Por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2°, literal a) de la Ley 91 de 1989*”, Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA; Sentencia del 26 de septiembre de 2012.

Sentencia C-486/16. Expediente D-11244, Actor: Yobany López Quintero, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 “*por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2016*”, Magistrada sustanciadora: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA; Sentencia del 7 de septiembre de 2016.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 14 de abril de 2016, Radicado: CE-SUJ-215001333301020130013401, No. Interno: 3828-2014, Actora: Nubia Yomar Plazas Gómez, Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Departamento de Boyacá, Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 001/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, Tema: Prima de servicios de docentes oficiales.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER; Sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, Tema: Contrato realidad (docente).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 15 de junio de 2017, Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00156-01 (2159-14), Actor: Herlinda Montaña Bríñez, Demandado: Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Tolima, Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Tema: Sanción moratoria – Docente – Aplicación de la Ley 1071 de 2006, Fallo Segunda Instancia – Ley 1437 de 2011.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

oficiales son acreedores de los derechos derivados del evento típico descrito por las Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 como una sanción al Estado por no pagar oportunamente sus cesantías; en razón a ello se precisa: i. de la lectura del artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., se desprende que para la procedencia del medio de control se requiere la lesión de un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica en favor de una persona, afectación que se ve materializada en un acto administrativo expreso o presunto, susceptible de ser enjuiciado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ii. el medio de control exige inexorablemente la existencia de un pronunciamiento por parte de la administración por medio del cual decida de fondo la situación jurídica que se discute, que en este caso no es otra que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, toda vez que no basta que la misma esté prevista en la ley pues se

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 5 de octubre de 2017, Radicación Número: 73001-23-33-000-2014-00416-01 (3640-15), Actor: Martha Cecilia Guzmán Torres, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, Tema: Sanción moratoria – Docente – Aplicación de la Ley 1071 de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 7 de diciembre de 2017, Radicación: 44001233300020130008901 (3048-14), Actor: Apolinar Rivadeneira Benjumea, Demandado: Departamento de la Guajira. Confirma nugatoria.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Sentencia del 6 de junio de 2018, Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01846-01, Actor: Albeiro Duque Ocampo, Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima y Otro, Acción de Tutela- Fallo de segunda instancia. Niega amparo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 10 de julio de 2018, Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00061-01 (0406-16), Actor: Yocasta Alcalá Terán, Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Sabanalarga y Departamento del Atlántico, Asunto: Revoca sentencia y en su lugar, niega el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, Fallo de Segunda Instancia – Ley 1437 de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15) CE-SUJ2-012-18, Actor: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Trámite: Asunto: Sentencia de unificación sanción moratoria por pago tardío de las cesantías – aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 19 de julio de 2018, Radicación número: 08001-23-31-000-2012-00524-01 (1700-16), Actor: Carlos Julio Rolando Pérez, Demandado: Municipio de Soledad, Atlántico.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ; Sentencia del 23 de agosto de 2018, Radicación número: 44001-23-33-000-2014-00069-01 (4159-16). Actor: María Leonor Pareja López, Demandado: Departamento de la Guajira - E.S.E. Hospital Santo Tomás de Villanueva, Asunto: Fallo ordinario -CPACA-, Sanción moratoria - Confirma nugatoria.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 26 de agosto de 2019, Radicación 68001-23-33-000-2016-00406-01 (1728-2018), Actor: Aurora del Carmen Rojas Álvarez, Demandado: Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Asunto: Fallo ordinario -C.P.A.C.A.- Sanción Moratoria – Docente Oficial – Entidad Responsable – Prescripción – Ajuste de valor desde que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

requiere el agotamiento del procedimiento administrativo para pretender el restablecimiento del derecho -en la medida en que se trata de la penalidad de carácter económico que previó el legislador, para incitar al cumplimiento de los principios de la función administrativa (artículo 209 Superior) por el empleador público, pues por su carácter sancionatorio no se trata de un derecho propiamente laboral, sino de una penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador, que no busca mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito-, **iii.** a los docentes oficiales les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en cuanto a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en razón **a).** la Ley 91 de 1989 no fijó términos para el pago de cesantías ni sanciones, **b).** como consecuencia de ello, es procedente la aplicación de la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, para los docentes, **c).** por cuanto éstas tienen como destinatarios los servidores públicos sin distinción alguna y dada la finalidad de este régimen sancionatorio, **iv.** para resolver estos conflictos, se acude las reglas jurisprudenciales concernientes a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social -cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, **a).** de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006), **b).** 10 días del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011), **c).** 5 días, si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984, artículo 51, y **d).** 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, **v.** por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, **vi.** mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse, **vii.** cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 C. de P.A. y de lo C.A.- y **viii.** una vez queda ejecutoriada la condena, no procede indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 Ib., **ix.** recalcando, que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización, sin embargo, el valor total generado sí se ajustará en su valor desde la fecha que cesó dicha mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En materia jurisprudencial, el Consejo de Estado ha manifestado que la cesantía es una prestación social a la que tienen derecho los empleados públicos, entre ellos los del orden territorial e igualmente, los docentes. Esta prestación se reconoce bajo dos postulados: **i)** cuando existe ruptura del vínculo laboral, siendo la cesantía definitiva y **ii)** cuando se dan los supuestos para el otorgamiento de manera parcial, sin que el vínculo laboral cese¹⁶; aunque, según lo ha señalado la Guardiania de la Carta¹⁷, existen regímenes laborales especiales que garantizan un

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE; Sentencia del 29 noviembre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02988-01(2271-05), Actor: María Nidia Lozano Piza. Demandado: Municipio de Ortega – Tolima.

¹⁷ Sentencia C-566 de 1997. Referencia: Expediente D-1651. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978. Actor: Luis Horacio Muñoz Criollo. Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA; Sentencia del 6 de noviembre de 1997.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

nivel de protección igual o superior en relación con los regímenes generales, teniendo dicha diferenciación plena justificación al tenor de lo expuesto en el artículo 58 de carácter superior, y en Sentencia C-928 de 2006¹⁸, la Corte Constitucional recordó que en materia prestacional los docentes tienen un régimen propio y dentro del mismo, existe uno de carácter especial el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003; según la Corporación, en esta normatividad se contempla las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías; lo anterior con el objeto de dar la protección y el favorecimiento a los mismos teniendo en cuenta la ardua y trascendental labor que desempeñan en la sociedad.

El tema álgido en el presente asunto se centra en que teniendo los docentes estatales un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, en dicha normatividad no se dispuso de manera expresa la posibilidad de recibir una indemnización producto de la sanción por el no pago oportuno del auxilio en comento, como sí se contempla en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público, recibiendo *per se* un trato claramente diferenciado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en **sentencia de unificación SU-336 del 18 mayo de 2017**¹⁹, manifestó que aunque los docentes no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, *“les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989”*²⁰; lo anterior, teniendo en cuenta el espíritu de la norma, pues *“la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucrando a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial”*; en este orden de ideas, independientemente del tipo de docente *-nacional o nacionalizado, o con régimen retroactivo o anualizado de cesantías-* o de que si tienen o no régimen especial; en aras de materializar el derecho a la igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales, la Corte Constitucional concluye que a los docentes

¹⁸ Referencia: expediente D-6355, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (parcial), Demandante: Mario Augusto Prieto García, Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO; Sentencia del 8 de noviembre de 2006.

¹⁹ Sentencia SU-336. Referencia: Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180 (Acumulados); Acciones de tutela interpuestas por 1) Constanza del Rosario Castro Rodríguez, 2) Adriana Patricia Hernández Lozano, 3) Julio César Oviedo Monroy y otros, 4) Gilma Rosa García Vásquez, 5) Raúl Helvecio Cuenca Ortiz, 6) Janeth Lozano Perdomo, 7) Maribell Villamizar Martínez, 8) Genaro Soto Suárez, 9) María Rene Valderrama de Prada, 10) Ismelda Saavedra Rengifo, 11) José Alexander Prieto Contreras, 12) Ángel Herrera Giraldo, 13) José Inay Guarnizo Rojas, 14) Clara Inés Portela de Castro; contra el Tribunal Administrativo del Tolima y Juzgados Administrativos del Circuito de Ibagué. Magistrado Ponente: IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO. Sentencia del 18 de mayo de 2017.

²⁰ Sentencias **C-741 del 26 de septiembre de 2012** Referencia: expediente OG-137. Objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad al Proyecto de Ley N° 114/09 Senado, 296/10 Cámara, “Por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2°, literal a) de la Ley 91 de 1989”. Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA y **C-486 del 7 de septiembre de 2016**, Referencia: Expediente D-11244. Actor: Yobany López Quintero. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 “por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2016”. Magistrada sustanciadora: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

oficiales se les debe reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías una vez el juzgador verifique los presupuestos para acceder a ella.

A las siguientes conclusiones llegó la Corte Constitucional en la reseñada Sentencia de unificación **SU-336-17**:

“(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989²¹.

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012)”.

La Corte Constitucional, tuvo que volver a pronunciarse en la Sentencia **SU-332 del 25 de julio de 2019**, en la cual la Sala Plena reiteró su doctrina constitucional - los docentes son acreedores a la indemnización por el no pago oportuno de sus cesantías, cuestión ampliamente debatida y reiterada- y, la razón obedece a que estos se equiparan a los demás servidores públicos respecto a este asunto para efectos de dar aplicación al principio de favorabilidad, según lo expuesto en precedencia.

²¹ Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016, ya mencionadas.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

No obstante, es pertinente advertir que al realizar el análisis del tema en particular, ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado tuvieron en cuenta la existencia de los dos regímenes de cesantías vigentes en los docentes, para determinar que en favor de uno u otro no se abre paso el derecho, por lo que de acuerdo al cual pertenezca el docente le es mayor o en menor caso beneficioso el pago de su prestación al momento de hacer el cálculo aritmético, sin embargo, esto no se puede entender como una exclusión de alguno de los dos regímenes, pues como ya se mencionó en los anteriores lineamientos no se expresó nada sobre el tema.²²

Conforme lo establecido por el Consejo de Estado, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada tanto del reconocimiento como del pago de las cesantías de los docentes, por esta razón el eventual pronunciamiento sancionatorio no puede afectar el Departamento del Tolima, porque para el efecto, funge por delegación legal de las obligaciones de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme la Ley 91 de 1989 artículo 3 y 4, Ley 962 de 2005, artículo 56, Decreto 2831 de 2005 que reglamentó el inciso 2° del artículo y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

De la firmeza de los actos administrativos.

El acto administrativo, una vez en firme, tiene la calidad de providencia que conlleva ejecución; tal carácter le ha sido expresamente atribuido por el legislador, que en los artículos 87 a 90 del C. de P.A. y de lo C. A., expresamente disponen la *Firmeza de los actos administrativos*, la *Presunción de legalidad del acto administrativo*, el *Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades* y la prevención de la *Ejecución en caso de renuencia*.

En el caso del reconocimiento de las cesantías, la discusión del contenido del acto administrativo que provee el reconocimiento del derecho es la posibilidad del beneficiario de cuestionar su alcance a través de los recursos previstos en los artículos 74 a 81 Ib.; respetando la oportunidad de su presentación, los requisitos y trámite, que al ser decididos, se repite, imponen su firmeza.

A su vez en el artículo 138 Ib., el legislador ha establecido las acciones que permiten la revisión de legalidad del acto administrativo, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho; también previó el legislador -artículo 164- los términos para intentar tales acciones, como quiera que señaló uno de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación, comunicación, publicación o ejecución del acto -artículo 164, num., 2, lit. d-.

La caducidad.

La caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad del Estado, constituyendo, en consecuencia, una sanción para las partes que no impulsan el litigio dentro del plazo fijado y que, por ende, pierden la posibilidad de accionar

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 8 de junio de 2017, Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00624-02 (3931-14), Actor: Daniel Osias Chica Vanegas, Demandado: Ministerio de Educación

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho; por ello, “La caducidad [procesal] como fenómeno jurídico, constituye propiamente una sanción para el titular del derecho que omite poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional dentro del lapso dispuesto por el ordenamiento jurídico para reclamarlo y, desde el punto de vista estrictamente procesal, se erige como un hecho que enerva o extingue la pretensión desde la base o el nacimiento; por consiguiente, debe ser declarado, aún de oficio, siempre que el fallador de primera o segunda instancia lo encuentre probado”²³.

Caducidad y prescripción son dos conceptos diferentes, ya que las acciones, caducan, y los derechos, prescriben. La caducidad hace referencia al plazo para ejercitar una acción y prescripción es el lapso de tiempo en el cual se extingue un derecho u obligación.

Del término para computar la mora en el pago de las cesantías a los servidores públicos.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de unificación por importancia jurídica, CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018, expediente Nro. 73001-23-33-000-2014-00580-01, interno Nro. 4961-2015, concluyó dada la divergencia en la aplicación del cómputo para establecer la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías lo siguiente:

“En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006²⁴), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011²⁵) [5 días si la petición se

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA; Sentencia del 7 de marzo de 2012, Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00431-01 (22734), Actor: Héctor Nódier Osorio Herrera y Otros, Demandado: Instituto de Seguros Sociales.

²⁴ «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.
[...]

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.»

²⁵ «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.
[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron

presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51²⁶], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006²⁷.” (Resaltado por la Sala)

En este orden de ideas, el cómputo por el término total de la sanción moratoria varía entre 65 días (teniendo en cuenta si la petición se presentó durante la vigencia del Decreto 01 de 1984) o de 70 días (si la petición se presentó en vigencia del C. de P. A. y de lo C. A.), lo anterior, por cuanto el término de la ejecutoria de la decisión varía de 5 a 10 días.

En lo relativo a la competencia para el pago de la prestación y por supuesto de la sanción por mora.

A este respecto ha dicho el Consejo de Estado que aunque la fiduciaria es la encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, evidentemente “tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

El objeto de la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar²⁸ una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba, circunstancia que 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, como se observa en el artículo 56 de la precitada ley, el cual, 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.”

Así las cosas, en lo que tiene que ver con las prestaciones sociales del magisterio y pese a que en

interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

²⁶ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo. [...]

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

[...]»

²⁷ «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.»

²⁸ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

efecto la facultad nominadora se encuentre en cabeza de las secretarías de educación del nivel territorial, se tiene que es ésta una competencia dada al respectivo Fondo mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaría de Educación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley 962 de 2005 artículo 56, por lo tanto, encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías de los docentes, es ostensible que el restablecimiento en tratándose de controversias relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, corresponde a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser en cabeza de quien se encuentra el patrimonio autónomo creado por la ley para el pago de los factores prestacionales de sus afiliados.²⁹ (Resaltado original)

Conforme lo establecido por el Consejo de Estado, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada tanto del reconocimiento como del pago de las cesantías de los docentes.

De los factores de liquidación de prestaciones sociales del magisterio.

Frente al tema de los factores salariales computables para la liquidación de cesantías de los servidores públicos el Decreto Ley 1042 de 1978 en su artículo 42 dispuso:

“De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a. Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- b. Los gastos de representación.*
- c. La prima técnica.*
- d. El auxilio de transporte.*
- e. El auxilio de alimentación.*
- f. La prima de servicio.*
- g. La bonificación por servicios prestados.*
- h. Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.”*

Si bien es cierto, este mismo decreto excluía de su aplicación al personal docente de la rama ejecutiva, mediante Ley 91 de 1989 más precisamente en su artículo 15 ordenó aplicar las prestaciones de los empleados públicos ya reconocidas en el Decreto Ley 1042 de 1978 a los docentes oficiales.

Igualmente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 14 de abril de 2016³⁰, precisó:

“[...] en atención al carácter de docente nacionalizada de la actora, se le aplicaría, en

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 8 de junio de 2017, Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00624-02 (3931-14), Actor: Daniel Osias Chica Vanegas, Demandado: Ministerio de Educación

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 14 de abril 2016, Radicación número: CE-SUJ2-15001-33-33-2013-00134-01(3828-14), Actor: Nubia Yomar Plaza Gómez, Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Departamento de Boyacá, Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ No. 001/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la ley 1437 de 2011. Tema: Prima de Servicios de docentes oficiales.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

principio, el Decreto Ley 2712 de 1999, que regula lo relacionado con las prestaciones sociales de los empleados territoriales, cuyo artículo 2 estableció como factores salariales para la liquidación de las cesantías de estos servidores, siempre y cuando hayan sido autorizados mediante norma de carácter legal, los siguientes: la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, los dominicales, los feriados, las horas extras, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, los viáticos, la prima de vacaciones, el valor del trabajo suplementario, el valor del trabajo realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, y las bonificaciones. Pero que dicha norma fue modificada por el Decreto Ley 1919 de 2002, que ordenó aplicar a los empleados públicos del nivel territorial las normas que señalan el régimen prestacional de los servidores estatales del orden nacional.

Y concluyó que la normatividad aplicable a la actora, es la contenida en el Decreto Ley 1045 de 1978, cuyo artículo 45, establece como factores para liquidar las cesantías los siguientes: la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, los dominicales, los feriados, las horas extras, los auxilios de alimentos y transporte, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, los viáticos, los incrementos salariales por antigüedad, la prima de vacaciones, el valor del trabajo suplementario, el valor del trabajo realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, las y bonificaciones”.

Conforme a ello, es claro que tanto legal como jurisprudencialmente, la prima de servicios debe ser integrada a la base de liquidación de las prestaciones sociales del magisterio.

De la prescripción de la sanción moratoria

En el sistema jurídico colombiano, la prescripción es una institución jurídica que corresponde a dos figuras diferentes: por una parte, la adquisitiva, que es un título originario de adquisición de derechos reales, por la posesión ejercida durante el tiempo y bajo las condiciones exigidas por la ley, por otra parte tenemos la prescripción extintiva, que es un modo de extinguir derechos u obligaciones, como consecuencia de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley.

En cuanto a la sanción moratoria, El consejo de Estado mediante su jurisprudencia, ha decidido que:

“las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

ARTÍCULO 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”³¹

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 15 de febrero de 2018, Radicación número 27001-23-33-000-00188-01(0810-14), Actor: Elizabeth Nadal Julio, Demandado: Departamento del Chocó – Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

Asimismo, en la anterior jurisprudencia, se realizó el estudio sobre el momento en el cual se hace exigible la sanción moratoria por el no pago de las cesantías solicitadas por parte del demandante y concluyó que el cómputo por el término total de la sanción moratoria varía entre 65 días (teniendo en cuenta si la petición se presentó durante la vigencia del Decreto 01 de 1984) o de 70 días (si la petición se presentó en vigencia del C. de P. A. y de lo C. A.) y nuevamente menciona que la prescripción se dará cuando hayan transcurrido 3 años desde que se hizo exigible el derecho.

“Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial”.³² (Negrilla fuera de texto).

Por consiguiente y según lo probado durante el trámite, se logra evidenciar que el señor Arnulfo Aroca Luna mediante solicitud con radicado No. 2013-CES-004327 del **18 de febrero de 2013** solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía parcial (fl. 5), desde ese momento, la entidad contaba con 70 días para realizar el pago efectivo de las cesantías, tiempo que se limitaba al 4 de junio de 2013, sin embargo, el pago efectivo se realizó el 18 de noviembre de 2013 (fl. 7), por lo tanto **desde el 5 de junio de 2013 se hizo exigible el derecho a reclamar la sanción moratoria**, es decir, desde esa fecha el actor contaba con 3 años para reclamar el derecho, no obstante, el actor realizó el reclamo el 8 de junio de 2016 mediante petición con radicado No. 2016PQR16564, de modo que siguiendo lo establecido por el Consejo de Estado en cuanto al tema, está claro que en el presente caso operó la figura de la prescripción y en consecuencia la Sala confirmará lo resuelto por el *a quo* en primera instancia.

Caso Concreto.

En el caso sometido a consideración de la Sala de decisión, el accionante Arnulfo Aroca Luna presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendiendo la nulidad del oficio No. SAC: 2016RE8001 del 28 de junio de 2016 mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se declare que tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconozca la sanción por mora establecida en la Ley 1071 y Ley 244 de 1995, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de cesantía parcial o definitiva ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

El Juez Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué en sentencia proferida el 18 de noviembre de 2019 (fls. 214 a 222), resolvió **i.** declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **ii.** negar las pretensiones de la demanda promovida por Arnulfo Aroca Luna contra la entidad

³² Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 15 de febrero de 2018, Radicación número 27001-23-33-000-00188-01(0810-14), Actor: Elizabeth Nadal Julio, Demandado: Departamento del Chocó – Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

accionada, y **iii.** condenar en costas a la parte demandante.

Lo anterior argumentando que el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible a partir del 5 de junio de 2013, fecha desde la cual contaba con tres años para efectuar la respectiva reclamación, de tal manera, al presentar reclamación hasta el 8 de junio de 2016 operó el fenómeno jurídico de la prescripción.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte accionante presentó recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia expresando que existe una prescripción parcial y no total, pues si bien es cierto que la mora anterior al momento en que se interrumpió la prescripción se encuentra prescrita, es claro que existe una mora desde el 8 de junio de 2013 al 17 de noviembre de 2013 que se encuentra vigente.

Hechos probados.

Como circunstancias fácticas, esta sala se atenderá a la información contenida documentalmente en el expediente que no fue tachada de falsa y encuentra probado lo siguiente:

- Resolución No. 03171 del 30 de julio de 2013, “*Por la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Parcial para reparación de vivienda*”, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

Acto administrativo que prueba que mediante solicitud con radicado No. 2013-CES-004327 del 18 de febrero de 2013 el señor Arnulfo Aroca Luna solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía parcial con destino a reparación de vivienda que le corresponde por los servicios prestados como docente de vinculación Municipal de Recurso Propios de la I.E.T Santa Lucía del Municipio de Purificación-Tolima; además demuestra que la entidad reconoció al señor Arnulfo Aroca Luna identificado con cédula de ciudadanía 5.978.553, la suma de \$14.047.172 M/cte por concepto de liquidación parcial de cesantías que corresponde por el tiempo de servicios como docente de Vinculación Recursos Propios; igualmente, ordenó descontar la suma de (\$XXXX), pesos por concepto de cesantías parciales ya pagadas, quedando como saldo líquido la suma de \$14.047.172 del cual se girará la suma de \$14.047.172 como anticipo de cesantías con destino a reparación de vivienda, valor que le correspondía pagar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la entidad fiduciaria al accionante (fls. 5 a 6).

- Certificación de fecha 12 de mayo de 2015 con radicado No. *RAD_S*, expedida por la vicepresidente del Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A.

Este documento prueba que, la entidad certificó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de Cesantía Parcial reconocida por la Secretaría de Tolima al docente Arnulfo Aroca Luna mediante resolución número 3171 del 30 de julio de 2013, quedando a disposición a partir del 18 de noviembre de 2013 por el valor de \$14.047.172 (fl. 7).

- Que mediante petición de fecha 8 de junio de 2016 con radicado No. 2016PQR16564, presentada por el apoderado del señor Arnulfo Aroca Luna, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Este documento prueba que se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción

moratoria por el retardo en el pago de las cesantías, esto es desde el 5 de junio de 2013 al 17 de noviembre de 2013. (fls. 11 a 13).

- Oficio No. SAC2016RE8001 de fecha 28 de junio de 2016 expedida por la Secretaria de Educación y cultura del Departamento del Tolima.

Este documento prueba que la entidad dio respuesta a la petición interpuesta por el apoderado judicial del actor, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria. (fl. 14).

Ahora bien, del material probatorio obrante en el cartulario se encuentra acreditado que el señor **Arnulfo Acosta Luna** prestó sus servicios como docente de vinculación Municipal R.P en el municipio de Purificación - Tolima, desde el 27 de enero de 1995 al 30 de diciembre de 2011 de forma continua, según se vislumbra en la Resolución No. 03171 del 30 de julio de 2013 (fls. 5 a 6).

Igualmente se constata que, según la resolución de reconocimiento, se trata de un docente con tipo de vinculación “Municipal R.P.” (fl. 6), por lo tanto, según el numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989:

“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. (...)

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 1 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 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, acumulados 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.”

Es decir, que el actor goza del régimen prestacional que rige en la entidad territorial de conformidad con las normas vigentes a partir de la promulgación de dicha norma.

Además, se evidencia que a partir de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías **-18 de febrero de 2013-** petición que se efectúa durante la vigencia de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; la entidad contaba con 70 días hábiles para reconocer y pagar las cesantías solicitadas, una vez superado este tiempo se incurriría en la sanción moratoria contemplada en la ley 1071 de 2006.

En resumen, en el caso de marras los cálculos temporales son como se muestran en la siguiente tabla:

Radicación de la solicitud (Art. 4º Ley 1071 de 2006) Término: 15 días	18 de febrero de 2013
Vencimiento del término para reconocimiento.	11 de marzo de 2013
Vencimiento del término de ejecutoria (10 días) Art. 76 C. de P.A. y de lo C.A.	26 de marzo de 2013

Vencimiento para el pago de la obligación (45 días Art. 5º Ley 1071 de 2006) A partir del día siguiente inicia el periodo de mora	4 de junio de 2013
Resolución de reconocimiento (Resolución 03171)	del 30 de julio de 2013
Pago efectivo (fl. 7)	18 de noviembre de 2013
Periodo de mora	Entre el 5 de junio de 2013 y el 17 de noviembre de 2013, inclusive

Ahora bien, respecto a la prescripción de la acción precisa la Sala que en el sistema jurídico colombiano, este fenómeno jurídico es una institución que corresponde a dos figuras diferentes: por una parte la adquisitiva, que es un título originario de adquisición de derechos reales, por la posesión ejercida durante el tiempo y bajo las condiciones exigidas por la ley, por otra parte tenemos la prescripción extintiva, que es un modo de extinguir derechos u obligaciones, como consecuencia de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley.

En cuanto a la prescripción de los salarios moratorios, el Consejo de Estado³³ señaló que se aplica de manera trienal, veamos:

“Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

‘ARTÍCULO 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual’.

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.”

Es de precisar, que el Consejo de Estado en la jurisprudencia anteriormente citada, realizó el estudio sobre el momento en el cual se hace exigible la sanción moratoria por el no pago de las cesantías solicitadas por parte del demandante y concluyó que el cómputo por el término total de la sanción moratoria varía entre 65 días

³³ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 15 de febrero de 2018, Radicación número: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14), Actor: Elizabeth Nadal Julio, Demandado: Departamento del Chocó – Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

(teniendo en cuenta si la petición se presentó durante la vigencia del Decreto 01 de 1984) o de 70 días (si la petición se presentó en vigencia del C. de P. A. y de lo C. A.) recalcando que la prescripción se dará cuando hayan transcurrido **3 años desde que se hizo exigible el derecho.**

*“Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial
(...)”*

*Se concluye de lo expuesto que la demandante reclamó su derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por fuera de los tres años **contados a partir del día en que se hizo exigible la sanción moratoria** y, por lo anterior en el caso en concreto operó la prescripción extintiva, objeto del recurso de apelación que se analiza.”.*
(Negrilla fuera de texto).

Como se logra observar, si bien el actor era acreedor de la sanción moratoria nos encontramos frente a la figura jurídica de la prescripción, ya que la reclamación del derecho se realizó posterior a los 3 años con los que contaba el accionante. Lo anterior nos indica que, desde el **5 de junio de 2013 hasta el 17 de noviembre de 2013**, día anterior al pago efectivo de la obligación, se generó la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas; es decir 166 días, sin embargo, como ya se estableció en los acápites anteriores, operó la prescripción en razón a que el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible el **5 de junio de 2013**, por lo tanto, a partir de esa fecha comenzaban a contarse los tres años para que operara el fenómeno jurídico descrito, los cuales vencían el 5 de junio de 2016

Pese a lo anterior, la solicitud de pago de la sanción moratoria fue radicada el **8 de junio de 2016**, por lo que a esa fecha ya había operado en fenómeno jurídico de la prescripción.

Por otra parte, precisa la Sala que no puede configurarse una prescripción parcial, pues en el caso en concreto no estamos hablando de una prestación periódica sino de una misma sanción que se hizo exigible desde el 5 de junio de 2013, lo anterior en aplicación del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral y lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado³⁴.

De conformidad con lo expuesto se concluye que, si bien el accionante Arnulfo Aroca Luna tenía derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en la consignación de las cesantías, operó la prescripción y en consecuencia la Sala confirmará la sentencia apelada.

Costas:

Resuelto el recurso de apelación y no accediendo a las pretensiones de este, es menester hacer el correspondiente análisis de la condena en costas de la segunda instancia.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 15 de febrero de 2018, Radicación número: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14), Actor: Elizabeth Nadal Julio, Demandado: Departamento del Chocó – Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación.

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, “... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, **y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado**”.

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.
- b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V

En primera instancia.

- a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:
 - (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
 - (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.
- c. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L. V.”

Teniendo en cuenta el artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso el cual establece “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” y que la parte de demandada no allegó prueba de lo causado, esta Sala se abstendrá de condenar en costas y fijar agencias en derecho aplicando el criterio objetivo valorativo consagrado por el Consejo de Estado³⁵,

³⁵ **“CONDENA EN COSTAS-Criterio objetivo valorativo**

Con el propósito de resolver la controversia que se analiza, se advierte que en el expediente está demostrado que la entidad demandada sí ejerció la defensa durante el trámite de la primera instancia, en forma escrita, con el memorial de contestación de la demanda y, en forma presencial, con su asistencia durante la audiencia inicial; por lo tanto, se debe concluir que sí confluyeron los criterios objetivo y valorativo para que el tribunal impusiera una condena al respecto, a cargo de la parte demandante. En efecto, en aplicación del criterio objetivo, en la sentencia debe haber una disposición o decisión acerca de la condena en costas, bien sea imponiéndola o absteniéndose de hacerlo; en este caso, el juez de instancia decidió condenar en costas. (...) Finalmente, es oportuno señalar que esta Sala ha considerado que para la valoración que debe realizar el juez, con miras a determinar si hay o no lugar a imponer costas, no se incluye el aspecto relativo a la mala fe o temeridad de las partes, pues, de lo que se trata es de verificar la actuación o gestión que haya realizado la parte contraria a aquella a la cual le resultan desfavorables las pretensiones y no de evaluar la conducta leal, adecuada, prudente, oportuna y decorosa de la parte que resulta vencida en la actuación, pues tales

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-33-33-005-2016-00427-02
De: Arnulfo Aroca Luna
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio.

para no hacer gravosa la condición del actor respecto de la sentencia de primera instancia y garantizando la doble instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 18 de noviembre de 2019 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en consecuencia negó las demás pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y fijar agencias en derecho de la segunda instancia, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Notifíquese la presente providencia personalmente a las partes y a los intervinientes -Agentes del Ministerio Público y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-, en atención a lo dispuesto en la Ley 2080, **Artículo 48** (que modifica el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011).

CUARTO: En firme esta providencia, **EFFECTUAR** las respectivas anotaciones en el sistema siglo XXI y **ENVIAR** el expediente al juzgado de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de decisión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE³⁶


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

circunstancias no impiden la imposición de la condena en costas...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 25 de junio de 2020, Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00502-01 (5485-18), Actor: Nohemí Suaza Triviño, Demandado: Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Temas: Régimen de cesantías con retroactividad, Sentencia Segunda Instancia.

³⁶ **NOTA ACLARATORIA:** La Providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima y de la misma manera fue firmada y notificada.