

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Magistrado Ponente. Dr. CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Ibagué, nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación: No. 73001-33-33-001-2019-00151-01
Interno: No. 00084-2021
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ARMANDO LUGO JARAMILLO
Demandados: LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
Referencia: Apelación de sentencia – Sanción Moratoria Docente.

Se encuentran las presentes diligencias en esta Corporación a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, en contra de la sentencia dictada por Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 27 de noviembre de 2020, mediante la cual decidió acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor ARMANDO LUGO JARAMILLO, obrando por conducto de apoderado judicial, instaura demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, solicitando las siguientes:

PRETENSIONES

“DECLARACIONES:

1. Declarar LA EXISTENCIA del acto administrativo ficto o presunto configurado el 28 DE AGOSTO DE 2018, frente a la petición radicada el 28 DE MAYO DE 2018 con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, toda vez que la misma no fue contestada por parte de la entidad demandada NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

2. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el 28 DE AGOSTO DE 2018, frente al radicado SAC: 2018PQR13910 DEL 28 DE MAYO DE 2018, 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 causados 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.

3. Declarar la nulidad del OFICIO SAC 2017RE8464 DEL 31 DE JULIO DE 2017, NOTIFICADO EL DIA (SIC) 08 DE AGOSTO 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 (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.

4. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del **15 DE MAYO DE 2015**, día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados 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, es decir el día **29 DE JULIO DE 2015**.

5. 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 de los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A.

6. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCIÓN MORATORIA reconocida en esta sentencia.

7. Condenar en costas a LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.”

HECHOS

“1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989, creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, **sin personería jurídica**.

2. De conformidad con el parágrafo 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, se le asignó como competencia al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de la **CESANTIA** de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

3. Teniendo de presente estas circunstancias, mi representado(a), por laborar como docente en los servicios educativos estatales en el **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, solicitó a LA NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el día **30 DE ENERO DE 2015**, el FONDO DE reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

4. Por medio de la Resolución No. **3340 DEL 29 DE MAYO DE 2015**, le fue reconocida la cesantía solicitada.

5. Esta cesantía fue pagada el día **30 DE JULIO DE 2015**, por intermedio de entidad bancaria.

6. Al observarse con detenimiento, mi representado(a) solicitó la cesantía el día **30 DE ENERO DE 2015**, fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para efectuar el pago. Dicho término venció el día **14 DE MAYO DE 2015**, pese a lo cual la cancelación de la cesantía petitionada se llevó a cabo el día **30 DE JULIO DE 2015**, transcurriendo así **75** días de mora desde el **15 DE MAYO DE 2015**, momento en el cual debía haberse verificado el pago de la mencionada prestación y hasta el **29 DE JULIO DE 2015**. (...)"

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada contestó el libelo introductorio de la referencia, y después de oponerse a la prosperidad de las pretensiones demandatorias, agregó lo siguiente:

- **Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio¹:**

“De lo anterior, se puede concluir que las normas referenciadas no contemplaron la sanción moratoria a favor de los docentes nacionalizados antes del 31 de diciembre de 1989, y no obstante, si bien es cierto que la sentencia de unificación del Consejo de Estado el 18 de julio de 2018 no diferenció el régimen de cesantías aplicables a los docentes para el reconocimiento de esta indemnización, es transparente que el fin del reconocimiento de esta sanción por lo no pago oportuno de las cesantías, es impedir la depreciación monetaria del valor reconocido al docente, lo cual no sucede en el caso del reconocimiento del auxilio de la cesantía a favor de los docentes nacionalizados, toda vez que en el régimen retroactivo las cesantías se cancelan con el último salario devengado y por todo el tiempo de servicio. En el caso de reconocer sanción moratoria para los docentes con régimen retroactivo se está creando un beneficio a su favor frente al régimen de cesantías anualizadas y un desproporcionado quebranto al presupuesto de la Nación al reconocer un emolumento de carácter sancionatorio, cuando no se ha acreditado el detrimento en el patrimonio del docente.”

Finalmente se tiene que, propuso las siguientes excepciones: **“IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LA SANCION MORATORIA”**, **“IMPROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS”**, y **“GENÉRICA”**.

SENTENCIA APELADA²

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante sentencia proferida el 27 de noviembre de 2020, resolvió:

“PRIMERO: Declarar probada, de oficio, la excepción de prescripción de la sanción moratoria.

¹ Según folios 84-96 del exp. Juz. Activo.

² Ver folios 122 – 130 del expediente.

SEGUNDO: Declarar la configuración del acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, formulada el 28 de mayo de 2018.

TERCERO: Declarar la nulidad del acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo negativo, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, formulada el 28 de mayo de 2018.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: Reconocer personería a la abogada Ana María Manrique Palacios, como apoderada sustituta de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG-, en los términos y efectos del relevo del mandato.

SEXTO: Abstenerse de condenar en costas, de acuerdo a lo señalado en esta providencia.

SÉPTIMO: Por Secretaría, realizar las anotaciones de rigor, dejando las constancias correspondientes en el sistema "Siglo XXI" y una vez en firme, archivar el proceso."

Para llegar a la anterior decisión, el *a quo* consideró lo siguiente:

"(...)"

"La sanción moratoria se causó desde el 15 de mayo de 2015, la reclamación administrativa se formuló el 28 de mayo de 2018 y la demanda se radico (sic) el 28 de marzo de 2019.

(...)

Comoquiera que la reclamación en sede administrativa, orientada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, se radicó después de que vencieran los 3 años, contados a partir del primer día de mora en el pago de la cesantía, hay lugar a declarar prescrita la sanción pretendida, por lo que la excepción de declarará probada de oficio y se negaran las pretensiones atinentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria."

LA APELACIÓN³

Oportunamente, el apoderado judicial de la parte accionante, interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué el 27 de noviembre de 2020, para lo cual formuló las siguientes censuras en contra de la decisión de primer grado:

"...se tiene entonces que mi mandante, al solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria interrumpió el termino (sic) de prescripción, es decir, mi mandante tiene derecho al pago de la sanción moratoria desde el día **el (sic) 29 de**

³ Ver páginas 147-152 del expediente.

Sentencia de Segunda Instancia

mayo de 2015 al 29 de julio de 2015, fecha en la que se canceló la forma extemporánea las cesantías, situación móvil de la presente acción.

*Es así como, expuesto lo anterior, se tiene que en el presente caso existe **UNA PRESCRIPCIÓN PARCIAL Y NO TOTAL** como lo indica el despacho respecto a la sanción por mora en pago de las cesantías, pues si bien es cierto la mora referente **al 15 de mayo de 2015** (día siguiente a la fecha del pago oportuno) **al 27 de mayo de 2015** (tres años hacia atrás de la fecha de reclamación) se encuentra prescrita, sin embargo **a partir del 29 de mayo de 2015 al 29 de julio de 2015, existe una mora que se encuentra vigente y sobre la cual tiene derecho mi mandante** a que se le reconozca y cancele pues se encuentra dentro de los 3 años indicados para la prescripción de este derecho.”*

“(...)”

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación interpuesto por el extremo accionante fue admitido mediante proveído fechado el veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021) (anexo N° 5 exp. Juz. Aactivo.), posteriormente, en providencia adiada el veintiséis (26) de octubre de dos mil veintiuno (2021), se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión con miras a que éste emitiera su concepto de fondo (anexo N° 010 exp. Juz. Aactivo.), derecho del cual hizo uso la parte demandada⁴.

CONSIDERACIONES DE LA SEGUNDA INSTANCIA

1. Precisiones preliminares

1.1. *Competencia del Tribunal*

En primer lugar, es menester indicar que de conformidad a la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1° del artículo 104 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción puede aprehender el conocimiento del presente asunto, pues se trata de una controversia originada en varios actos sujetos al derecho administrativo expedidos por una entidad pública.

Como corolario de lo anterior, según las voces del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, esta Corporación es competente para resolver el recurso de alzada contra las sentencias proferidas por los Jueces Administrativos en primera instancia y como quiera que según la regla general consagrada en el inciso 1° del artículo 243 *ibídem*, los fallos emitidos por los Jueces y Tribunales Administrativos son pasibles de ser apelados, es claro que esta Colegiatura es competente para dirimir el presente asunto en Sala de Decisión tal como lo prevé el artículo 125 *ejusdem*.

1.2 *Definición del recurso*

Conforme a lo dispuesto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, normativa aplicable al caso de autos por remisión expresa del canon 306 de la Ley

⁴ Ver anexo N° 13 del expediente Juz. Aactivo.

1437 de 2011, el estudio en esta segunda instancia se circunscribirá a los puntos de inconformidad formulados por la parte accionante en contra de la sentencia de primer grado, los cuales se concretan en que en el sub judice operó la prescripción parcial y no total como lo considero el Juez *a quo* en la sentencia objeto de apelación.

1.3 Problema jurídico

El problema jurídico se concreta en determinar si el *a quo* realizó el estudio correcto de la prescripción en el pago de las cesantías parciales a las cuales tiene derecho el demandante, o si por el contrario solo operó este fenómeno de forma parcial como lo aduce la parte actora.

2. Análisis sustancial

Pretende la parte accionante, se declare nulo el acto ficto o presunto configurado el 28 de agosto de 2018, frente a la petición radicada el 28 de mayo de 2018, emitido por el Secretario de Educación del Departamento del Tolima, mediante el cual, fue negado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías parciales reclamadas por el señor ARMANDO LUGO JARAMILLO como empleado público del ramo docente.

Con miras a resolver la presente controversia, se determinará: *i)* el acto administrativo acusado, *ii)* los hechos probados, *iii)* el régimen salarial y prestacional docente *iv)* el marco normativo de la sanción moratoria por pago inoportuno de cesantías aplicable a los servidores públicos, *v)* conteo del término *vi)* aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al personal docente en calidad de servidores públicos y sustento jurisprudencial y *vii)* del caso en concreto.

2.1. El acto administrativo acusado.

- Se encuentra contenido en el acto ficto o presunto configurado el 28 de agosto de 2018, frente a la petición radicada el 28 de mayo de 2018, mediante el cual, el Secretario de Educación del Departamento del Tolima, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías parciales reclamadas por el señor ARMANDO LUGO JARAMILLO.

Ahora bien, de conformidad con las pruebas allegadas oportunamente y en forma legal a la encuadernación, se advierten los siguientes:

2.2. Hechos probados

- Que mediante la Resolución número 3340 del 29 de mayo del 2015, suscrita por el Secretario de Educación del Departamento del Tolima y el profesional universitario de la oficina del Fondo de Prestaciones Sociales, se reconoció y ordenó el pago al accionante de una cesantía parcial con destino a reparación de vivienda (fols.28-29 exp. Juz. Activo.).

- Que a través de la solicitud radicada el 28 de mayo de 2018, el accionante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías parciales reconocidas en la Resolución número 3340 del 29 de mayo del 2015 (fols.24-26 exp. Juz. Aactivo.).
- Certificación de la FIDUPREVISORA, en la cual señala que el día 30 de julio de 2015, depositó en la cuenta del accionante la suma de \$20.000.000 a través del banco BBVA COLOMBIA (fol. 30 exp. Juz. Aactivo.).

2.3. El régimen salarial y prestacional docente

Por disposición del artículo 3° del Decreto 2277 de 1979, los educadores que prestan sus servicios en entidades oficiales del orden Nacional, Departamental, Distrital, y Municipal, son empleados oficiales de régimen especial. La especialidad del régimen comprende algunas prerrogativas, tales como la posibilidad de recibir simultáneamente pensión y sueldo (Decreto 224 de 1972, artículo 5°), y de gozar de la denominada pensión gracia, (Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) prestaciones que reiteran las Leyes 91 de 1989; 100 de 1993, artículo 279 y; 115 de 1994, artículo 115.

Ahora bien, se tiene que en virtud de la potestad consagrada en el numeral 19, literal e, del artículo 150 Superior⁵, el Congreso de la República expidió la Ley 91 de 1989⁶, a través de la cual se instituyó el régimen prestacional especial del personal docente, el cual es administrado por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, organismo que se encarga de atender las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías, efectuando el pago de las prestaciones económicas y garantizando la prestación de los servicios médico - asistenciales.

En orden a resolver lo pertinente, encuentra la Sala que el régimen prestacional especial del personal docente contemplado en la Ley 91 de 1989, regula en el numeral 3° de su artículo 15, lo atinente al reconocimiento de las cesantías, así:

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

3.- Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un

⁵ Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...)

e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública; (...)

⁶ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. *Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 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 (...).* (Resalta la Sala).

A su turno, la Ley 60 de 1993, al disponer la forma de organización de las plantas de personal docente, aclaró que **el régimen de prestaciones sociales** a favor de los nuevos docentes, **será el establecido en la precitada Ley 91 de 1989**. Así quedó previsto en el artículo 6º, al señalar:

*“ARTICULO 6o. Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales. Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte. Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute. **El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989 (...)**”.* (Destaca la Sala).

Por su parte, la Ley 115 de 1994 “Por la cual se expide la Ley General de Educación”, señaló en su artículo 115:

*“Artículo 115º.- Régimen especial de los educadores estatales. El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley. **El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la Ley 91 de 1989, en la Ley 60 de 1993 y en la presente Ley.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones y salarios legales.*

En ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los educadores.”.

De la relación normativa expuesta, se puede concluir que las prestaciones sociales de los docentes y, específicamente en el caso de las cesantías, se gobiernan por lo dispuesto en la Ley 91 de 1989.

En suma, el Congreso de la Republica expidió la Ley 1769 del 24 de noviembre de 2015⁷, por medio de la cual se decretó 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, y en su artículo 89 reguló lo atinente al pago de la cesantías del magisterio en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 89. *El pago que reconozca el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) por concepto de cesantías parciales o definitivas a sus afiliados se deberá realizar dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social solicitada.*

A partir del día hábil sesenta y uno (61), se deberán reconocer a título de mora en el pago, intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada.”

No obstante, esta Corporación advierte que la disposición contenida en el artículo anteriormente referido fue declarada inexecutable por la H. Corte Constitucional mediante sentencia C - 486 del 7 de septiembre de 2016, al considerar que la misma, además de violar el principio de unidad de materia presupuestal, buscaba modificar los plazos para el pago de las cesantías de los docentes del magisterio y reducir el monto de los intereses por mora en el cumplimiento de esta obligación, decisión que se torna regresiva y atenta contra los derechos mínimos laborales de los trabajadores.

2.4. Marco normativo de la sanción moratoria por pago inoportuno de cesantías de los servidores públicos

Preliminarmente, se tiene que la cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda.

Ahora bien, la indemnización por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos se erigió por parte del legislador, a través de la Ley 244 de 1995⁸, subrogada en algunos artículos por la ley 1071 de 2006, en este sentido dispone:

⁷ 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”.

“Art. 123. La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación, surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2016”.

⁸ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

Sentencia de Segunda Instancia

“Artículo 1^o. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o **parciales**, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

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

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

Artículo 2^o¹⁰ La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o **parciales** del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

En la exposición de motivos de la Ley 244 de 1995 se precisó que la finalidad de la sanción moratoria es lograr el pago oportuno de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un procedimiento ágil, que evite que éste reciba una suma devaluada. Concretamente se indicó:

“Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que ‘...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...’, ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias.

No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites (...) Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando al final se paga al trabajador su cesantía, tan solo se le

⁹ Subrogado por el artículo 4^o de la ley 1071 de 2006.

¹⁰ Subrogado por el artículo 5^o de la ley 1071 de 2006.

Sentencia de Segunda Instancia

entrega lo que certificó la entidad patronal meses y hasta años atrás al momento de la liquidación. Ni un peso más.”¹¹

En este orden de ideas, se puede afirmar que la Ley 244 de 1995, al establecer en sus artículos 1º y 2º, un término perentorio para la liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales buscó que *i)* la administración expidiera la resolución en forma expedita y *ii)* que el pago se hiciera de manera oportuna para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores.

2.5. Cómputo de la sanción moratoria

Ahora bien, se advierte que sobre la manera como debe hacerse el cómputo para el pago de la sanción moratoria, la Sala Plena del Consejo de Estado indicó:

“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.”¹²
(Subraya y negrilla fuera del texto original)

Igualmente, con respecto conteo de términos de la sanción moratoria, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 02 de marzo de 2017¹³, precisó:

“La Sala reitera que la aludida sanción empieza a causarse, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de los 45 días que prevé el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 para el pago del auxilio de cesantías definitivas y su causación se prolonga hasta que se haga efectiva la obligación.”

“[...]”

“Ahora bien, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación¹⁴ en fallo de 6 de marzo de 2008, señaló que una vez efectuada la liquidación y reconocimiento de las cesantías definitivas, la obligación en cabeza de la entidad empleadora es pagarlas en su totalidad, de tal suerte que su incumplimiento, ya sea total o parcial, da lugar a la penalidad.

¹¹ Gaceta del Congreso 225 e 1995, página 1.

⁷ Sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, Exp. No. 760012331000200002513 01. (2777-2004), ACTOR: JOSÉ BOLÍVAR CAICEDO RUIZ.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 02 de marzo de 2017, C. P., Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado No. 08001-23-33-000-2012-00431-01(1721-14)

¹⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Rad. 47001-23-31-000-2002-00266-01(0875-06). C. P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Sentencia de Segunda Instancia

Igualmente, esta Subsección mediante sentencia de 4 de febrero de 2016¹⁵, ha sostenido que conforme la normatividad, se tiene que la sanción tiene lugar cuando la administración incurre en mora en el pago de las cesantías, bien sea que previamente hayan sido liquidadas mediante acto administrativo debidamente ejecutoriado, o en aquellos eventos en que la administración no se pronuncie o se lo haga tardíamente frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía, salvo los casos previstos por la ley para su retención.”

“Como se señaló ab initio de estas consideraciones, el término para el cumplimiento de la obligación prevista en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, se contabiliza a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas, vale decir, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido, salvo en los eventos en que la administración no se pronuncie frente a la solicitud del pago del auxilio de cesantía o lo haga de forma tardía, en los que el término para el cálculo de la indemnización moratoria comenzará a computarse una vez transcurridos 70 días después de la radicación de la petición (los cuales se discriminan así: 15 días para expedir el acto de reconocimiento, 10 más que corresponden al término de la ejecutoria¹⁶ y finalmente, los 45 días para la cancelación de la prestación social¹⁷). (Resaltado por Sala).

Así las cosas, la moratoria en el pago de las cesantías se rige por el procedimiento contemplado en la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, previendo que luego de presentada la solicitud, la entidad cuenta con el término máximo de 15 días para expedir la resolución de liquidación de las cesantías definitivas y/o parciales, 5 o 10 días, según el caso, que corresponden a la ejecutoria del acto administrativo, y 45 días hábiles para el pago, luego de los cuales empezará a correr la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo. En este punto, es menester precisar que de los precedentes jurisprudenciales citados, se advierte que el término de ejecutoria depende de la fecha de expedición del acto administrativo, es decir, si se dio en el marco de aplicación de la Código de lo Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), que contemplaba como término para la interposición de los recursos de 5 días (artículo 51), no obstante, tal plazo fue ampliado con la expedición de la Ley 1437 de 2011 a 10 días (artículo 76).

En conclusión, cuando la administración no se pronuncie frente a la solicitud de pago del auxilio de cesantía, o lo haga en forma tardía, dicha situación no la exime

¹⁵ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Sentencia de 4 de febrero de 2016. Rad. 680012333000201300035-01 (1203-2014). C. P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁶ “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011. 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.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.”

¹⁷ Artículo 2º de la Ley 244 de 1995, modificado por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006.

de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso, razón por la cual, en tales casos, la moratoria debe contabilizarse a partir de la fecha de la solicitud, pues en caso contrario, se estaría avalando el retardo injustificado de la administración en proferirlo, desconociendo los motivos que el legislador tuvo para la consagración de esta sanción¹⁸.

2.6 Aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al personal docente del sector oficial y sustento jurisprudencial

Con el fin de establecer si es procedente la aplicabilidad al presente caso de la Ley 1071 de 2006, por medio de la cual se subrogó la Ley 244 de 1995, el artículo 2º de dicha normativa precisó de manera expresa quienes son los beneficiarios de la aludida Ley, en los siguientes términos:

*“Artículo 2. **Ámbito de aplicación.** Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro”.*

En este punto, es menester para esta Sala señalar que este Tribunal a partir de la providencia del 11 de septiembre de 2014¹⁹, venía acogiendo la interpretación según la cual, la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 no resultaba aplicable a los docentes, por cuando el artículo 2º no hace referencia expresa a esta clase de servidores, como si lo hace respecto a otros empleados que tienen un régimen salarial y prestacional especial, esto, con base en algunos criterios expuestos en reiterados pronunciamientos emitidos por el órgano de cierre jurisdiccional, posición que además fue evaluada por el Honorable Consejo de Estado en sede de tutela, donde determinó que al no existir un razonamiento unificador por parte de la Sección Segunda al respecto, la anterior interpretación judicial resultaba razonable y jurídicamente fundamentada.

Sin embargo, en atención al pronunciamiento emitido por la H. Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-336 del 18 de mayo de 2017, con ponencia del Doctor IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO, estableció que los docentes oficiales deben ser considerados como empleados públicos, siéndoles aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantías parciales o definitivas, es decir, que teniendo en cuenta esta premisa, es claro que el ámbito de aplicación de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, cobija a éste gremio; motivo por el cual, la Sala de Decisión, en ejercicio de autonomía e independencia judicial, determina modificar su criterio con el fin de

¹⁸ Sentencias del 28 de enero de 2010, No. Interno: 2266-08, y 28 de junio de 2012 No. 1682-2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, entre otras.

¹⁹ Proceso radicado bajo el No. 730013333006201200018-02 (interno 0724-14) Demandante: Luz Mery Sánchez de Torres Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Magistrado ponente: Jaime Alberto Galeano Garzón.

Sentencia de Segunda Instancia

garantizar los valores, principios y garantías constitucionales en materia laboral. En dicho fallo, el alto Tribunal Constitucional señaló:

“Sobre el particular, la Sala considera que aceptar un argumento como el señalado es dar prevalencia a una interpretación que no se acompasa con el concepto de las cesantías y su función social, en tanto acude a la taxatividad de la norma sin profundizar en la naturaleza, funciones y características de los docentes oficiales, sobre una postura que se soporta en argumentos materiales sobre la naturaleza propia de la labor desempeñada por los docentes, que les otorga un trato equivalente al de los empleados públicos, independientemente de que no estén catalogados de manera expresa como tales.”

“[...]”

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(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 mi 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 1989.

(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

Sentencia de Segunda Instancia

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)”.

Aunado a lo anterior, se tiene que la misma Corporación mediante sentencia C-486 de 2016, efectuó el estudio de constitucionalidad y declaró inexecutable el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015²⁰ “por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2016”, al interior de la cual precisó que era necesario adoptar una posición que se ajuste a los parámetros fijados por la guardiana constitucional, toda vez que, el artículo en mención, trasgredía los principios de unidad de materia presupuestal, al modificar los plazos para el pago de las cesantías parciales o definitivas de los docentes del magisterio y reducir el monto de los intereses por mora en el cumplimiento de esta obligación, tal y como se encuentra previsto en los artículos 4º y 5º de la Ley 1071 de 2006, decisiones que a juicio de la máxima instancia constitucional, resultan regresivas y atentan contra los derechos mínimos laborales de los trabajadores. Del mismo modo, indicó que la normativa aplicable al personal docente en materia de pago de cesantías y sanción moratoria, es la contemplada en la Ley 1071 de 2006, pues tales servidores deben ser considerados, para tales efectos, como servidores públicos:

“En conclusión, de acuerdo a la legislación y la jurisprudencia, los docentes oficiales han sido considerados como servidores públicos con características especiales.

En lo que hace al pago de las cesantías y la mora en el cumplimiento de esta obligación, es aplicable la Ley 1071 de 2006 que en su artículo 4º que establece el término máximo de quince (15) días para proferir la resolución de la solicitud y el artículo 5º, según el cual la entidad pagadora cuenta con un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para el pago. El

²⁰ “**Artículo 89. Pago de Cesantías del Magisterio.** El pago que reconozca el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG– por concepto de cesantías parciales o definitivas a sus afiliados se deberá realizar dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación y pago de la prestación social solicitada.

A partir del día hábil sesenta y uno (61), se deberán reconocer a título de mora en el pago, intereses legales a una tasa equivalente a la DTF efectiva anual, causado diariamente por la suma no pagada.”

Sentencia de Segunda Instancia

interés de mora en esta normativa equivale a “...un día de salario por cada de retardo hasta que se haga efectivo el pago”.

En otros términos, cuando el artículo 19 de la ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.” (Subraya la Sala)

Finalmente, este criterio, ya fue reiterado por el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018²¹, en el que se hizo un estudio detallado respecto de la naturaleza del empleo docente en el sector oficial, concluyendo que estos educadores prestan un servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general. De igual manera, se analizó la ubicación de los docentes dentro de la estructura orgánica del Estado, su forma de vinculación, ascenso y retiro de la carrera de docente, llegando a la siguiente conclusión:

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

Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional...” (Negrilla de la Sala)

En síntesis, la directrices jurisprudenciales precitadas no hacen más que precisar que los docentes oficiales deben ser considerados como empleados públicos y, por ende, son destinatarios del régimen general en lo no estipulado en el régimen especial, por lo que sin lugar a duda los cubre la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, es decir, que les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por la tardanza en liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías.

Teniendo como premisa los argumentos expuestos, que conducen a replantear la interpretación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías en el caso de los docentes, considera esta Sala de Decisión que no existe ningún impedimento para efectuar el correspondiente estudio del *sub examine* y proceder al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a favor del señor ARMANDO LUGO JARAMILLO, por sus servicios prestados al sector docente, siempre y cuando acredite los requerimientos establecidos para ello.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación (18 de julio de 2018) Sentencia CE-SUJ-SII-(012-2018), Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 NI: 4961-2015. Actor: Jorge Luis Ospina Cardona.

Vistos los fundamentos jurisprudenciales y legales que imperan en materia de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías de los docentes, la Sala a continuación abordará el examen del fondo del asunto.

2.7. Caso concreto

De conformidad con lo señalado en Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018²² CE-SUJ-SII-012-2018, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el caso bajo estudio la administración se pronunció tardíamente a la solicitud de reconocimiento de cesantías impetrada por la accionante, tal y como se observa en el acervo probatorio, por lo que, el término para el cómputo de la sanción moratoria tiene como punto de partida, la radicación de la solicitud de reconocimiento de cesantías.

De conformidad con la relación cronológica reseñada en el acápite de hechos probados, se encuentra demostrado que el señor ARMANDO LUGO JARAMILLO, radicó el 30 de enero de 2015, petición de reconocimiento y pago de una cesantía parcial para reparación de vivienda, la cual fue decidida favorablemente a sus intereses a través de la Resolución N°. 3340 del 29 de mayo de 2015.

De esta forma, los 15 días hábiles con los que contaba la entidad para la expedición de la correspondiente resolución fenecieron el 20 de febrero de 2015 y fue sólo hasta el 29 de mayo de 2015 que la profirió.

Teniendo como premisa lo anterior, es evidente que el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles que tenía el Fondo para realizar el pago no empezaron a contabilizarse desde la fecha en que cobró firmeza la resolución que le reconoció la cesantías parciales al accionante, sino desde la fecha en que de conformidad con la norma debió expedirse el acto administrativo de reconocimiento, esto es, 20 de febrero de 2015, más 10 días hábiles que corresponde a la ejecutoria²³ – 6 de marzo de 2015, y adicionalmente 45 días señalados en la norma para realizarse el pago, lo cual nos arroja un total de 70 días que nos conduce al 14 de mayo de 2015.

La justificación a esta contabilización la expone nuestro órgano de cierre en la sentencia de Sala Plena señalada precedentemente, al indicar:

“Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías ... deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de Unificación (18 de julio de 2018) Sentencia CE-SUJ-SII- (012-2018), Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 NI: 4961-2015. Actor: Jorge Luis Ospina Cardona.

²³ “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011. 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.

Sentencia de Segunda Instancia

resolución de reconocimiento de las cesantías ... para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción...

En este punto, cabe precisar que conforme a la Ley, es irrelevante si la Secretaría de Educación territorial, la Fiduprevisora S.A. o ambas, incurren en retardo en el ejercicio de las competencias que les asiste en materia de reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, pues, como es bien sabido, la obligación de reconocer y pagar las cesantías –parciales o definitivas- y la sanción moratoria derivada del pago tardío de la prestación, es del absoluto resorte de la Nación- Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia, ha manifestado lo siguiente²⁴:

“[...]Así las cosas, en lo que tiene que ver con las prestaciones sociales del magisterio, 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,[...].” (Resaltos de la Sala)

Con el objetivo de dar una visión más clara de lo expresado, se ilustra en la siguiente tabla:

FECHA DE SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE LAS CESANTÍAS	FECHA QUE DEBIO EXPEDIRSE EL A.A (15 DÍAS HÁBILES)	NOTIFICACIÓN Y EJECUTORIA DEL A.A. (10 DÍAS HÁBILES)	FECHA LIMITE PARA EL PAGO EFECTIVO (45 DÍAS HÁBILES)	FECHA DE CANCELACIÓN DE LAS CESANTÍAS DEFINITIVAS
30 de enero de 2015	20 de febrero de 2015	6 de marzo de 2015	14 de mayo de 2015	30 de julio de 2015

De esta manera tenemos que la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías parciales por parte del Fondo de Prestaciones del Magisterio al señor ARMANDO LUGO JARAMILLO se debe realizar desde el **15 de mayo de 2015** (día siguiente a la fecha en que finalizaron los 70 días que contempla la norma), y **hasta el 29 de julio de 2015**²⁵ (día anterior a la fecha en que se realizó el pago), esto, teniendo en cuenta que la solicitud fue presentada el 30 de enero de 2015, y la Administración sobrepasó todos los términos establecidos en la Ley tanto para el reconocimiento, como para el pago, tal y como se estableció en precedencia.

²⁴ Ver entre otras, la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Rad. 73001233300020130015601. Sentencia del 15 de junio de 2017. C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²⁵ Ver a folio 31 del exp. Juz. Adtivo., el oficio del 1 de agosto de 2018, en el que se advierte que el pago de las cesantías parciales al accionante se efectuó el 30 de julio de 2015.

Prescripción

Ahora bien, en relación con la inconformidad planteada en el recurso de alzada por parte del apoderado del extremo actor, consistente en que no operó el fenómeno jurídico de la prescripción en el sub examine de forma total sino parcial es indispensable abordar estudio que en derecho corresponde.

En sentencia del 9 de mayo de 2013, la Sección Segunda - Subsección B, el Consejo de Estado, M.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicado interno N° 1219-2012 en lo que respecta a la prescripción manifestó:

"(...)

De la prescripción de las prestaciones sociales²⁶. La prescripción aparece definida como una acción o efecto de “adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones prevista por la ley” o en otra acepción como “concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo”²⁷

En el mismo sentido en pronunciamientos reiterados de la doctrina y la jurisprudencia²⁸, han señalado que la “prescripción es tener por extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado [...] Por ello en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea, la negligencia real o supuesta del titular;...”²⁹

En el presente asunto, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto Nacional 1848 de 1969, prevé la prescripción de las prestaciones sociales, en los siguientes términos:

“Artículo 41°.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.

La ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto de otros derechos laborales, no incluidos en el Decreto citado, no implica la imprescriptibilidad de los mismos, de ahí que por analogía se aplica el artículo 151 del C.P.T.³⁰, a menos

²⁶Marco normativo y jurisprudencia expuesto en la sentencia de 18 de febrero de 2010 expedida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-09269-02(0741-08). Actor: ALBA ROCIO ORTIZ ALFARO. Demandado: ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

²⁷ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, Madrid 1992.

²⁸ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de enero de 1994, proceso No. 8847, Consejero Ponente Dra. CLARA FORERO DE CASTRO; 27 de noviembre de 1997, radicación No. 16971, Consejero Ponente Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, 20 de enero de 2000, Expediente No. 22866 (2119 – 99, ACTOR: JORGE ENRIQUE CARDENAS GÓMEZ, Magistrado Ponente Dr. CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA, entre otros.

²⁹ Coviello, Nicolás, Doctrina General del Derecho Civil. UTEHA 1949, citado por el doctor Betancur Jaramillo Carlos, Derecho Procesal Administrativo, pág. 135, Señal Editora. 1996.

³⁰ “Artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. 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

Sentencia de Segunda Instancia

que existan cánones que regulen este tópico en puntos específicos. (Subrayas fuera de texto)

(...)”

Con respecto a lo anterior, es preciso señalar que los docentes no cuentan con norma especial que regule la materia en relación a la prescripción en el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, por dicha razón y por estar frente a una controversia entre derechos laborales se debe aplicar el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 como se precisó en reglones precedente, que indica lo siguiente:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

Bajo este hilo conductor, a partir del día siguiente a aquel en que venció el término que tenía la entidad para responder la solicitud y efectuar el pago, es decir, el **15 de mayo de 2015**, tal y como lo prescribe el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, con respecto al fenómeno jurídico de la prescripción, la parte accionante contaba con 3 años para poder iniciar la respectiva reclamación de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, advirtiendo la Sala que este plazo feneció el **15 de mayo de 2018** y como quiera que la petición de reconocimiento de la sanción moratoria fue radicada el **28 de mayo de 2018**³¹, para tal fecha el término antes señalado ya había vencido, motivo por el cual el derecho para ese momento se encontraba prescrito, y conforme a lo expuesto, fuerza es para la Sala confirmar la decisión de fondo adoptada por la operadora jurídico primaria con respecto al señor ARMANDO LUGO JARAMILLO.

Con todo, al carecer de vocación de prosperidad los cargos formulados en el recurso de apelación por la parte demandante, esta Corporación confirmará la sentencia recurrida por medio de la cual se declaró probada de oficio la excepción de prescripción por la Juez de primera instancia, de acuerdo a las consideraciones que anteriormente se señalaron.

4. Condena en costas

En primer lugar, vale precisar que las costas procesales constituyen una carga económica que comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de

escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”.

³¹ Ver solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria obrante folios 9 - 11 del proceso, dentro de la cual se advierte el sello de radicación de fecha 10 de julio de 2017.

Sentencia de Segunda Instancia

apoderamiento. Aunque las agencias en derecho representan una contraprestación por los gastos en que la parte incurrió para ejercer la defensa judicial de sus intereses, es al juez a quien corresponde fijarlos de acuerdo a las tablas que para el efecto expide el Consejo Superior de la Judicatura.

El artículo 188 del C.P.A.C.A. señala:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

La lectura del texto normativo permite establecer que el legislador eliminó la condición subjetiva de malicia o temeridad que debía observar el juez administrativo en la parte vencida para imponer la condena en costas con el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), ubicándose ahora en el plano puramente objetivo, en donde se deberá condenar en costas al vencido en el proceso, independientemente de las causas del vencimiento, es decir, sin entrar a examinar la conducta de las partes que promovió o se opuso a la demanda, incidente etc.; criterio adoptado por la Sección Segunda, Subsección A, del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 7 de abril de 2016, M.P. William Hernández Gómez, entre otras, el cual, a su vez tiene fundamento en la sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo del artículo 365 del C.G.P.

A *contrario sensu*, no se acoge la interpretación establecida por las otras Secciones del Consejo de Estado, toda vez que estas hacen referencia a una valoración o ponderación subjetiva de la parte que resulte vencida en el proceso, verbigracia, temeridad, mala fe, y calidad de las partes (trabajador entendido como el extremo débil del litigio), aspectos que no condicionan la imposición de condena en costas reglada el artículo 365 del Código general del Proceso y 188 del C.P.A.C.A; si no que correspondían a conductas propias que debían ser apreciadas en vigencia del derogado decreto 01 de 1984 como presupuestos para emitir la condena en costas.

En el sub lite, como quiera que se ha resuelto desfavorablemente la alzada interpuesta por la parte demandante (Art. 365-1 C.G.P.), y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público (Art. 188 C.P.A.C.A), es menester de la Sala hacer la correspondiente condena en costas de segunda instancia a favor del extremo demandando, siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, para lo cual se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

5. Síntesis

Así las cosas, y atendiendo los lineamientos trazados por la máxima instancia Constitucional en los pronunciamientos precitados, acogidos posteriormente por el Honorable Consejo de Estado, esta Corporación confirmará la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2020, por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito

Sentencia de Segunda Instancia

de Ibagué, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se declaró probada de oficio la excepción de prescripción, en concordancia con los planteamientos insertos en parte considerativa de este fallo.

En consecuencia, se proferirá la siguiente...

DECISIÓN

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

Primero: **CONFÍRMASE** la sentencia apelada proferida el 27 de noviembre de 2020 por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en consonancia con las consideraciones expuestas en parte motiva de la presente sentencia.

Segundo: **CONDÉNASE** en costas de la segunda instancia al señor ARMANDO LUGO JARAMILLO, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., siempre que en el expediente se demuestre que se causaron y en la medida de su comprobación, se fija el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, por concepto de agencias en derecho, y se ordena que por Secretaría del juzgado de origen se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

Tercero: Una vez en firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

Ésta providencia fue estudiada y aprobada en Sala del día nueve (09) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado

CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Carlos Arturo Arturo Mendieta Rodriguez Rodriguez
Magistrado
Oral 4
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **73e1830894b7e1ae5a39240acb7ff2b82261e0ce48c01fd07d13ee4c10a22a41**

Documento generado en 13/12/2021 02:20:35 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>