**SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / Aplicable a docentes en su calidad de servidores públicos.**

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 ha permitido identificar dos regímenes de cesantías docentes, el retroactivo y el anualizado. Sin embargo, la norma en cita no contempló disposición alguna sobre la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, razón por la cual, y ante la existencia de disparidad de criterios sobre si es dable o no aplicar dicha penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado emitió pronunciamiento de unificación en sentencia del 18 de julio de 2018 , en la que concluyó que la sanción moratoria contenida en la ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006 sí es aplicable a los docentes en su calidad de servidores públicos.

**SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS PARA DOCENTES / Trámite aplicable / Prevalencia de las disposiciones superiores.**

El Decreto 2831 de 2005 reglamentó el trámite para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el cual difiere del establecido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006. El trámite establecido en el referido decreto resulta más prolongado que el mencionado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, situación que llevó al Consejo de Estado, acudiendo al concepto de orden de preferencia en la aplicación de normas nacionales explicado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a indicar que: (…) el trámite establecido para el reconocimiento de las cesantías docentes es el señalado en la Ley 244 de 1996 y la Ley 1071 de 2006.

**SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / Cómputo del término para establecer la mora.**

En lo que refiere al trámite y conteo de términos para establecer la mora de la entidad, el Consejo de Estado, se pronunció de la siguiente manera: *“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. 1071/2006 ), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011 ) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51 ], 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 2006.”* Frente al interrogante sobre la fecha a partir de la cual contar el término de ejecutoria, unificó el Consejo de Estado de la siguiente manera: *“Sentar jurisprudencia precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.”*

**SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / Mora deja de causarse con el pago efectivo / Desde el momento en que entidad pone dineros a disposición del beneficiario.**

Los pronunciamientos citados permiten colegir que el pago efectivo que da lugar a la cesación de la mora se configura cuando el FOMAG pone los dineros correspondientes a disposición del beneficiario en la institución bancaria respectiva, pues este último tiene la carga de verificar su desembolso, incluso, haciendo uso de los mecanismos que ofrece la entidad para ese fin. Por ende, el FOMAG no tiene la obligación de comunicar o notificar el pago, ya que el retiro o cobro de los recursos no tiene consecuencias de cara a la sanción moratoria y tampoco revive su causación. Además, la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente no es en sí misma un acto administrativo que por tanto deba ser notificado al interesado para que surta sus efectos, simplemente es un trámite que realiza la entidad, dando cumplimiento al acto administrativo de reconocimiento de las cesantías.

**SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / Cuando acto de reconocimiento se realiza extemporáneamente la sanción moratoria corre 70 días hábiles de radicada la solicitud de reconocimiento.**

Teniendo en cuenta que la reclamación para el reconocimiento de las cesantías parciales se realizó el 13 de abril de 2015, el acto administrativo de reconocimiento debió expedirse a más tardar en el término de 15 días hábiles posteriores, esto es, el 5 de mayo de 2015. Lo anterior quiere decir que como el acto de reconocimiento se realizó de manera extemporánea – 5 de septiembre de 2015 – debe aplicarse la tesis ya analizada del Consejo de Estado, según la cual, cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago. Entonces, los 70 días hábiles posteriores para el pago vencieron para la entidad el 28 de julio de 2015. Sin embargo, el pago se realizó el 1 de diciembre de 2015, lo que indica que la entidad estuvo en mora de pagar desde el 29 de julio de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2015.

**SANCIÓN MORATORIA POR PAGO TARDÍO DE CESANTÍAS / Prescripción / Debe contabilizarse de manera diaria y no como un todo.**

Como se indicó anteriormente, en el caso bajo estudio, la sanción moratoria se causó periódicamente desde el 29 de julio hasta el 30 de noviembre de 2015. Por su parte, la petición de pago de la sanción fue presentada el 31 de julio de 2018, lo que indica conforme a la jurisprudencia acogida los días en mora causados con anterioridad al 1 de agosto de 2015 están prescritos. En otras palabras, los días 29, 30 y31 de julio de 2015 se encuentran prescritos. A manera de ejemplo, la mora causada el 29 de julio de 2015 podía reclamarse hasta el 28 de julio de 2018, la causada el 30 de julio de 2015 hasta el 29 de julio de 2018, ello para aclarar el concepto periódico diario de causación de la sanción moratoria. Conforme a lo anterior, la decisión proferida en primera instancia debe ser revocada para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, decretando la prescripción de los días 29 a 31 de julio de 2015.

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.

Tunja, 7 de diciembre de 2021

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Medio de control | **:** | **Nulidad y restablecimiento del derecho** |
| Demandante | **:** | **Bernardo Beltrán Rivera** |
| Demandado | **:** | **Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**  |
| Expediente | **:** | **15001-33-33-005-2019-00089-01** |

|  |  |
| --- | --- |
|

|  |
| --- |
| **Tema:** Sanción moratoria por consignación tardía de cesantías. Revoca sentencia de primera instancia que decretó prescripción total del derecho. En su lugar se accede a pretensiones y se decreta prescripción parcial, en el entendido de que en materia de sanción moratoria dicho fenómeno se analiza periódicamente (diaria).  |

 |

Magistrado ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, que **negó** las pretensiones de la demanda.

1. **ANTECEDENTES**

Se concurre a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se concedan las siguientes:

1. **Pretensiones**

Solicita la parte demandante se concedan las siguientes pretensiones:

Declarar la nulidad del **acto ficto** configurado el día 1 de noviembre de 2018, frente a la petición presentada el día 31 de julio de 2018, en cuanto al señor Bernardo Beltrán Rivera el derecho a pagar la **sanción por mora**, establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un ( l) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma. En consecuencia, declarar que el Demandante tiene derecho al referido reconocimiento.

Condenar a entidad demandada a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 al demandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a dar cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Condenar a la entidad demandada 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, tomando como base la variación del IPC 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 demandada 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. Asimismo, que se condene en costas a la entidad.

**2. Fundamentos fácticos**

Narra la demanda que el docente demandante mediante solicitud fechada del 31 de julio de 2018 solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de su cesantía reconocida mediante resolución 005612 del 5 de septiembre de 2015, canceladas el 5 de abril de 2016, petición respecto de la cual operó silencio administrativo negativo.

**3. Fundamentos de derecho**

**- Normas invocadas:**

 **Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15.**

**Ley 244 de 1995. Artículos 1 y 2.**

**Ley 1071 de 2006. Artículos 4 y 5.**

**- Concepto de la violación:**

Luego de hacer un recuento normativo sobre el reconocimiento de auxilio de cesantía, señaló que el término perentorio para resolver las solicitudes de cesantías definitivas de los empleados públicos es de 15 días y el pago deberá realizarse 45 días después de la ejecutoria del acto de reconocimiento, conforme a la Ley 244 de 1995, 1071 de 2006 y Decreto 2371 de 2005 so pena de tener que reconocer y pagar la sanción moratoria por pago tardío en razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago de la prestación, sanción a la que no son ajenos los docentes, tal y como lo ha reiterado jurisprudencia del Consejo de Estado que relacionó en su argumentación.

**II. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el 8 de mayo de 2019 ante el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, quien mediante proveído del 20 de junio de 2019[[1]](#footnote-1) ordenó notificar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P. Solicitó además a la parte demandada allegar el expediente administrativo objeto del proceso, conforme al parágrafo primero del artículo 175 del C.P.A.C.A.

1. **Contestación de la demanda[[2]](#footnote-2)**

Señaló que conforme al Decreto 2831 de 2005 la solicitud de cesantías elevadas por los docentes es resuelta por la respectiva secretaría de Educación por lo que esta debió integrar la parte demandada en calidad de litisconsorte necesario. Lo anterior, dado que dicha entidad superó con creces el término que tenía para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías.

Debe tenerse en cuenta que la Ley 1955 de 2019 por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2012, estableció en el parágrafo del artículo 57 que la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación Territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Este último solo será responsable del pago de las cesantías. Dicha norma debe ser aplicada con efectos retrospectivos.

Señaló que dada la naturaleza jurídica del "FOMAG", y sus objetivos o finalidades para los que fue creado, es evidente que la obligación del Fondo es atender las prestaciones sociales del personal afiliado, pero teniendo en cuenta que el fondo simplemente "provee" los recursos y la fiduciaria administra, pero quien determina las condiciones puntuales de cada afiliado y las circunstancias bajo las cuales se les debe pagar determinada prestación, el tiempo y demás son ordenadas por el respectivo ente territorial que ejerce la contratación del afiliado.

Solicitó declarar la prosperidad de la excepción de prescripción y además declarar que el Demandante no tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por pertenecer al régimen retroactivo de cesantías. Indicó además que no es procedente ordenar la indexación

Finalmente solicitó no condenar en costas a la entidad y declarar que ante una eventual condena la misma deberá ser pagada con cargo a los títulos de tesorería que emita el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

1. **Audiencia inicial**

Mediante auto de 23 de enero de 2020 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del C.P.A.C.A[[3]](#footnote-3), fecha en la cual se culminó con las etapas de dicha audiencia, se fijó fecha para realización de la audiencia de pruebas conforme al artículo 181 del CPACA[[4]](#footnote-4)

1. **Audiencia de pruebas**

La audiencia de pruebas se realizó el 27 de agosto de 2020 conforme a lo dispuesto por el artículo 181 del CPACA, culminada la cual, se corrió traslado para presentar alegatos de conclusión.[[5]](#footnote-5)

1. **Alegatos de conclusión**
	1. **Alegatos de conclusión presentados por la parte demandante[[6]](#footnote-6)**

Reiteró los argumentos de prosperidad de las pretensiones invocados en la demanda, e indicó que conforme a la sentencia del C.E, Sección Segunda, Subsección “A”, de fecha 26 de agosto de 2019, dentro del proceso radicado 68001- 23-33-000-2016-00406-01, no hay lugar a la indexación con respecto a los días en los cuales se causa la sanción moratoria, sin embargo, la misma sentencia dejo abierta la posibilidad de realizar el respectivo ajuste al valor de la condena, razón por la cual, la sentencia argumento de la presente concluyó que cuando termina la causación de la mora se consolida una suma total, y ese valor si es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia

* 1. **Alegatos de conclusión presentados por la entidad demandada[[7]](#footnote-7)**

Reiteró los argumentos de defensa esbozados en la contestación de la demanda y ahondó en la improcedencia de la indexación de la condena, en caso de ser prósperas las pretensiones.

* 1. **Alegatos de conclusión presentados por el Ministerio Público.**

Luego de relacionar la jurisprudencia aplicable al caso, conceptuó:

“Descendiendo al caso sub examine, se encuentra probado que al docente BERNARDO BELTRAN PINEDA, en su condición de docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, radicó solicitud de reconocimiento de una cesantía parcial el día 13 de abril de 2015, según da cuenta la Resolución No. 005612 del 05 de septiembre de 2015. Por tanto, y teniendo en cuenta los plazos señalados por la Ley 1071 de 2006, los quince (15) con los que contaba la administración para resolver la petición así presentada, fenecían el 5 de mayo de 2015 20, lo que permite advertir a esta Agencia del Ministerio Público que la petición fue resuelta de forma extemporánea por la administración y por ende, le resulta aplicable la primera subregla fijada por el Consejo de Estado, en su sentencia de unificación, esto es, los 70 días hábiles, que contemplan los plazos señalados por la Ley 1071 de 2006 y los términos de ejecutoria del acto, esto es: i) 15 días para expedir el acto; ii) 10 días de ejecutoria y iii) 45 días para efectuar el pago.

Así entonces y tomando como referencia la fecha de radicación de la petición por parte del demandante, esto es el 13 de abril de 2015 encuentra esta Agencia del Ministerio Público que los 70 días con los que contaba la administración para adelantar el trámite fenecieron el día 28 de julio de 2015, por tanto la sanción moratoria, consistente en un día de salario básico por cada día de mora, deberá empezar a contabilizarse en contra de la entidad accionada a partir del 28 de julio de 2015 (día siguiente al vencimiento del plazo) y hasta el día 04 de abril de 2016 (día anterior a que el dinero fue puesto a disposición del demandante según la certificación expedida por el banco BBVA de Colombia.

Por su parte conforme a la certificación que fuera expedida por la FIDUPREVISORA S.A.se establece que el mismo fue puesto a disposición de la parte del docente BELTRAN RIVERA BERNARDO el 01 de diciembre de 2015 y al no ser cobrado, se reprogramó nuevamente para el 18 de marzo de 2016. En consecuencia, a criterio de esta Agencia del Ministerio Público el hecho de no retirar el pago en tiempo ya se traduce en una carga del resorte del demandante que no es atribuible a la entidad demandad y por tanto no puede pregonarse su incumplimiento sino hasta la fecha en que por primera vez coloca a disposición del demandante los dineros, sin que este acreditase que no fuera su cumpla el asumir dicha carga.

Por tanto, considera esta Delegada que en el presente proceso, la mora generada por el no pago oportuno de las cesantías parciales se presentó entre el 28 de julio de 2015 al 01 de diciembre de la misma anualidad, cuando el dinero fuera puesto por primera vez a disposición del demandante y este tiene derecho a que le sea reconocido por concepto de sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías parciales el equivalente a 126 días de salario.”

No obstante, lo anterior, al descender al estudio de la prescripción, señaló que el Consejo de Estado en sentencia de 6 de agosto de 2020, dentro del proceso con radicación interna 0833-2016 precisó que la causación de la sanción por mora, ocurre desde el día siguiente al del vencimiento de la oportunidad que tiene la administración para proceder a su pago. Luego de relacionar los fundamentos de dicha sentencia, indicó:

“(…) dado que en el presente caso el derecho a reconocimiento y pago de la sanción moratoria se causó a partir del 28 de julio de 2015, fecha en la que le feneció el plazo concedido a la administración para reconocer y cancelar las cesantías parciales al demandante, los tres años de que trata el ordenamiento para la prescripción de derechos se extenderían hasta el 28 de julio de 2018 y dado que la petición con la que se pretendió interrumpir el fenómeno extintivo fuera radicada el 31 de julio de 2018, considera esta agencia del Ministerio Público que el fenómeno extintivo operó respecto de la pretensión deprecada.

En consecuencia, dentro del presente proceso, esta agencia del Ministerio Público, solicita respetuosamente al señor Juez despachar desfavorablemente las pretensiones al haber operado el fenómeno extintivo de la prescripción.”

**III. FALLO RECURRIDO**

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, mediante fallo proferido el 13 de octubre de 2020[[8]](#footnote-8), **negó** las pretensiones de la demanda, por encontrar próspera la excepción de prescripción.

Trajo a colación la Sentencia de Unificación CE-SUJSII-012-2018 de 18 de julio de 2018, en la que el Consejo de Estado señaló que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 199513 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 en sentencia SU-336 del 18 de mayo de 2017.

Luego de analizar cada uno de los aspectos analizados en la sentencia de unificación referida, descendió al caso concreto **dando prosperidad a la excepción de prescripción**, toda vez que la administración tenía hasta 28 de julio de 2015 para proceder al pago de las cesantías parciales del demandante Bernardo Beltrán Rivera, ya que en esta fecha se vencían los 45 días hábiles siguientes al vencimiento del término que tenía la administración para resolver la solicitud junto con el término de ejecutoria de la posible decisión administrativa. Conforme a esto, para poder interrumpir el término prescriptivo y evitar la extinción del derecho **el demandante contaba hasta el 29 de julio de 2018, para presentar la reclamación administrativa.**

En consecuencia, revisadas las pruebas del proceso, se tiene que el señor Bernardo Beltrán Rivera el 31 de julio de 2018, presentó la reclamación administrativa tendiente al pago de la sanción moratoria. Por consiguiente, la misma tuvo la virtud de interrumpir el término prescriptivo, pues los tres (03) primeros años de prescripción vencieron el 29 de julio de 2018, por ende, no existen sumas parciales no afectadas por la prescripción, y en consecuencia la sanción moratoria que se reclama en el presente asunto se encuentra extinguida.

Así las cosas, al configurarse la prescripción extintiva de la sanción moratoria la cual ocurrió antes de la reclamación administrativa, el Despacho encontró que el acto administrativo demandado es válido en cuanto negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues el mismo ya se encontraba prescrito.

**IV. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación[[9]](#footnote-9) en contra de la sentencia de primera instancia, indicando:

1.- Que la ley 1071 del 31 de julio de 2006, establece que la mora en el pago de las cesantías se debe demostrar, situación que fue probada con las pruebas allegadas con la demanda, como es la constancia de pago expedida por el BANCO BBVA, por lo que solo se generaría y puede demostrar la mora hasta el momento en que la entidad realice efectivamente el pago, para probarle al juez de una manera contundente que existió negligencia de la entidad para el pago de las cesantías y cuantos días de mora existió.

2.- Que este proceso es de carácter declarativo que busca determinar la existencia de la tardanza en el pago de las cesantías, pero la declaración sobre su valor y el tiempo que debe cancelarse, solo existe hasta que el juez administrativo determina claramente el contenido que le asiste a mi mandante. Luego al ser la sentencia constitutiva del derecho, no puede declararse la prescripción tal y como lo hizo el a quo.

3.- La prescripción trienal deriva del Decreto Ley 3135 de 1968 y del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, normas que no consagraron las cesantías ni la sanción moratoria, luego no puede aplicárseles las disposiciones atinentes a la prescripción. En consecuencia, la norma aplicable en lo que toca a la prescripción es el Código Civil que establece que dicho fenómeno opera en diez años conforme al artículo 2536. Aunado a lo anterior, la misma no fue alegada en la contestación de la demanda.

4.- Se debe tener en cuenta la fecha de la realización de la solicitud de reconocimiento de las cesantías para contabilizar a partir de allí, los 70 días hábiles con que cuenta una entidad encargada de este reconocimiento, para determinar a partir de allí la condena de la sanción establecida en la ley 1071 de 2006, independientemente de la fecha de la expedición del acto administrativo que establezca su reconocimiento y así lo ha sostenido reiteradamente el Consejo de Estado.

5.- Trajo a colación sentencia proferida por esta Corporación en Sala de decisión No. 3, el día 27 de febrero de 2020, dentro del Expediente radicado: 15001-33-33-008-2018- 00182-1, Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ, en la que se indicó que conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado habrá de estudiarse la existencia del retardo en el pago de las cesantías definitivas y luego determinar qué porciones diarias de sanción no prescribieron, dentro del término de los 3 años anteriores a la formulación de la correspondiente petición. En consecuencia, se indicó en dicha providencia que la prescripción de la sanción moratoria puede ser parcial, dado que la mora que se genera es diaria, y la prescripción también.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la misma.

**V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Juzgado Quinto Administrativo de Oralidad de Tunja concedió en el efecto suspensivo para ante esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante[[10]](#footnote-10)

A través de proveído de 27 de octubre de 2021 este Tribunal se abstuvo de fijar fecha para la realización de audiencia de alegaciones y juzgamiento, por cuanto la consideró innecesaria, ya que las partes no solicitaron pruebas y se ordenó en su lugar la presentación de los alegatos por escrito, tal y como lo autoriza el numeral 4º del artículo 247 del CPACA [[11]](#footnote-11), término dentro del cual la parte demandante reiteró los argumentos de su recurso de apelación.

La entidad demandada coadyuvó la tesis de la prescripción del derecho e indicó que sobre una eventual condena no procede indexación.

 El Ministerio Público guardó

**VI. CONSIDERACIONES**

**1.Competencia**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

**2. Del tema de la apelación**

Conforme a los argumentos de la sentencia de primera instancia y del recurso de apelación, el debate en esta instancia se contrae a determinar si le asistió razón al a quo en declarar la excepción de prescripción en el presente proceso, o si, por el contrario, debe revocarse dicha decisión y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

**3. Tesis de la Sala**

**Revocará** la Sala la sentencia de primera instancia al encontrar que **la prescripción** en materia de sanción moratoria por pago tardío de cesantías **debe contabilizarse de manera periódica (diaria) y no como un todo**. En otras palabras, la mora generada en el día un1 no prescribe el mismo día que la mora generada el día 2 o el día 5, pues a cada una debe establecérsele su propio término de prescripción trienal.

En tal sentido, dado que ha anunciado la Sala que revocará la decisión de primera instancia, se procederá a analizar el fondo del asunto y posteriormente se verificará la prescripción individualizada de la mora.

**4.De la postura actual de la Sala frente al reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías a los docentes**

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989 ha permitido identificar dos regímenes de cesantías docentes, el retroactivo y el anualizado[[12]](#footnote-12).

Sin embargo, la norma en cita no contempló disposición alguna sobre la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, razón por la cual, y ante la existencia de disparidad de criterios sobre si es dable o no aplicar dicha penalidad al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el Consejo de Estado emitió pronunciamiento de unificación en sentencia del 18 de julio de 2018[[13]](#footnote-13), en la que concluyó que la sanción moratoria contenida en la ley 244 de 1995 y en la Ley 1071 de 2006 sí es aplicable a los docentes en su calidad de servidores públicos.

En consecuencia, al tratarse de pronunciamiento de unificación, el mismo constituye precedente vertical de obligatorio acatamiento para esta Corporación y lo allí dispuesto se aplicará de manera íntegra a este caso. Lo anterior en concordancia con el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 que estableció el deber de los jueces de la aplicación uniforme de las sentencias de unificación.

**5.La sanción moratoria por el pago tardío de cesantías a servidores públicos**

La Ley 244 de 1995[[14]](#footnote-14) contempló los términos para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los **servidores públicos**, así:

“**Artículo 1º**.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

**Artículo 2º**.-La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

**Parágrafo.** **En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo”**

La anterior disposición, fue modificada por la Ley 1071 de 2006[[15]](#footnote-15), que señaló:

**“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 de Ahorro**.”

Es decir, la citada norma reglamentó el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales de los trabajadores y servidores del Estado, definiendo como destinatarios de la Ley a los trabajadores ya enlistados, sin que dentro de su texto estén comprendidos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Dado lo anterior, no es extraño encontrar posiciones disímiles del Consejo de Estado en las que se ha afirmado que no existe razón para excluir de su aplicación a los citados docentes[[16]](#footnote-16), en tanto, en otras oportunidades se ha indicado, que no es posible incluir a los docentes en dicha normatividad para reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías porque son sujetos con régimen especial previsto en la Ley 91 de 1989 y en el Decreto 2831 de 2005. y el legislador no contempló la imposición de tal sanción[[17]](#footnote-17).

No obstante, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU 336/17[[18]](#footnote-18), indicó que los docentes al servicio oficial de la educción deben ser considerados empleados públicos[[19]](#footnote-19), y dicha conclusión implica que deba reconocérseles la sanción discutida de acuerdo a lo señalado por la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, a lo que debe sumarse el hecho de que tal reconocimiento resulta ser al decir de la jurisprudencia constitucional *“la condición más beneficiosa y materializa los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política”*.

De otra parte, el Consejo de Estado, a partir de tales criterios esbozados por la Corte Constitucional, unificó su jurisprudencia en este sentido,[[20]](#footnote-20) indicando que la Asamblea Nacional Constituyente – previa expedición del artículo 123 de la Constitución Política de 1991 – definió como parámetros para determinar la condición de servidor público, el **servicio exclusivo a la comunidad y el hecho de que para el ejercicio de sus funciones tienen un límite que señala la Constitución, las leyes y el reglamento, categoría dentro de la cual se encuentran los docentes al servicio de la educación oficial**.

Concluyó la misma corporación que dichas premisas permiten reafirmar la condición de servidores públicos de los docentes por “*i) El servicio público esencial de la educación a la comunidad; ii) El encuadramiento de los docentes oficiales dentro de la estructura orgánica del Estado; y iii) La forma de vinculación, ascenso y retiro en la carrera docente”.*

En consecuencia, el carácter de empleados públicos que le asiste a los docentes oficiales, permitió al Consejo de Estado unificar jurisprudencia en torno al reconocimiento de la sanción moratoria a docentes oficiales, de la siguiente manera:

“Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995[[21]](#footnote-21) y 1071 de 2006[[22]](#footnote-22), 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”.

Ahora bien, la Sala analizará el procedimiento para el reconocimiento de las cesantías y los presupuestos para el reconocimiento de la mora aquí discutida y resolverá el caso concreto.

**6. Trámite establecido en el Decreto 2831 de 2005 y su inaplicación para el caso de reconocimiento de cesantías docentes**

El Decreto 2831 de 2005 reglamentó el trámite[[23]](#footnote-23) para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el cual difiere del establecido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

El trámite establecido en el referido decreto resulta más prolongado que el mencionado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, situación que llevó al Consejo de Estado,[[24]](#footnote-24) acudiendo al concepto de orden de preferencia en la aplicación de normas nacionales explicado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a indicar que:

“De acuerdo con lo señalado por el tribunal constitucional, se establece que la norma superior al prever que las leyes expedidas por el Congreso en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 150 ibidem, ocupan una posición prevalente en el ordenamiento jurídico, se aplican de manera preferente frente a las disposiciones de inferior rango jerárquico.

Por consiguiente, se tiene que dado que la Ley 1071 de 2006[[25]](#footnote-25) fue expedida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes[[26]](#footnote-26), y de otro lado, el Decreto 2831 de 2005 por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa[[27]](#footnote-27), dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria”.

(…)

Así las cosas, la Sala de Sección considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005[[28]](#footnote-28) en el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, y de la Ley 1071 de 2006[[29]](#footnote-29) para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería la jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento. En consecuencia, estima la Sala que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía, que como hemos visto, resultan aplicables al sector docente oficial. Por ende, y a pesar de no ser objeto de este proceso, en desarrollo de la llamada «excepción de ilegalidad», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, la Sala inaplicará para los efectos de la unificación jurisprudencial contenida en esta providencia, la mencionada norma reglamentaria, e instará al Gobierno Nacional a que en futuras reglamentaciones tenga en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

 (…).

De manera que el trámite establecido para el reconocimiento de las cesantías docentes es el señalado en la Ley 244 de 1996 y la Ley 1071 de 2006.

**7. Del cómputo de términos para establecer la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías**

En lo que refiere al trámite y conteo de términos para establecer la mora de la entidad, el Consejo de Estado, se pronunció de la siguiente manera:

“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. 1071/2006[[30]](#footnote-30)), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011[[31]](#footnote-31)) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51[[32]](#footnote-32)], 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 2006[[33]](#footnote-33).”[[34]](#footnote-34)

Frente al interrogante sobre la fecha a partir de la cual contar el término de ejecutoria, unificó el Consejo de Estado[[35]](#footnote-35) de la siguiente manera:

**“Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

En atención a ello, la sanción moratoria deja de causarse en el momento en el que cesa la inactividad de la Administración, lo cual ocurre cuando se produce el **“pago efectivo**” del auxilio de cesantías. Sin embargo, esta Corporación no ha mantenido una posición uniforme acerca de cuál es la actuación que configura el pago efectivo de la prestación, particularmente en el caso de los docentes oficiales.

**La tesis mayoritaria refiere que el pago efectivo se configura en la fecha en la que el FOMAG pone a disposición del trabajador los dineros en la institución bancaria (giro o consignación).** También ha hecho alusión a que, por ende, el límite final de la sanción no es la fecha de cobro de la prestación (retiro bancario), aunque sin estudiar de forma directa o amplia el asunto[[36]](#footnote-36).

Por su parte, de forma minoritaria[[37]](#footnote-37) se ha afirmado que el pago efectivo se produce cuando el trabajador cobra o retira las cesantías de la institución bancaria donde son consignadas a su favor.

A dicha conclusión arribaron entre otras, las sentencias de 30 de enero y 10 de septiembre de 2020, proferidas por la Sala de Decisión No. 5 de este Tribunal, dentro de los expedientes con radicación número 15238-3333-001-**2017-00249-01 y** 15001-33-33-002-**2018-00035-**01, con ponencia de la Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz:

“En efecto, allega certificación a que hizo referencia y en la cual expresa:

“…nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de Cesantía DEFINITIVA reconocida por la Secretaria de Educación de DUITAMA, al (sic.) docente CELY CASTELBLANCO OLGA identificado (sic.) con CC No. 40010140, Mediante Resolución No. 147 de fecha 26 de Mayo de 2014, quedando a disposición a partir del 14 de Julio de 2014 el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 24 de Septiembre de 2014 por el valor de $106,657,196, a través del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA por ventanilla…”

Si bien la entidad dio respuesta al oficio de pruebas, no se aportó constancia alguna que acredite notificación a la interesada en relación con el pago puesto a su disposición, sino que se limitó a certificar las actuaciones de la entidad, de las cuales no aparece demostrado que la demandante se hubiera enterado, como se precisó mediante cualquiera de las formas de notificación, a efecto de preservar el principio de publicidad.

**Si bien se notificó la resolución por medio de la cual se reconocieron las cesantías a la demandante, el trámite de pago no culminaba allí pues la entidad tenía a su cargo hacerlo efectivo y ello dependía de gestiones a su cargo, no de la interesada, razón por la cual no puede acharle desidia o desinterés pues, para ello, el legislador ha previsto los mecanismos mediante los cuales la administración pone en conocimiento del interesado las decisiones que lo afectan.**

**Como el pago puesto a disposición no ingresó al patrimonio de la ahora demandante, fuerza concluir que la sanción moratoria continuó generándose**.” Resaltado fuera de texto

Conforme puede leerse, según esta tesis, el FOMAG tiene la carga de probar que el giro o consignación de las cesantías fue notificado o comunicado al beneficiario y, de no hacerlo, debe tomarse como fecha de pago efectivo la del cobro o retiro de los dineros, pues sostiene que es insuficiente acreditar que los recursos estaban a disposición del trabajador en la institución bancaria respectiva.

Sin embargo, recientemente, la Sala de Decisión No. 3 en sentencia de 29 de julio de 2021, con ponencia del Doctor José Ascensión Fernández Osorio, quien era integrante de la entonces Sala de Decisión No. 3, que precedía la Doctora Clara Elisa Cifuentes Ortiz, y que apoyó dichas providencias que prohijaron esa posición, **rectificó su postura**, en razón a que no se acompasa con el precedente vertical sobre la materia.

Precisamente, la Sección Segunda del Consejo de Estado en varias ocasiones ha manifestado que el cumplimiento del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías se consuma con la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente para su pago en ventanilla, toda vez que **en cabeza del interesado está la carga de verificar si el monto dinerario se encuentra disponible para su retiro.** Un ejemplo de lo anterior se observa en la siguiente providencia:

“(…)

En lo referente al pago de las **cesantías del 10 de agosto de 2011** en el **banco BBVA** de la ciudad de Ibagué, el Tribunal Administrativo del Tolima, afirmó que se configuró el pago efectivo de la obligación por cuanto, habiéndose notificado la Resolución 1137 de 29 de noviembre de 2010, a través de la cual el FOMAG y la Secretaría de Educación Departamental del Tolima, reconocieron el valor de **$3.803.658;** no existía un trámite adicional que mediara entre ésta y el pago alegado.

Además, sostuvo que el hecho de que la actora no se percatara de dicho desembolso, no implica que la suma no haya sido cancelada, pues materialmente se produjo la consignación en la cuenta registrada para tales efectos, entrando así a su patrimonio, sin que la omisión de dicha verificación sea imputable al **FOMAG**, ni a la Fiduprevisora S.A.

Al respecto, la Sala considera que tal como se desprende de lo expresado en la demanda, la Resolución No. 1137 de 29 de noviembre de 2010 y el Oficio No. 2014EE00016230 de marzo de 2014 expedido por la Fiduprevisora; **las cesantías reclamadas por la accionante efectivamente fueron canceladas, dado que la consignación es un hecho material que genera el cumplimiento de lo ordenado en la resolución de reconocimiento notificada el 28 de junio de 2011, sin que tuviera que existir una comunicación adicional sobre el desembolso bancario de las mismas, correspondiéndole a la actora verificar la extinción de la obligación previamente reconocida.**

Así entonces, la reprogramación del pago sugerida por la Fiduprevisora en el Oficio No. 2014EE00016230 de fecha 19 de marzo de 2014, no constituye una negativa del pago de la prementada prestación social, sino un procedimiento administrativo destinado a velar eficazmente por la salvaguarda de los recursos que maneja el **FOMAG.** (…)”[[38]](#footnote-38)

Y más recientemente, la jurisprudencia resaltó que el retiro de las cesantías no constituye el hito temporal final de la sanción moratoria:

“(…)

30. De lo expuesto, la Sala de decisión observa que de acuerdo con la fecha en que se radicó la solicitud de retiro parcial de cesantías con destino a construcción de vivienda, la sanción moratoria se causó desde a partir del 7 de febrero de 2013, esto es, al día siguiente del vencimiento de los 70 días hábiles con que contaba la administración para el reconocimiento y pago de la prestación aludida, **hasta el 30 de mayo de 2013,** día anterior en que se hizo efectivo el pago de la suma reconocida conforme a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, **toda vez que el pago por el valor total reconocido tuvo lugar el 31 de mayo de 2013, tal como se evidencia del certificado expedido en por la Fiduprevisora, pues el hecho de que el actor haya retirado la suma correspondiente hasta el 14 de abril de 2014, no conlleva a que la penalidad se causó hasta ese momento, pues la ley establece «hasta que se haga efectivo el pago», lo cual ocurrió en el 2013**.

(…)” Resaltado fuera de texto

Los pronunciamientos citados permiten colegir que el pago efectivo que da lugar a la cesación de la mora **se configura cuando el FOMAG pone los dineros correspondientes a disposición del beneficiario en la institución bancaria respectiva**, pues este último tiene la carga de verificar su desembolso, incluso, haciendo uso de los mecanismos que ofrece la entidad para ese fin[[39]](#footnote-39). Por ende, el FOMAG no tiene la obligación de comunicar o notificar el pago, ya que el retiro o cobro de los recursos no tiene consecuencias de cara a la sanción moratoria y tampoco revive su causación.

Además, la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente no es en sí misma un acto administrativo que por tanto deba ser notificado al interesado para que surta sus efectos, simplemente es un trámite que realiza la entidad, dando cumplimiento al **acto administrativo de reconocimiento de las cesantías**.

Bajo dicho criterio, se estudiará el caso concreto, para verificar si era procedente el reconocimiento y luego verificar la prescripción alegada por la parte demandada

**8.Caso concreto**

Al plenario se allegaron las siguientes pruebas documentales:

- Copia de la resolución No 05612 del 5 de septiembre de 2015, por medio de la cual se reconoce **cesantía parcial** para compra de vivienda al docente Bernardo Beltrán Rivera[[40]](#footnote-40). Indicó el acto administrativo que la petición del reconocimiento fue **realizada el 13 de abril de 2015.**

- Certificación expedida por BBVA Colombia en la que indicó que el pago se realizó el **5 de abril de 2016.**[[41]](#footnote-41)

- Copia de petición elevada por la demandante el día 31 de julio de 2018 para el reconocimiento de la sanción moratoria, la cual no fue resuelta.[[42]](#footnote-42)

-Oficio No 1010403 del 25 de marzo de 2020[[43]](#footnote-43) por medio del cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio informó que programó pago de Cesantía PARCIAL reconocida por la Secretaria de Educación de BOYACA, al docente BELTRAN RIVERA BERNARDO identificado con CC No. 6758087, mediante **Resolución No. 5612 de fecha 05 de septiembre de 2015,** quedando a disposición a partir del **1° de diciembre de 2015** el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el **18 de marzo de 2016 por valor de $114,196,444.**

**8.2. Reconocimiento de la sanción moratoria al docente Bernardo Beltrán Rivera**

Verificará la Sala los presupuestos de reconocimiento de la sanción, así:

- **Fecha en que se presentó petición:** 13 de abril de 2015.

- **Fecha de reconocimiento:** Mediante Resolución No 05612 del 5 de septiembre de 2015.

- **Fecha de pago: 1 de diciembre de 2015**, por cuanto tal y como se indicó anteriormente, el pago se entiende realizado cuando la entidad colocó los recursos a disposición de docente, sin que dicha actuación deba ser notificada.

Teniendo en cuenta que la reclamación para el reconocimiento de las cesantías parciales se realizó el 13 de abril de 2015, el acto administrativo de reconocimiento debió expedirse a más tardar en el término de 15 días hábiles posteriores, esto es, el **5 de mayo de 2015.**

Lo anterior quiere decir que como el acto de reconocimiento se realizó de manera extemporánea – **5 de septiembre de 2015** – debe aplicarse la tesis ya analizada del Consejo de Estado, según la cual, cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

Entonces, los 70 días hábiles posteriores para el pago vencieron para la entidad el 28 de julio de 2015. Sin embargo, el pago se realizó el 1 de diciembre de 2015, lo que indica que la entidad estuvo en mora de pagar desde el **29 de julio de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2015**.

**8.3. De la prescripción**

En relación con la excepción de prescripción presentada por la entidad demandada, se dirá que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación CE-SUJ004 de 2016[[44]](#footnote-44), indicó sobre el momento en que surge el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, lo siguiente:

“(...) Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

**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.**

(...)

 Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, **debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente**(...)”-Destaca la Sala

De otra parte, la misma Sección con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en la sentencia de unificación de 18 de julio de 2018 tantas veces citada, decidió en lo relacionado:

"(...)SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago (...)" -Subrayado fuera de texto-.

Finalmente, la Sección Segunda, Subsección "B" en auto del 26 de noviembre 2018, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, en el proceso 08001-23-33-000-2014-01606-01, precisó:

“(...)De lo anterior se colige que la sanción moratoria se constituye en un derecho autónomo, de cuya naturaleza claramente se evidencia que es una prestación de carácter periódico, ya que se causa por cada día de retardo en el pago de las cesantías definitivas hasta cuando se efectúe la cancelación de estas, por lo que solo se perderá el derecho a obtenerla cuando una vez sufragado el aludido auxilio, transcurran más de 3 años sin reclamarla.

Por lo tanto, carece de asidero jurídico el criterio del a quo al determinar que la sanción prescribió al no deprecarse dentro de los 3 años siguientes al vencimiento del plazo de la cancelación de las cesantías definitivas, pues, se insiste, lo determinante en el caso de la sanción moratoria es el pago efectivo de aquellas; aceptar tal posición sería como limitar dicha sanción a tres años en eventos en los que sean pagadas las cesantías mucho tiempo después.

En casos como el presente, habrá de estudiarse la existencia del retardo en el pago de las cesantías definitivas y luego determinar qué porciones diarias de sanción no prescribieron, dentro del término de los 3 años anteriores a la formulación de la correspondiente petición(...)". (Resaltado fuera del original).

Como se indicó anteriormente, en el caso bajo estudio, la sanción moratoria se causó periódicamente desde el **29 de julio hasta el 30 de noviembre de 2015.**

Por su parte, la petición de pago de la sanción fue presentada el **31 de julio de 2018**, lo que indica conforme a la jurisprudencia acogida los días en mora causados con anterioridad al **1 de agosto de 2015** están prescritos. En otras palabras, **los días 29, 30 y31 de julio de 2015** se encuentran prescritos.

A manera de ejemplo, la mora causada el 29 de julio de 2015 podía reclamarse hasta el 28 de julio de 2018, la causada el 30 de julio de 2015 hasta el 29 de julio de 2018, ello para aclarar el concepto periódico diario de causación de la sanción moratoria.

Conforme a lo anterior, la decisión proferida en primera instancia debe ser revocada para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda, decretando la prescripción de los días 29 a 31 de julio de 2015.

**8.4 De la indexación de la condena**

En sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 18 de julio de 2018, referencia No.73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, se precisó que la indexación de la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, deviene improcedente, bajo los siguientes argumentos:

“(...)189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y en ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico.

190. Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación.

191 en suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. **Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.” (**Negrita fuera de texto).

Así, el órgano de Cierre de esta jurisdicción, al considerar que la sanción moratoria constituye una penalidad ante el incumplimiento de los plazos previstos en la ley para el reconocimiento y pago de las cesantías, sentó jurisprudencia para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías; ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA, por lo que, en acatamiento del precedente de unificación, no queda duda que en el presente caso no procede la indexación del valor a cancelar por sanción moratoria.

En otras palabras, la sentencia de unificación indicó que el valor a pagar por sanción moratoria no es susceptible de indexación, es decir, el valor que se reconozca entre el día 71 y/o 66 (en que se empieza a causar la mora) y la fecha del pago, no puede indexarse porque la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación.

Ahora, tal y como se desprende del texto de la sentencia referida, lo anterior no es obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA, circunstancia que conlleva a la obligación de determinar a partir de qué momento hay lugar a su aplicación y frente a dicho interrogante, ha estimado posteriormente el Consejo de Estado, en sentencia proferida el 26 de agosto de 2019, dentro del proceso radicado bajo el No. 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18), C.P. Dr. William Hernández Gómez, lo siguiente:

“(...) De lo anterior se colige que **la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día ésta no podrá indexarse. b) 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 –y c) una vez queda ejecutoriada la condena no** procede indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

**En virtud de lo anterior, se modificará la orden que al respecto dio el a quo frente a la indexación, en el sentido de que el valor total generado por sanción moratoria se ajustará en su valor tomando como base el índice de precios al consumidor conforme lo dispone el art. 187 del CPACA a partir del día siguiente que cesó la causación de la sanción moratoria, esto es, desde 10 de julio de 2015, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y en adelante correrán los intereses consagrados en los arts.192 y 195 del CPACA(...)” (Negrita y subraya fuera de texto)**

En consecuencia, para la Sala en este caso, solo es procedente aplicar la indexación desde que cesó la mora hasta la ejecutoria de la sentencia, lo cual se encuentra ajustado no solo a lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, sino al lineamiento jurisprudencial reseñado y al criterio reciente de este Tribunal Administrativo en sentencias del 10 y 22 de septiembre de 2020, Exp. No. 152383333001-2019-00027-01, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz y No. 150013333005-2019-00091-01, M.P. Dr. José Ascención Fernández Osorio, respectivamente.

Es preciso aclarar que, si bien esta Sala de decisión en oportunidades anteriores había acudido a la literalidad de la sentencia de unificación, en el entendido de que no era procedente la indexación de la condena, se procede a corregir dicho criterio dada la interpretación hecha por el mismo Consejo de Estado en la sentencia ya referenciada y, aunado a ello, acogida por esta corporación según sala administrativa que tuvo lugar el 8 de septiembre de 2021.

**9. Conclusiones**

* La Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar declarará la nulidad del acto administrativo ficto negativo, fruto del silencio observado por la entidad demandada frente al reconocimiento de la sanción moratoria pretendida por el señor Bernardo Beltrán Rivera.
* La sanción moratoria será reconocida desde el 29 de julio de 2015 (día siguiente al vencimiento de los 70 días) hasta el 30 de noviembre de 2015 (día anterior al pago), pero se decretará la prescripción respecto de **los días 29, 30 y 31 de julio de 2015.**
* El valor total generado por sanción moratoria se ajustará en su valor tomando como base el índice de precios al consumidor conforme lo dispone el art. 187 del CPACA a partir del día siguiente que cesó la causación de la sanción moratoria, esto es, desde el 1 de diciembre de 2015, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, y en adelante correrán los intereses consagrados en los arts.192 y 195 del CPACA

**10. Costas y agencias en derecho**

El artículo 361 del Código General del Proceso, prevé que las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso de un proceso y por las agencias en derecho.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” en sentencia de 7 de abril de 2016, con ponencia del consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 3001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

(…)

“Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no16.

Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición **y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la**acusación d**e las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365.19**

En ese orden de ideas, al expedirse la Ley 1437 de 2011, se dejó de lado el régimen subjetivo del hoy derogado Decreto 01 de 1984, que determinaba la condena en costas a la parte vencida en el proceso, pero con el ingrediente de tener en cuenta su conducta procesal, ya fuera esta dilatoria, abusiva o temeraria. Precisamente, mediante el artículo 188 del CPACA se acogió el régimen objetivo de la condena en costas, establecido para el Procedimiento Civil, actualmenteregulado por el Código General del Proceso, artículo 365, quedando pues, sujeta su imposición al hecho de ser vencido en juicio. A efectos de determinar las reglas objetivas para la condena en costas, es dable verificar el artículo 365 del CPACA.20

Por su parte, en la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2018 por la Subsección "A" con ponencia del consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con Radicación número: 20001-23-33-000-2012 00222-01(1160-15), se lee lo siguiente:

"(…) Por lo anterior, se colige que **la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes**. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.

(…)

No obstante, en sentencia de la misma fecha, la Subsección "B" con ponencia de la consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), se expuso:

"(…) Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva -pues no se refirió a la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial-, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso, **que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena.** Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.”

Luego en sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por Subsección "B" de la Sección Segunda, C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, expediente con Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00063-02(1074-15) Actor: UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA, se precisó:

"(…) Por consiguiente, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, **ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses**, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el a quo, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte demandada, no se impondrá condena en costas (…)" Resaltado fuera de texto

Más recientemente, en sentencia proferida por la misma Sección Subsección "A", con ponencia del consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández el 29 de agosto de 2019, en el proceso Radicado No. 15001-23-33-000-2014-191-01 (2002-2015), actora María Ofelia Leguizamo Carranza, **se acudió al régimen objetivo sin atención al criterio de temeridad.**

Nótese que las citadas providencias plantean criterios opuestos, de manera que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse la postura que resulta más favorable a la parte vencida, pues al no existir en esa Corporación un pronunciamiento consistente y unificado en materia de costas, no puede hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial, es decir tal circunstancia faculta al juzgador para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho, por lo que la Sala considera que resulta más favorable a la entidad demandada aplicar el criterio subjetivo y ante la ausencia de mala fe en su obrar, la Sala no condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en Sala de Decisión No. 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**FALLA:**

**PRIMERO. REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Tunja el día 13 de octubre de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. DECLARAR** la existencia del acto administrativo ficto o presunto negativo respecto de la petición elevada por la demandante ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Boyacá el 31 de julio de 2018, por medio de la cual pretendía el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías reconocidas mediante Resolución No 05612 del 5 de septiembre de 2015.

**TERCERO. DECLARAR** la nulidad del acto administrativo ficto o presunto negativo, por medio del cual, la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – negó al señor BERNARDO BELTRÁN RIVERA el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías reconocidas mediante Resolución No 05612 del 5 de septiembre de 2015, de conformidad con la Ley 1071 de 2006.

**CUARTO. DECLARAR** probada la excepción de prescripción respecto de la mora causada durante los días **29, 30 y 31 de julio de 2015, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.**

**QUINTO.** A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a BERNARDO BELTRÁN RIVERA identificado con la CC. No 6758087, **a título de sanción moratoria,** un día de salario por cada día de mora en el pago de las cesantías definitivas por el periodo comprendido entre el 1 de agosto y el 30 de noviembre de 2015, para un total de 122 días que serán liquidados con el sueldo básico devengado por el accionante en el año 2015. La suma resultante, por mandato del inciso final del artículo 187 del CPACA, deberá ajustarse con la variación del índice de precios al consumidor que certifique el DANE, aplicando la siguiente fórmula:”.

R= Rh Índice Final

 Índice Inicial

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte accionante a título de sanción moratoria, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para el 1 de diciembre de 2015).

**QUINTO.** Sin condena en costas.

**SEXTO**. La sentencia deberá cumplirse conforme a las previsiones del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión No 2 de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

**Magistrado**

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

1. Ver archivo No 11 del expediente digital. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver archivo No del expediente digital [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver archivo No 27 del expediente digital. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver archivo No 28 del expediente digital [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver archivo No 50 del expediente digital [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver archivo No 54 del expediente digital [↑](#footnote-ref-6)
7. Ver archivo No 54 del expediente digital [↑](#footnote-ref-7)
8. Ver archivo No 62 del expediente digital

. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver archivo No 73 del expediente digital [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver archivo No 68 del expediente digital [↑](#footnote-ref-10)
11. Ver archivo No 76 del expediente digital [↑](#footnote-ref-11)
12. *CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).* “De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3º 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 1º 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 1º 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.

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 1º 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 1º de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 – Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez **-** Expediente No73001-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Tolima. [↑](#footnote-ref-13)
14. «Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.» [↑](#footnote-ref-14)
15. «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.». [↑](#footnote-ref-15)
16. Este criterio fue expuesto en los fallos de 21 de mayo de 2009, expediente 23001-23-31-000-2004-00069-02. (0859-08). C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez; de 21 de octubre de 2011, expediente 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) C.P.: Gustavo Gómez Aranguren; de 22 de enero de 2015, expediente 73001-23-31-000-2013-00192-01. (0271-14) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; del 14 de diciembre de 2015, expediente 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-14) CP: Gerardo Arenas Monsalve; del 17 de noviembre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) CP: William Hernández Gómez; del 25 de mayo de 2017, expediente 18001233300020120004701 (0645-2014) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; del 8 de junio de 2017. expediente 73001233300020140019901 (0863-2015), C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, entre otros. [↑](#footnote-ref-16)
17. Postura acogida en las sentencias del 9 de julio de 2009, expediente 0672-07. 76001-23-31-000-2004-01655-01. Número interno 0672-07. CP: Gerardo Arenas Monsalve; del 26 de agosto de 2010, expediente 1738-08. CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila; del 19 de enero de 2015. Número interno: 4400-13. CP: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; entre otros. [↑](#footnote-ref-17)
18. M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo. [↑](#footnote-ref-18)
19. Así lo indicó expresamente la sentencia en cita “De conformidad con los pronunciamientos de este Tribunal, si bien los educadores oficiales no están expresamente rotulados dentro de ninguna de estas categorías de los servidores públicos, lo cierto es que el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución

 **los definió como *empleados oficiales de régimen especial,* mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos y la Ley General de Educación, expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron *servidores públicos de régimen especial*, definiciones que pueden ser asumidas como de contenido equivalente. Así mismo, debe decirse que existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, por lo que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies, han de ser considerados empleados públicos**”

(…)

En tal sentido, la Corte Constitucional estableció su doctrina en las sentencias C-741 de 2012 y SU-336 de 2017, *«en el sentido de que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2º) los define como ‘empleados oficiales de régimen especial’; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2º 105, parágrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales.»,* [↑](#footnote-ref-19)
20. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 – Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez **-** Expediente No73001-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Tolima. [↑](#footnote-ref-20)
21. «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.» [↑](#footnote-ref-21)
22. «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.» [↑](#footnote-ref-22)
23. «Artículo 2°. Radicación de solicitudes. **Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente**, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

[…]

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.

2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.

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

4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

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

Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

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

Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, **deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley**.». [↑](#footnote-ref-23)
24. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 – Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez **-** Expediente No73001-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Tolima. [↑](#footnote-ref-24)
25. «**por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley**[**244**](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=315#0)**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.»** [↑](#footnote-ref-25)
26. Artículo 150 de la Constitución Política. [↑](#footnote-ref-26)
27. Artículo 189 *ibidem.* [↑](#footnote-ref-27)
28. «Por el cual se reglamentan 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.» [↑](#footnote-ref-28)
29. «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.». [↑](#footnote-ref-29)
30. «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.» [↑](#footnote-ref-30)
31. «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 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.» [↑](#footnote-ref-31)
32. «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.

[…]» [↑](#footnote-ref-32)
33. «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.» [↑](#footnote-ref-33)
34. Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 – Sentencia de unificación del 18 de julio de 2018- Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez **-** Expediente No73001-23-33-000-2014-00580-01 Demandante Jorge Luis Ospina Cardona contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento de Tolima. [↑](#footnote-ref-34)
35. [↑](#footnote-ref-35)
36. Ver, por ejemplo: TAB, Sent. 2018-00038, abr. 22/2020. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana; TAB, Sent. 2017-00165, abr. 22/2020. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana; TAB, Sent. 2018-00020, may. 27/2020. M.P. Luis Ernesto Arciniegas Triana; TAB, Sent. 2018-00385, jun. 23/2020. M.P. José Fernández Osorio; TAB, Sent. 2018-00082, jul. 30/2020. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; TAB, Sent. 2019-00023, jul. 30/2020. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; TAB, Sent. 2017-00154, sep. 9/2020. M.P. Óscar Alfonso Granados Naranjo; y TAB, Sent. 2017-00168, sep. 23/2020. M.P. Óscar Alfonso Granados Naranjo. [↑](#footnote-ref-36)
37. Ver, por ejemplo: TAB, Sent. 2017-00249, ene. 30/2020. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; TAB, Sent. 2018-00067, mar. 11/2020. M.P. Óscar Alfonso Granados Naranjo; TAB, Sent. 2018-00063, may. 14/2020. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; TAB, Sent. 2018-00035, sep. 10/2020. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz; TAB, Sent. 2017-00164, may. 26/2021. M.P. Néstor Arturo Méndez Pérez; y TAB, Sent. 2019-00107, may. 27/2021. M.P. José Fernández Osorio. [↑](#footnote-ref-37)
38. C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-00156 (2159-14), jun. 15/2017. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-38)
39. “(…) ¿Dónde puede consultar el pago de una prestación?

Puede conocer el estado de la prestación ingresando a la página del Fomag (www.fomag.gov.co) con su usuario y contraseña o descargando la aplicación Fomag en su dispositivo móvil en el link estado prestaciones y verificar si se encuentra en estado pagado. (…)” Ver: https://www.fomag.gov.co/preguntas-frecuentes/, consultado el 23 de julio de 2021. [↑](#footnote-ref-39)
40. Ver archivo No 5 del expediente digital. [↑](#footnote-ref-40)
41. Ver archivo No 5 del expediente digital. [↑](#footnote-ref-41)
42. Ver archivo No 9 del expediente digital. [↑](#footnote-ref-42)
43. Ver archivo No 34 del expediente digital. [↑](#footnote-ref-43)
44. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de Sección Segunda, radicación 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). sentencia del 25 de agosto de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero [↑](#footnote-ref-44)