

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**

**MAGISTRADA PONENTE DRA. BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**

Neiva, veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020)

|                        |          |  |
|------------------------|----------|--|
| <b>Ref. Expediente</b> | <b>:</b> | <b>41 001 33 33 002-2018-00340-01</b>  |
| <b>Demandante</b>      | <b>:</b> | <b>JORGE ENRIQUE MÉNDEZ MURCIA</b>   |
| <b>Demandado</b>       | <b>:</b> | <b>NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b> |
| <b>Asunto</b>          | <b>:</b> | <b>SANCIÓN POR MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS</b>  |
| <b>Acta</b>            | <b>:</b> | <b>19</b>  |

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

**OBJETO DE LA DECISIÓN**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2019, por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**CUESTIÓN PREVIA: Prelación de Fallo**

Observa la Sala que, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que se han venido tramitando han ingresado al despacho para tal efecto, sin que pueda alterarse tal mandato, salvo en los casos en los que se profiera sentencia anticipada, en los que exista prelación legal o, atendiendo a la naturaleza del asunto. Así se observa en la citada norma:

"(...) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el

mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden **también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos** o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (...)."

En el presente caso, el objeto de debate se circunscribe a la procedencia del reconocimiento y pago de una sanción por mora en el pago de las cesantías del demandante por parte de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con lo establecido en la Ley 1071 de 2006.

Al respecto se advierte que actualmente existen a cargo de la Sala una gran cantidad de procesos que versan sobre el mismo tema, además, existe jurisprudencia de unificación de la Sección Segunda del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en relación con el tema, en consecuencia, atendiendo a la naturaleza del asunto y con el fin de evacuar de manera uniforme las controversias a las que se ha hecho referencia, esta Sala, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y en lo dispuesto por la Sala Plena de esta Corporación en Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018, se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Demanda<sup>1</sup>

#### 1.1. Pretensiones

El señor Jorge Enrique Méndez Murcia, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo del 138 CPACA, presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin que se acceda a las siguientes pretensiones:

---

<sup>1</sup> Folio 1 a 13

*"1. Declarar la nulidad del OFICIO NO. 1641 del 21 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 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.*

*2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados 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.*

**A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:**

*1. 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 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.*

*2. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 C.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.*

*3. Condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO que se dé cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 del 2011 C.C.A. en lo que corresponda."*

**1.2. Hechos:**

La anterior solicitud se sustenta en los siguientes supuestos fácticos:

1.2.1. El señor Jorge Enrique Méndez Murcia se desempeña como docente estatal y a través de petición radicada el 4 de octubre de 2017, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2.2. A través de Resolución No. 2847 del 5 de diciembre de 2017, la entidad reconoció las cesantías solicitadas por el actor, prestación que fue cancelada el 7 de marzo de 2018.

1.2.4. Desde la fecha de la solicitud de las cesantías hasta la fecha en que le fueron efectivamente pagadas, trascurrieron 49 días de mora.

1.2.5 El actor reclamó el pago de la sanción moratoria y la entidad demandada negó dicha petición a través de oficio No. 1641 del 21 de mayo de 2018.

### **1.3. Fundamentos de Derecho**

La parte actora invocó como normas violadas los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Luego de exponer aspectos normativos de cada una de las disposiciones invocadas como transgredidas, señaló que la Ley 1071 de 2006, con espíritu garantista, estableció términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía, marco normativo que está siendo transgredido por la demandada, pues cancela la prestación con posterioridad a los 45 días después de haber sido realizada la petición de reconocimiento y pago de las cesantías, haciéndose acreedora a la sanción por mora por retardo en el pago.

Adujo que el Estado visualizó la burla con que las entidades públicas encargadas del reconocimiento de las cesantías daban a sus empleados, estableciendo un término perentorio para la liquidación de la prestación buscando que la administración expidiera la resolución de reconocimiento de forma oportuna evitando que la autoridad demorara su respuesta.

Citó varias sentencias proferidas por el Consejo de Estado en relación la naturaleza y procedencia de la sanción moratoria, incluyendo la sentencia de unificación proferida el 27 de marzo de 2007, dentro del proceso No. 2777-2007, siendo Consejero Ponente el Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

### **2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda**

La demanda fue radicada el 18 de septiembre de 2018, correspondiéndole por reparto al Juzgado Octavo Administrativo Oral de Neiva (fl. 31), despacho judicial que mediante auto del 23 de septiembre de 2018 (fls. 33), la admitió, ordenando notificar a la parte accionada.

La diligencia de notificación se surtió en debida forma a la dirección electrónica para notificaciones judiciales de la Nación – Ministerio de Educación, del Ministerio Público y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, como se hizo constar en folio 41.

### **2.2.- Contestación de la demanda**

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio guardó silencio<sup>2</sup>.

### **2.3.- Audiencia inicial**

A través de providencia de 5 de julio de 2019 (fl. 47), el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva fijó como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial, el día 25 de septiembre de 2019 a las 08:00 a.m.

En el acta de la audiencia inicial (fls. 87-90) se indicó que la diligencia fue concentrada para los procesos 2018-0044; 2018-00137; 2018-00149; 2018-

---

<sup>2</sup> Folios 46

00180; 2018—00307; 2018-000309; 2018-00338; 2018-00340; 2018-00342 y 2018-00343; y se dejó constancia que no había excepciones previas por estudiar ni de oficio por decretar, por lo que procedió a continuar con el trámite de la audiencia.

Acto seguido, el *A quo* fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda y su contestación, delimitando el problema jurídico en determinar si el demandante tiene o no derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una sanción por mora en el pago de sus cesantías, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006.

Posteriormente, se dispuso tener como pruebas los documentos allegados con la demanda, con el valor legal que les corresponda, y se indicó que no existían pruebas pendientes por practicar.

En firme la anterior decisión, el Juzgado, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 179 del C.P.A.C.A. y con el fin de dictar sentencia, decidió prescindir de la audiencia de pruebas y, procedió a escuchar los alegatos de las partes.

#### **2.4.- Alegatos de conclusión de primera instancia**

La apoderada de la *parte actora* (Minuto 30:37) indicó que el Consejo de Estado ha ordenado que el término de mora inicia luego de vencidos los primeros 15 días para expedir el acto con la firmeza del mismo y transcurridos los 45 días para que se efectuó el pago, sin embargo, destacó que el Juzgado no aplica dicha regla pues en varias ocasiones improbó conciliaciones en las que la entidad demandada reconoce la sanción moratoria teniendo en cuenta los anteriores términos.

La apoderada de la entidad demandada (minuto 25:03) reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El **Agente del Ministerio Público** no asistió a la diligencia.

## 2.5.- Sentencia de primera instancia

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Neiva, a través de sentencia dictada en audiencia del 25 de septiembre de 2019<sup>3</sup>, resolvió:

*"PRIMERO: Anular los siguientes actos administrativos, por medio de los cuales se negó a los demandantes el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, consagrada en la Ley 1071 de 2006, así:*

| <i>RADICADO</i>      | <i>DEMANDANTE</i>                  | <i>ACTO QUE SE ANULA</i>  |
|----------------------|------------------------------------|---|
| <i>2018-00340-00</i> | <i>JORGE ENRIQUE MENDEZ MURCIA</i> | <i>Oficio 1641 del 21 de mayo de 2018- Secretaría de Educación Municipal de Neiva</i> |

*SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a cancelar a favor de los demandantes, sanción moratoria por pago tardío de cesantías en los siguientes términos:*

*(...)*

*h) Rad. 2018-00340-00, Demandante: JORGE ENRIQUE MENDEZ MURCIA, treinta y ocho (38) días de sanción moratoria, correspondiente al periodo comprendido del 20 de enero de 2018 al 26 de febrero de 2018, a razón de un (1) días (sic) de salario por cada día de mora, conforme lo expuesto en esta providencia. el salario con el cual se liquidaría la sanción, será el salario básico (diario) percibido por el actor al momento de la causación del derecho por ser cesantías parciales, son que pueda variar la prolongación en el tiempo de mora.*

*(...)*

*TERCERO: ORDENAR que la suma liquida que resulte a favor de los demandantes conforme a la anterior condena, le sean canceladas de manera indexada, teniendo como índice de precios al consumidor (IPC) inicial vigente, el día siguiente de finalización de la mora (desde la fecha en que cesó la mora) y como IPC final el vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, con base en la siguiente fórmula:*

*(...)*

*CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, en cada uno de los procesos de la audiencia concentrada, de conformidad con lo expuesto. Se fijan como agencias en derecho, el equivalente a 01 s.m.l.m.v. para cada uno de los procesos.*

<sup>3</sup> Folios 72 a 74 vlto.

*QUINTO: La demandada dará cumplimiento a la presente sentencia en los términos del Art. 192 y 195 de la Ley 1435 (sic) de 2011.*

*SEXTO: En firme esta decisión, por secretaría líbrense las comunicaciones respectivas, para su cumplimiento.*

Como fundamento de la decisión, el juez de primera instancia indicó que si bien la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el numeral 3 de su artículo 15 contempló las cesantías a favor de los docentes, no estableció una sanción moratoria por su pago tardío.

Explicó que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 fijaron el término de 15 días para resolver la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, y establecieron un plazo de 45 días hábiles para cancelar la prestación una vez quede en firme el acto de reconocimiento; así mismo, dispusieron que en caso de no cumplirse tales términos hay lugar a la sanción de un día de salario por cada día de retardo.

Señaló que, de acuerdo con la sentencia de unificación del 8 de julio de 2018, la sanción moratoria se causa en favor de los docentes oficiales, providencia según la cual, si el acto administrativo se emite de manera extemporánea, es decir, después de los 15 días, para el reconocimiento de la sanción moratoria debe contarse el término desde la radicación de la petición de las cesantías.

Para el caso concreto, el A quo encontró que la solicitud de cesantías del actor se radicó el 4 de octubre de 2017 y los 15 días para expedir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación, vencieron el 27 de febrero de 2017, pues se decidió con Resolución 2847 de 5 de diciembre de 2017 reconociéndole por cesantías parciales la suma de \$ 9.970.777 pero los 70 días hábiles para el reconocimiento y pago vencieron el 19 de enero de 2018, ya que la petición de cesantías fue elevada el 4 de octubre de 2017, y el pago fue el 27 de febrero del mismo año, causándose una mora del 20 de enero al 26 de febrero de 2018 (38 días).

Indicó también que en el presente caso no hay lugar a declarar la prescripción, en la medida que el derecho se causó el 20 de enero de 2018 y fue reclamado el 26 de abril de esa misma anualidad.

Finalmente, sobre la indexación de la sanción reconocida señaló que el Consejo de Estado en sentencia del 26 de agosto de 2019 interpretó la regla establecida en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 para precisar que si bien la sanción moratoria no puede indexarse durante su causación por tratarse de una penalidad y no de una prestación laboral, lo cierto es que cuando se consolida la sanción en una suma total, ésta si es objeto de ajuste desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia que la reconoce, ya que con posterioridad a esto último, no procede indexarla si no que se causan intereses de conformidad con el artículo 187 del CPACA, pues se trata de una cantidad líquida y determinada de dinero. En consecuencia, ordenó la indexación de la suma líquida que resulte a favor del demandante.

## **2.6.- Recurso de apelación**

La *Parte demandada* interpuso recurso de apelación mediante escrito radicado el 11 de octubre de 2019<sup>4</sup>, y solicitó la revocatoria de la sentencia argumentando que la Ley 1071 de 2006 no es aplicable a los docentes del sector oficial.

Señaló que el Decreto 2831 de 2005 consagró el procedimiento para el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin discriminar el tipo de prestación, por lo tanto, las cesantías se encuentran sometidas al mismo, norma de carácter especial y exclusiva para dichos servidores.

Indicó que el citado Decreto 2831 de 2005 contempla los términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas y

---

<sup>4</sup> Folios 92 a 95

parciales de los docentes, pues el mismo implica la participación de las entidades territoriales – Secretarías de Educación certificadas, y de Fiduprevisora S.A. como vocera del Fomag.

Explicó que las Secretarías de Educación Territoriales al momento de expedir los actos administrativos que reconocen la prestación económica, deben atender un turno para el pago de la misma, y en ese sentido, las cesantías fueron reconocidas al demandante mediante resolución No. 2847 del 5 de diciembre de 2017, por solicitud que hiciera el 4 de octubre de 2017, luego la extemporaneidad no puede ser atribuida la FOMAG pues esta entidad es responsable del pago solo hasta que la Secretaría expidió el acto administrativo respectivo.

Por otro lado, señaló que la sentencia de primera instancia debe revocarse en cuanto impuso el pago indexado de la sanción moratoria, en síntesis, porque la figura de la indexación es incompatible con el reconocimiento de la sanción moratoria, en virtud de la unificada jurisprudencia del Consejo de Estado, y por tanto se encuentra proscrita su aplicación en la medida que hace más gravosa la situación de la administración.

Por último, impugnó la condena en costas, indicando que fue la entidad territorial quien incumplió los términos legales para resolver la petición de cesantías y pagarlas, además que no obran pruebas de que se causaran unas expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso que son completa responsabilidad del demandante.

## **2.7.- Trámite de segunda instancia**

Por auto dictado en audiencia del 14 de noviembre de 2019 el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, concedió el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia de primera instancia.

A través del auto de 21 de noviembre de 2019<sup>5</sup> se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandada y mediante providencia de 5 de diciembre de esa misma anualidad<sup>6</sup>, se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión.

## **2.8.- Alegatos de conclusión segunda instancia**

Las partes guardaron silencio y el *Ministerio Público* en esta oportunidad no emitió concepto (folio 15).

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Competencia en segunda instancia**

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el asunto de la referencia la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva.

De acuerdo con lo anterior, en el presente caso se trata de apelante único, de manera que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, el cual resulta aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

Al respecto, el inciso primero del artículo referido preceptúa lo siguiente:

**"ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos

---

<sup>5</sup> Folio 4 cdno. Segunda Instancia.

<sup>6</sup> Folio 9 cdno. Segunda Instancia.

expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

(...)”

En efecto, tratándose de un apelante único, la competencia del Juez de segunda instancia se encuentra circunscrita a los motivos de la impugnación, de modo que, no le es dado entrar a analizar la providencia recurrida en los aspectos que no fueron objeto de apelación, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

En este orden de ideas, la Sala advierte que en el presente caso no se encuentra reparo alguno en lo que tiene que ver con la oportunidad de la presentación de la demanda, el cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, en consecuencia, se procederá a abordar el estudio de fondo del asunto, teniendo en cuenta los aspectos sobre los cuales recae la apelación.

### **3.2.- Planteamiento del caso**

En el caso objeto de estudio, la *parte actora* pretende la nulidad del oficio No. 1641 del 21 de mayo de 2018, expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Neiva, y a título de restablecimiento del derecho solicita que se condene a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer a favor del señor Jorge Enrique Méndez Murcia, una sanción moratoria de conformidad con lo establecido en la Ley 1071 de 2006, a razón de 1 día de salario por cada día de mora en el pago de sus cesantías con posterioridad a los 70 primeros días, siguientes a la fecha en que solicitó esa prestación.

Además, solicitó la indexación del valor reclamado por concepto de sanción moratoria; se condene en costas a la entidad demandada y que se ordene el

cumplimiento del fallo de conformidad con el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

El *Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva*, accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que en el presente caso se causaron 38 días de mora en el pago de las cesantías del demandante comprendidos entre el 23 y el 29 de noviembre de 2017. Así mismo, dispuso que las sumas adeudadas al actor debían ser indexadas y condenó en costas al extremo pasivo.

Por su parte, *la entidad demandada* señala que el procedimiento aplicable a los docentes para la liquidación de sus cesantías, es el contenido en el Decreto 2831 de 2005, norma que regula los plazos en los que las Secretarías de Educación Territoriales deben dar respuestas a las solicitudes de reconocimiento de cesantías de dichos servidores, y el FOMAG debe hacer efectivo el pago de tal prestación, por lo tanto, de existir mora la misma es atribuible a la Secretaría de Educación de Neiva en la expedición del acto de reconocimiento prestacional.

Así mismo, asegura que en el presente asunto no existe mérito para ordenar la indexación de las sumas adeudadas al actor, en la medida que la misma es incompatible con la sanción moratoria reconocida en atención a lo expresado por la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado. Agrega que en el sub lite no se encuentra demostrada la causación de costas procesales, por lo que solicita que se revoque en ese sentido la sentencia de primera instancia.

### **3.3.- Problema jurídico**

Conforme a las precisiones hechas en precedencia, el problema jurídico en el presente caso consiste en determinar, si se debe o no revocar la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda.

En consecuencia deberá dilucidar la Sala: **i)** cuáles son los plazos para contabilizar la sanción por mora en el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **ii)** sí en

el caso concreto, el señor Jorge Enrique Méndez tiene o no derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías, de conformidad con lo señalado en la Ley 1071 de 2006, y en caso afirmativo, si es procedente la indexación declarada por el A quo; **iii)** si la Nación – Ministerio de Educación, se encuentra o no llamada a responder por las pretensiones de la demanda; y por último, **iv)** si en el presente caso hay lugar a revocar la condena en costas impuesta por el A quo.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: i) hechos probados; ii) Procedencia del reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y iii) Causación y cómputo de la sanción moratoria en el caso concreto.

### **3.4.- Hechos probados**

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>7</sup>, pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental aportada con la demanda encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso, lo siguiente:

- El señor Jorge Enrique Méndez Murcia se desempeñó como docente oficial desde el 20 de diciembre de 1994 al 20 de diciembre de 2016 (Parte considerativa de la Resolución No. 2847 del 5 de diciembre de 2017 (fl.16-17)).
- El demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales para reparaciones locativas de vivienda el 4 de octubre de 2017 (Parte

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2013, proceso No. 05001-23-31-000-1996-00659-01, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

considerativa de la Resolución No. 2847 del 5 de diciembre de 2017 (fl.16-17).

- A través de Resolución No. 2847 del 5 de diciembre de 2017 (fl.16-17), la Secretaría de Educación Municipal de Neiva – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció cesantías a favor del demandante por valor de \$37.936.655, ordenando descontar de la misma la suma de \$27.965.878 por pago de cesantías parciales, y dispuso el pago del saldo liquido por valor de \$9.970.777, acto administrativo notificado el 12 de diciembre de 2017 (folio 55).

- Las anteriores cesantías fueron puestas a disposición del demandante el día 27 de febrero de 2018 (fl. 18).

- Mediante petición radicada el 26 de abril de 2018, el actor, solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento de una sanción por mora en el pago de sus cesantías, de conformidad con lo establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 (fls. 21-25).

- Por medio de oficio No. 1641 del 21 de mayo de 2018 se negó la anterior solicitud (fl. 27-28).

### **3.5. Procedencia del reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**

La Ley 91 de 1989, a través de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 15, numeral 3, dispuso:

“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 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 1o. 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 de 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, acumuladas 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”.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 962 de 2005, cuyo artículo 56 estableció:

“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”.

Dicho artículo, fue reglamentado por el Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, el cual estableció en sus artículos 2º a 5º el procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

“**Artículo 2º.** 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

(...)

**Artículo 3º. Gestión a cargo de las secretarías de educación.** De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 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:

(...)

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 (...).

**Artículo 4º. 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 5º.** 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”.

De acuerdo con lo anterior, el acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, debe ser elaborado por la Secretaría de Educación a la cual se encuentre vinculado el respectivo docente, y ésta lo deberá remitir a la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del fondo dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la respectiva solicitud de la prestación; a su vez, la sociedad fiduciaria contará con un plazo de 15 días para impartir aprobación al proyecto de resolución, y una vez aprobado, deberá ser suscrito por el Secretario de Educación correspondiente y notificado en la forma prevista en la Ley.

No obstante lo anterior, la Ley 1071 de 2006, la cual modificó Ley 244 de 1995, en sus artículos 4 y 5 estableció el procedimiento general para el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos, estableciendo una sanción por mora en el pago de la prestación, así:

**“ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

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

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

**ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

Adicionalmente, el artículo 2º de la citada Ley 1071 de 2006, dispuso que la misma se aplicaría a *“los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”,* así como *“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”.*

Con fundamento en las anteriores disposiciones, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU 336 de 2017 consideró que, si bien los educadores oficiales no se encuentran *“rotulados”* dentro de alguna de las categorías de servidores públicos, lo cierto es que la Constitución los define

como "*empleados oficiales de régimen especial*", y las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994, los denominaron "*servidores públicos de régimen especial*", siendo éstas, "*definiciones que pueden ser asumidas como de contenido equivalente*", además, señaló que existen grandes semejanzas entre las características de dicho personal y las de los empleados públicos, razón por la cual, los primeros también deben ser considerados como empleados públicos, y por ende les resultan aplicables las disposiciones de la Ley 1071 de 2006, relacionadas con el trámite de reconocimiento de las cesantías, y la sanción por mora en el pago de las mismas.

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación proferida el 18 de julio de 2018<sup>8</sup>, definió la naturaleza jurídica de los docentes oficiales como empleados públicos, teniendo en cuenta diferentes aspectos, como: a) la naturaleza del servicio público que prestan, el cual es de interés para la comunidad; b) su pertenencia a la Rama Ejecutiva del Poder Público; c) su forma de vinculación, ascenso y retiro, pues se encuentran vinculados a través de una relación legal y reglamentaria y su ingreso se produce por concurso público por mérito.

En consecuencia, el Consejo de Estado, al igual que la Corte Constitucional, consideró que a los docentes oficiales también les resultan aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que consagran los términos y el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos, así como la sanción por mora en el pago esta prestación.

De igual forma, el órgano de cierre de esta jurisdicción precisó que, si bien el Decreto 2831 de 2005 reguló el trámite para el reconocimiento de las cesantías señalando términos más amplios para la expedición el acto administrativo correspondiente que los previstos en la Ley 1071 de 2006, lo cierto es que el decreto en mención es una norma de inferior jerarquía que la ley precitada.

---

<sup>8</sup> Sentencia de Unificación Consejo de Estado, Sección Segunda, 18 de julio de 2018, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

Por lo tanto, concluyó que el Decreto 2831 de 2005 debe ser inaplicable por ilegalidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, pues aquel es contrario a la Ley 1071 de 2006, la cual como se indicó, resulta aplicable para el trámite de reconocimiento de cesantías de los docentes oficiales, que se reitera, también hacen parte de la categoría de empleados públicos.

En este orden de ideas, acogiendo el criterio sentado tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Constitucional en las sentencias de unificación a las cuales se ha hecho referencia, la Sala encuentra que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sí tienen derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, consagrada en la Ley 1071 de 2006, siempre que se cumplan los requisitos allí establecidos para tal efecto.

Además, tal como lo señalaron las providencias citadas anteriormente, no existe justificación válida alguna para excluir al personal docente oficial del reconocimiento y pago de la sanción por mora consagrada en la citada Ley 1071 de 2006, pues ello constituiría un trato discriminatorio frente a la generalidad de los servidores públicos beneficiarios de la sanción.

Por lo tanto, el argumento de la parte demandada relacionado con la improcedencia del reconocimiento de la sanción moratoria a favor del actor por el hecho de ser docente oficial, no encuentra vocación de prosperidad, sin embargo, teniendo en cuenta lo manifestado en el recurso de apelación formulado por la entidad demandada y con base circunstancias fácticas acreditadas en el proceso, la Sala procederá a establecer si en el presente caso la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es o no la entidad llamada a responder por las pretensiones de la demanda y; si efectivamente se causó o no la sanción por mora en el pago de las cesantías a favor del señor Jorge Enrique Méndez.

### **3.6.- Responsabilidad de la Nación – Ministerio de Educación frente al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías**

## **de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**

La parte demandada, como sustento del recurso de apelación manifestó que de acuerdo con lo establecido en los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso, en el presente caso la entidad llamada a responder por las pretensiones de la demanda es la entidad territorial a la cual se encuentra adscrito el docente, por ser el ente que, a través de la Secretaría de Educación respectiva, expide los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones de los docentes oficiales, por ende, el FOMAG entidad no es la obligada a responder por las pretensiones de la demanda.

Al respecto, se debe recordar que 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, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital"*.

A su vez, el artículo 4 de la misma Ley 91 de 1989 estableció que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encontraran vinculados a la fecha de la promulgación de dicha Ley, y de los que se vinculen con posterioridad a la misma, además, el artículo 5 ibídem, dispuso que entre los objetivos del citado Fondo se encuentra *"Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado"*.

Por su parte, el artículo 9 de la Ley 91 de 1989 señaló que *"Las Prestaciones Sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional, función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales"*.

A su turno el Decreto 3752 de 2003 en sus artículos 4 y 5, estableció los requisitos y el trámite de afiliación del personal docente de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableció que las prestaciones sociales de los docentes oficiales *“serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente”*.

En relación con lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia proferida el 5 de diciembre de 2013 dentro del proceso con número interno 2769-12, consideró:

“Sostiene el Ministerio de Educación Nacional, en el recurso de apelación, que contrario a lo afirmado por el Tribunal, es la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá a quien, en virtud de lo dispuesto en la Ley 962 de 2005 le correspondía comparecer al presente proceso con el fin de responder a los cuestionamientos formulados por la señora Hugo Guerrero Cáceres contra los actos administrativos que le negaron el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente.

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

(...) De lo anterior se infiere que a la Secretaría de Educación del ente territorial al cual pertenece, en este caso la docente causante de la prestación por sobrevivencia, se le confía la función de elaborar el proyecto de resolución que reconozca o niegue una prestación social, resolución que con posterioridad debe aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ello, en todo caso, en nombre y representación de la Nación, Ministerio de Educación Nacional y del referido Fondo de Prestaciones

(...) Lo anterior, permite declarar no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y entrar al fondo del presente asunto, bajo las siguientes consideraciones<sup>9</sup>.

De lo anterior se desprende que, aun cuando la expedición de acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes oficiales, incluyendo sus cesantías, se encuentra a cargo de las Secretarías de Educación territoriales, lo cierto es que, el acto se expide en virtud de la delegación de funciones contenida en el citado artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

Así mismo, el pago dependerá del reconocimiento que efectuado por la Nación – Ministerio de Educación, a través del acto administrativo que para tal efecto expida la Secretaría de Educación de la entidad territorial a la cual se encuentre vinculado el docente, en virtud de la delegación de funciones a la que se ha hecho alusión.

Por lo anterior, se concluye que la Nación – Ministerio de Educación es quien reconoce y paga las prestaciones sociales del personal de docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y en esa medida, esta entidad es la llamada a responder por la sanción por mora en el pago de las cesantías de los docentes.

En este orden de ideas, como lo que se pretende en el presente caso es el reconocimiento de una sanción por la mora en el pago de una prestación a cargo de la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, esta entidad es la llamada a responder por las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, el argumento de la entidad demandada según el cual la Nación – Ministerio de Educación, no es la entidad llamada a responder por la sanción moratoria reclamada por la demandante, no se encuentra llamado a prosperar.

---

<sup>9</sup> Sentencia Consejo de Estado, 5 de diciembre de 2013, expediente: 25000-23-25-000-2009-00467-01(2769-12), Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

### **3.7.- Procedencia, cómputo y liquidación de la sanción moratoria en el caso concreto**

Cabe recordar que según la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado de 18 de julio de 2018, para efectos de establecer la fecha a partir de la cual se debe contabilizar la sanción por mora en el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se deben tener en cuenta los plazos establecidos en la Ley 1071 de 2006 para efectos del reconocimiento y pago de la prestación.

Por su parte, el artículo 4 de la citada Ley 1071 de 2006, señaló que el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos, debe ser expedido dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

No obstante lo anterior, en la aludida Sentencia de Unificación, el Consejo de Estado fijó diferentes reglas para la contabilización de los términos señalados en la referida Ley 1071 de 2006, según las circunstancias de cada caso particular y dependiendo de factores como, el hecho de haberse o no expedido un acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, la fecha de expedición del acto, el hecho de si dicho acto administrativo fue o no expedido dentro del término legal, la fecha y forma de notificación, esto es, si la notificación del acto fue personal, por aviso o por medios electrónicos, y el plazo transcurrido entre la fecha de expedición del acto de reconocimiento de las cesantías y el pago efectivo de las mismas.

Dichas reglas, fueron condensadas en el siguiente cuadro explicativo:

| <b>HIPÓTESIS</b>                                       | <b>NOTIFICACIÓN</b>   | <b>CORRE EJECUTORIA</b>                                      | <b>TÉRMINO PAGO CESANTÍA</b>               | <b>CORRE MORATORIA</b>                   |
|--|---|--|--|--|
| <i>PETICIÓN SIN RESPUESTA</i>                          | <i>No aplica</i>  | <i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i> | <i>45 días posteriores a la ejecutoria</i> | <i>70 días posteriores a la petición</i> |
| <i>ACTO ESCRITO EXTEMPORANE O (después de 15 días)</i> | <i>Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de</i> | <i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i> | <i>45 días posteriores a la ejecutoria</i> | <i>70 días posteriores a la petición</i> |

|   |  |   |  |  |
|---|--|---|--|--|
|   | <i>pago</i>  |   |  |  |
| <i>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</i>             | <i>Personal</i>                                    | <i>10 días, posteriores a la notificación</i>                                 | <i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>             | <i>55 días posteriores a la notificación</i>                       |
| <i>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</i>             | <i>Electrónica</i>                                 | <i>10 días, posteriores a certificación de acceso al acto</i>                 | <i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>             | <i>55 días posteriores a la notificación</i>                       |
| <i>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</i>             | <i>Aviso</i>                                       | <i>10 días, posteriores al siguiente entrega del aviso</i>                    | <i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>             | <i>55 días posteriores a la entrega del aviso</i>                  |
| <i>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</i>             | <i>Sin notificar o notificado fuera de término</i> | <i>10 días, posteriores al intento de notificación personal <sup>10</sup></i> | <i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>             | <i>67 días posteriores a la expedición del acto</i>                |
| <i>ACTO ESCRITO</i>                       | <i>Renunció</i>                                    | <i>Renunció</i>   | <i>45 días después de la renuncia</i>                  | <i>45 días desde la renuncia</i>                                   |
| <i>ACTO ESCRITO</i>                       | <i>Interpuso recurso</i>                           | <i>Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve</i>               | <i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i> | <i>46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso</i> |
| <i>ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER</i> | <i>Interpuso recurso</i>                           | <i>Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso</i>                | <i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i> | <i>61 días desde la interposición del recurso</i>                  |

Además, en la misma sentencia de unificación el Consejo de Estado dispuso:

**“3.5.2 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.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para

<sup>10</sup> Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria”.

En el presente caso, la Sala encuentra que el señor Jorge Enrique Méndez Murcia solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales a través de petición radicada el 4 de octubre de 2017, ahora bien, el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, fue expedido el 5 de diciembre de 2017, es decir, más de 15 días después de haberse radicado la petición correspondiente.

Quiere significar lo anterior que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales del demandante fue expedido de forma extemporánea, por lo tanto, el término con el que contaba la entidad demandada para realizar el pago efectivo de las cesantías, era de 70 días contados a partir de la fecha de radicación de la correspondiente solicitud, tal como lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada anteriormente.

En efecto, los plazos con los que contaba la entidad demandada para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías del demandante y para efectuar el pago de la prestación, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la solicitud correspondiente, son los siguientes:

| <b>Actuación</b>  | <b>Término</b> | <b>Fecha vencimiento</b> |
|---|----------------|--------------------------|
| Fecha de presentación de la solicitud                                 | NA             | 4 de octubre de 2017     |
| Plazo para la expedición del acto de reconocimiento                   | 15 días        | 26 de octubre de 2017    |
| Término de ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento       | 10 días        | 10 de noviembre de 2017  |
| Término para el pago, luego de ejecutoriado el acto de reconocimiento | 45 días        | 19 de enero de 2018      |
| <b>TOTAL</b>  | <b>70 días</b> |                          |

De acuerdo con lo anterior, como la petición de reconocimiento de las cesantías del actor fue radicada el 4 de octubre de 2017 el plazo de 70 días para el pago de dicha prestación vencía el 19 de enero de 2018.

Ahora bien, a folio 18 se allegó certificación de pago, en el que consta que el día 27 de febrero de 2018 estuvieron a disposición del demandante las cesantías.

Por lo tanto, la Sala encuentra acreditado que, en el presente caso, la entidad demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías del demandante a partir del día hábil siguiente al vencimiento del plazo para el pago, es decir, a partir del **20 de enero y hasta el día 26 de febrero de 2018**, día anterior a la fecha en que se puso a disposición del señor Jorge Enrique Méndez Murcia el pago, por lo tanto, aquel tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, a razón de un día de salario por cada día de mora, durante el periodo de tiempo antes señalado.

En efecto, los 70 días con los que cuenta la administración para el pago de las cesantías debieron contarse de corrido, desde el momento de la petición elevada por el demandante, tal como lo precisó el juez de primera instancia. Así entonces, los plazos para el pago y el término por el cual se causó la sanción moratoria a favor del actor en el presente caso se resumen así:

|                                 |                                      |
|---------------------------------|--------------------------------------|
| Fecha solicitud cesantías       | 4 de octubre de 2017                 |
| Fecha límite de pago            | 19 de enero de 2018                  |
| Fecha de pago efectivo          | 27 de febrero de 2018                |
| Término de la sanción moratoria | 20 de enero al 26 de febrero de 2018 |
| <b>Días de mora</b>             | <b>38</b>                            |

En efecto, el señor Jorge Enrique Méndez Murcia tiene derecho al reconocimiento de una sanción por mora en el pago de sus cesantías, desde

el 20 de enero al 26 de febrero de 2018, para un total de **38 días de salario**, por lo que en ese sentido se confirmará la sentencia apelada.

Ahora, respecto a la indexación de las sumas reconocidas a favor del demandante por concepto de sanción moratoria, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 fijó entre otras, la siguiente subregla:

"CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que **es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías**. Lo anterior, **sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA**".

El sustento de dicha regla, entre otras razones, el Consejo de Estado señaló:

*"[Por] no tratarse [la sanción moratoria] de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.(...) otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde el salario como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.(...)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."*

Como puede verse, la sentencia de unificación en cita fue enfática en señalar que no hay lugar a indexar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, sin perjuicio que la suma que resulte como condena sea pasible de actualizar como lo dispone en el artículo 187 del C.P.A.C.A., advirtiéndose que el A quo no acogió los argumentos expuestos en dicho precedente, en la medida que, al fijar los límites para la indexación, lo que estableció fue precisamente el ajuste del valor de la sanción moratoria, al señalar que la

actualización procede desde el día siguiente de finalización de la mora hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, luego el cargo elevado en la alzada tiene vocación de prosperar.

En esa medida, atendiendo la postura de unificación jurisprudencial en cita, la indexación será procedente en el supuesto normativo del artículo 187 de C.P.A.C.A., esto es, desde el establecimiento de la condena en la sentencia judicial hasta la ejecutoria de ésta, por lo que a criterio de la Sala debe modificarse la decisión recurrida en ese sentido.

Ahora, en relación con la prescripción, en sentencia proferida el 15 de febrero de 2018 el Consejo de Estado consideró que en asuntos relativos al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías se debe aplicar un término de prescripción de 3 años, desde que la respectiva obligación se ha hecho exigible, de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, el cual dispone:

*"ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual".*

Ahora bien, en el presente caso se advierte que la sanción por mora en el pago de las cesantías del demandante se comenzó a generar, por ende, se hizo exigible a partir del 20 de enero de 2018, día siguiente al vencimiento del plazo máximo para el pago de esa prestación (cesantías).

La petición de reconocimiento de la sanción moratoria fue radicada el 26 de abril de 2018 (folio 21-25), por lo tanto, el término de prescripción de 3 años se deberá contabilizar desde esta fecha hacia atrás, y en esa medida, no hay lugar a declarar la prescripción.

Por las razones expuestas, el problema jurídico planteado se resolverá en el sentido de modificar la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2019 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Neiva, en la medida que

es tesis unificada del órgano de cierre de esta jurisdicción la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, y en esa medida la actualización a que alude el artículo 187 del C.P.A.C.A operará desde la condena impuesta por ese concepto y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

#### **IV. COSTAS**

De conformidad con el problema jurídico planteado en precedencia, corresponde a la Sala determinar si se debe o no revocar la condena en costas a la entidad demandada, contenida en la sentencia de primera instancia, pues la parte recurrente alega que no se encuentra demostrado que las se hayan causado dentro del proceso.

Para resolver lo pertinente en el *sub judice* es preciso señalar que el concepto de las costas procesales está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso, llamados en la Ley 1437 de 2011, gastos ordinarios del proceso<sup>11</sup>; y otros como son: los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial; los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres; transporte del expediente al superior en caso de apelación; pólizas; copias, etc.

Asimismo, la noción de costas incluye las agencias en derecho, que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora, atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado<sup>12</sup> los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos, conforme a los criterios previstos en el numeral 8º del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Artículo 171. 4, en concordancia con el artículo 178 ibídem.

<sup>12</sup> Criterio aceptado por la Corte Constitucional en las sentencias C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

<sup>13</sup> Regula la norma como deber de los abogados, el de "fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto".

Al respecto, es necesario señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe)<sup>14</sup> para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto<sup>15</sup>, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365<sup>16</sup> consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

“(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una

---

<sup>14</sup> Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

<sup>15</sup> “ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. 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.”

<sup>16</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5) de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...)

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas al recurrente en las costas de segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas en ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)"

En el numeral 5 de la norma en mención se señala que cuando prosperen parcialmente las pretensiones de la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas, es así que, en el presente caso, al haber prosperado en forma parcial las pretensiones dado que se tuvo por acreditado el fenómeno prescriptivo, el juez contaba con la posibilidad de abstenerse de condenar en costas a la parte vencida.

Adicionalmente, cabe resaltar que, según el citado numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), "*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*".

Precisado lo anterior, advierte la Sala que, en el presente caso, una vez examinado el expediente, no se observan elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se hayan ocasionado erogaciones, diferentes a la notificación, por la parte demandante que hicieran procedente a la imposición de costas en primera instancia.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de convicción a partir de los cuales se establezca que con ocasión del presente proceso la parte actora

haya tenido que asumir gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida, pues si bien sufragó el pago tendiente a cubrir la notificación del auto admisorio a la demandada, el mismo obedeció a una carga procesal en cabeza del interesado.

Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la causación de agencias en derecho, razón por la cual, y al haberse accedido parcialmente a las pretensiones de la demanda, no resultaba procedente la imposición de costas en primera instancia.

Por lo anterior, se procederá a revocar el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada, en tanto condenó en costas y en agencias en derecho a la parte demandada.

Atendiendo a lo indicado en líneas anteriores y sobre la procedencia de imponer condena en costas en segunda instancia, se advierte que en esta oportunidad procesal tampoco se allegó medio de prueba alguno que permita establecer la existencia de gastos o erogaciones por parte de la actora que hagan procedente condenar en costas a la parte demandada en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

#### **V. FALLA:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia dictada el 25 de septiembre de 2019, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, la cual quedará así:

*"PRIMERO: Anular los siguientes actos administrativos, por medio de los cuales se negó a los demandantes el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, consagrada en la Ley 1071 de 2006, así:*

| <i>RADICADO</i>      | <i>DEMANDANTE</i>                  | <i>ACTO QUE SE ANULA</i>  |
|----------------------|------------------------------------|---|
| <i>2018-00340-00</i> | <i>JORGE ENRIQUE MÉNDEZ MURCIA</i> | <i>Oficio 1641 del 21 de mayo de 2018- Secretaría de Educación Municipal de Neiva</i> |

*SEGUNDO: En consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a cancelar a favor de los demandantes, sanción moratoria por pago tardío de cesantías en los siguientes términos:*

*(...)*

*h) Rad. 2018-00340-00, Demandante: JORGE ENRIQUE MENDEZ MURCIA, treinta y ocho (38) días de sanción moratoria, correspondiente al periodo comprendido del 20 de enero de 2018 al 26 de febrero de 2018, a razón de un (1) días (sic) de salario por cada día de mora, conforme lo expuesto en esta providencia. el salario con el cual se liquidaría la sanción, será el salario básico (diario) percibido por el actor al momento de la causación del derecho por ser cesantías parciales, sin que pueda variar la prolongación en el tiempo de mora.*

*(...)*

***TERCERO: ORDENAR que la condena sea indexada, teniendo como IPC inicial el vigente a la fecha de la sentencia condenatoria de primera instancia y como IPC final el vigente a la fecha de su ejecutoria de la presente sentencia.***

*(...)*

***CUARTO: Sin costas.***

*QUINTO: La demandada dará cumplimiento a la presente sentencia en los términos del Art. 192 y 195 de la Ley 1435 (sic) de 2011.*

*SEXTO: En firme esta decisión, por secretaría líbrense las comunicaciones respectivas, para su cumplimiento.*

**SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas en esta instancia.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'B' followed by several horizontal and diagonal strokes.

**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**  
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'J' and 'L' with several horizontal and diagonal strokes.

**JOSÉ MILLER LUGO BARRERO**  
Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'G' and 'M' with several horizontal and diagonal strokes.

**GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA**  
Magistrado