

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



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**

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

Neiva, dos (2) de abril de dos mil veinte (2020)

<b>Ref. Expediente</b>	<b>:</b>	<b>41 001 33 33 007-2018-00036-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>:</b>	<b>REINALDO MÉNDEZ CADENA</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>17</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 11 de septiembre de 2019, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva, que negó 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**

#### **1.1. Pretensiones**

El señor Reinaldo Méndez Cadena, 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>:

---

<sup>1</sup> Folios 1 y 2.

*"PRIMERA: Que se declare la Nulidad del ACTO ADMINISTRATIVO y/o OFICIO No. 4029 DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2017, por medio del cual se resolvió de forma desfavorable, la solicitud de reconocimiento de Sanción Moratoria a que tiene derecho mi poderdante por el pago tardío de sus cesantías parciales y/o definitivas, conforme lo establece la Ley 1071 del 31 de julio de 2006, adicionadora y modificadora de la ley 244 de 1995 y demás normas concordantes.*

*SEGUNDA: Solicitar al Juzgado que mediante Fallo Judicial ordene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca, liquide y pague la SANCIÓN POR MORA prescrita en la Ley 1071 del 31 de julio de 2006, adicionadora y modificadora de la ley 244 de 1995 y demás normas concordantes, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles siguientes de la radicación de la solicitud de las cesantías ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de las cesantías a mi poderdante REINALDO MÉNDEZ CADENA con C.C. 19.232.841.*

*TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, se ordene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer y pagar por sanción moratoria a mi poderdante la suma de SEIS MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO PESOS MCTE (\$6.670.728.00), por el NO pago de las cesantías parciales y/o definitivas oportunamente.*

*CUARTA: Condenar a la demandada LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO para que pague la indexación o corrección monetaria sobre las sumas adeudadas al demandante desde el momento en que se debió cancelar cada suma de dinero y hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A.*

*QUINTA: Condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer a favor de mi poderdante, los intereses moratorios, contados después de la ejecutoria del fallo, si no dá cumplimiento al mismo dentro del término previsto; tal como lo autoriza el artículo 195 del C.P.A.C.A. ley 1437 de 2011.*

*SEXTO: Condenar a la entidad demandada, LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer sobre las mesadas adeudadas a mi mandante, los ajustes de valor de dichas sumas, conforme al índice de precios al consumidor y al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 187 la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).*

*SÉPTIMO: Condenar a la demandada LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que dé cumplimiento al fallo dentro del término previsto en la ley; tal como lo autoriza el artículo 192 de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).*

*OCTAVO: Condenar a la demandada LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL*

*MAGISTERIO, al pago de las costas y gastos del proceso en que debió incurrir mi poderdante conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A. (ley 1437 de 2011).*

## **1.2. Hechos<sup>2</sup>**

La anterior solicitud se sustenta en los siguientes supuestos fácticos:

1.2.1. El señor Renaldo Méndez Cadena se desempeña como docente estatal con vinculación Nacionalizado en la Institución Educativa Normal Superior de Neiva.

1.2.2 A través de petición radicada el 26 de julio de 2016, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2.3. A través de Resolución No. 1936 del 10 de octubre de 2016, la entidad reconoció las cesantías solicitadas por el actor, las cuales le fueron canceladas el día 19 de diciembre de 2016.

1.2.4. El demandante el día 15 de noviembre de 2017 solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías, petición que fue negada por esa entidad a través del acto administrativo demandado.

## **1.3. Fundamentos de Derecho<sup>3</sup>**

La parte actora invocó como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución, los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 que modifican la Ley 244 de 1995, el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, el artículo 5° del Decreto 1775 de 1990, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005.

---

<sup>2</sup> Folios 3 y 4.

<sup>3</sup> Folios 4 a 11.

Indicó que la entidad demandada al negar la sanción moratoria reclamada por el demandante está vulnerando sus derechos ciertos e irrenunciables, y desconociendo el principio constitucional de responsabilidad, así como los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y a la seguridad social.

Hizo alusión al trámite de reconocimiento de las cesantías consagrado en la Ley 1071 de 2006, así como al trámite especial de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señalado en la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y en el Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que el acto administrativo demandado se encuentra incurso en las causales de nulidad de infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación, pues se dejaron de aplicar las normas que cobijan a la demandante en materia de cesantías, además, expresó que existió una indebida aplicación de las normas.

Además, refirió que el acto acusado fue expedido con falsa motivación, pues sus motivos para negar la sanción moratoria solicitada no son reales.

Manifestó que el término para el pago de las cesantías del actor venció el 15 de octubre de 2016, sin embargo, las mismas fueron canceladas hasta el 19 de diciembre de 2016, por lo que le asiste derecho al pago de la sanción moratoria durante ese lapso.

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

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

La demanda fue radicada el 12 de febrero de 2018, correspondiéndole por reparto al Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Neiva (fl. 25), despacho judicial que mediante auto del 28 de febrero de 2018 (fl. 27), la admitió, ordenando notificar a la parte accionada.

La diligencia de notificación se surtió en debida forma el 17 de septiembre de 2018 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 a folios 39 y 41.

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

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, presentó contestación de la demanda el 6 de diciembre de 2018<sup>4</sup>, pronunciándose sobre los hechos y oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Manifestó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyos recursos son administrados por una sociedad fiduciaria con un capital Estatal superior al 90%, y que el Ministerio de Educación es el encargado de suscribir el contrato de fiducia mercantil para la administración de los recursos del Fondo, el cual se rige por los artículos 1233 y 1236 del Código de Comercio, y por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de modo que, tales recursos conforman un Patrimonio autónomo, independiente de los Recursos del Ministerio de Educación.

Indicó que este patrimonio autónomo tiene capacidad para comparecer al proceso de acuerdo con los artículos 53 y 54 del Código de Comercio, y para tal efecto, deberá actuar por su representante, esto es, la sociedad Fiduciaria administradora de sus recursos, quien actúa como vocera del Fondo.

Adujo que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no hace parte de la estructura del Ministerio de Educación.

Hizo alusión al Sistema General de Participaciones consagrado en el artículo 356 de la Constitución Política, así como a los artículos 6 y 7 de la Ley 715 de 2001, que consagra las competencias de las entidades territoriales en materia

---

<sup>4</sup> Folios 48 a 52.

educativa, además, indicó que de conformidad con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 en concordancia con el Decreto 2831 del mismo año, las Secretarías de Educación Territoriales son las nominadoras y quienes expiden los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales de los Docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los cuales deben ser aprobados por la respectiva sociedad fiduciaria, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Decreto en mención.

Sostuvo que los docentes afiliados al Fondo, no tienen derecho a la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, sino al pago de un interés moratorio sobre las sumas adeudadas, equivalente al doble del interés bancario corriente, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009.

Solicitó la vinculación de la Secretaria de Educación de Neiva, al ser la entidad que profirió el acto administrativo que reconoció las cesantías al actor.

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

A través de providencia de 29 de abril de 2019 (fls. 64), el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva fijó como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial, el día 11 de septiembre de 2019 a las 9:00 a.m.

En el acta de la audiencia inicial (fls. 70 a 79) se dejó constancia que la entidad demandada no propuso excepciones previas que debieran resolverse en la audiencia y tampoco encontró alguna de oficio por decretar.

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 y la contestación, 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., decidió prescindir de la audiencia de pruebas y, procedió a conceder el uso de la palabra a los apoderados de las partes, para que expusieran sus alegatos de conclusión.

#### **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 efectúe 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 Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Neiva, a través de sentencia dictada en audiencia del 29 de abril de 2019<sup>5</sup>, resolvió:

---

<sup>5</sup> Folios 72 a 74 vltto.

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: DECLARAR que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, no incurrió en mora en el pago de las cesantías reconocidas a los demandantes REINALDO MÉNDEZ CADENA... de conformidad a las razones previamente expuestas.

TERCERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR que no hay lugar a condenar en costas.

Como fundamento de la decisión, el juez de primera instancia hizo alusión a las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, así como a jurisprudencia que consideró aplicable al caso.

Adujo que los docentes oficiales, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, son beneficiarios de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, conforme a lo señalado en la referida sentencia SU-336 de 2017, de la Corte Constitucional.

Señaló que la referida sanción moratoria solo se genera en caso de mora en el pago, más no por mora en el reconocimiento de las cesantías, toda vez que la Ley 1071 de 2006 no lo refirió, además, la expedición dicho acto de reconocimiento se encuentra sujeta a un trámite especial en el que participan las Secretarías de Educación y la Sociedad Fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que la sanción moratoria se encuentra a cargo de la entidad pagadora de las cesantías.

Agregó que de acuerdo con el contenido de la Ley 1071 de 2006, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuenta con un plazo de 45 días luego de ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas o parciales de los docentes, para efectuar el pago de las mismas, además, indicó que el pago de las cesantías se encuentra a cargo del Fondo, mientras que el

reconocimiento de la prestación está a cargo de las Secretarías de Educación Territoriales, por lo tanto, consideró que la sanción por mora solo se configura si con posterioridad a esos 45 días, el pago no se ha realizado, independientemente del término transcurrido entre la fecha de solicitud de las cesantías y la fecha de expedición del acto administrativo de su reconocimiento.

En tal sentido, el Juzgado se apartó de las reglas fijadas por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, en relación con la contabilización de términos para el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, por considerar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no tiene personería jurídica, en consecuencia el pagador es la Fiduciaria La Previsora S.A, por lo cual cuando dicha entidad tiene conocimiento del acto administrativo de reconocimiento, es que inicia el cálculo de los 45 días, vencidos estos inicia la sanción mora.

Además, indicó que la sentencia de unificación del Consejo de Estado no toma en cuenta que frente a la solicitud de cesantías se puede configurar un acto ficto negativo ante el eventual silencio administrativo de la entidad, caso en el cual, pese a que se le niegan las cesantías al docente, se le estaría generando una sanción moratoria.

Precisó el Ministerio es la entidad llamada a responder por las pretensiones de reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías, y no las Secretarías de Educación Territoriales, ni la Sociedad Fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, pues la primera solo se encarga de la expedición del respectivo acto administrativo, en ejercicio de una delegación de funciones, mientras que la segunda, solo efectúa los pagos correspondientes, en calidad de administradora de los recursos que conforman el Fondo.

Indicó que en el presente caso, el demandante solicitó sus cesantías el 26 de julio de 2016 y que las mismas le fueron reconocidas mediante acto expedido el 10 de octubre de 2016, el cual se notificó el 12 de octubre de 2016

quedando en firme en la misma fecha por renuncia de términos, además, el pago de esa prestación se efectuó el 19 de diciembre de 2016.

Por lo anterior, consideró que las cesantías de la demandante se cancelaron dentro de los 45 días hábiles siguientes a la fecha de su reconocimiento, por lo tanto, concluyó que en este caso no existió mora en el pago de la prestación, y que por ende, la demandante no tiene derecho a la sanción por mora que reclama.

## **2.6.- Recurso de apelación**

La *Parte actora* interpuso recurso de apelación mediante escrito radicado el 19 de septiembre de 2019<sup>6</sup>, indicando que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, para efectos de establecer si el trabajador tiene derecho o no a la sanción por mora en el pago de las cesantías, se deben tener en cuenta los términos señalados en la Ley 1071 de 2006 para la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las mismas, así como el término de su ejecutoria, pues tal como lo ha precisado el órgano de cierre de esta jurisdicción, el objeto de la norma fue buscar que las entidades reconozcan y paguen de forme oportuna las cesantías de sus trabajadores, evitando actos de corrupción, favorecimientos indebidos o perjuicios a los empleados.

Al respecto, citó las sentencias del Consejo de Estado de 27 de marzo de 2007 y la reciente sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso radicado con el número 73001-23-33-000-2014-00580-01.

Por lo tanto, concluyó que para efectos del reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías se deben contabilizar los 15 días con que cuenta la entidad para la expedición del acto administrativo, 10 días de ejecutoria del mismo y el plazo de 45 días para el pago que consagra la Ley 1071 de 2006, de modo que vencido el plazo total de 70 días hábiles, luego

---

<sup>6</sup> Folios 93 a 96.

de elevada la solicitud de reconocimiento de cesantías, sin que se haya efectuado el pago de las mismas se comenzará a generar la sanción moratoria.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

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

Por auto del 15 de octubre de 2019 se concedió el recurso de apelación formulado por parte actora contra la sentencia de primera instancia.

Por medio de auto de 7 de noviembre de 2019<sup>7</sup> se admitió el recurso de apelación formulado por la parte actora y mediante providencia de 21 de noviembre de 2019<sup>8</sup> se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión.

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

**2.8.1.- Parte demandante:** Presentó alegatos de conclusión mediante escrito radicado el 29 de noviembre de 2019<sup>9</sup>, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**2.8.2.- Parte demandada:** Mediante memorial del 6 de diciembre de 2019<sup>10</sup> señaló que el Decreto 2831 de 2005 estableció la forma especial del reconocimiento de las cesantías de los docentes , términos que cumplió la entidad para realizar el pago de las cesantías solicitadas.

**2.8.3.- Ministerio Público:** Emitió concepto mediante escrito del 29 de noviembre de 2019<sup>11</sup> solicitando revocar la sentencia de primera instancia,

---

<sup>7</sup> Folio 4 cdno. Segunda Instancia.

<sup>8</sup> Folio 9 cdno. Segunda Instancia.

<sup>9</sup> Folios 19 cdno. Segunda Instancia.

<sup>10</sup> Folios 20 a 22 cdno. Segunda Instancia.

<sup>11</sup> Folios 15 a 18 cdno. Segunda Instancia.

pues consideró que la sanción por mora inicia después de cumplidos los 70 hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud, los cuales en el caso en concreto vencieron el 3 de noviembre de 2016, por lo que desde esa data hasta el pago de las cesantías se debe reconocer la sanción solicitada.

### **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 actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2019 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral 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 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 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 del 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 4029 del 20 de noviembre de 2017, expedido por la entidad demandada, 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 Reinaldo Méndez Cadena 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.

El *Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva*, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la sanción moratoria se predica del pago, mas no del término de expedición del acto administrativo de reconocimiento, por lo tanto, solo hay lugar a la sanción cuando la administración sobre pasa los 45 días de pago, circunstancia que no ocurrió en el caso en concreto, pues luego de expido el acto la entidad pagó dentro del anterior término.

Por su parte, *la parte demandante* señaló que el periodo de mora debía ser contado al vencimiento de los 70 días hábiles contados a partir de la radicación de la solicitud.

### **3.3.- Problema jurídico**

Conforme a las precisiones hechas en precedencia, el problema jurídico en el presente caso consiste en determinar, el periodo exacto de la sanción mora reclamada por la parte demandante, de conformidad con lo señalado en la Ley 1071 de 2006.

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>12</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 Reinaldo Méndez Cadena se desempeñó como docente oficial desde el 26 de enero de 1979 al 22 de junio de 2016 (Parte considerativa de la Resolución No. 1936 del 10 de octubre de 2016 fl. 19).
- El demandante solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas el 26 de julio de 2016 (Parte considerativa de la Resolución No. 1936 del 10 de octubre de 2016 fl. 19).

---

<sup>12</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.

- A través de Resolución No. 1936 del 10 de octubre de 2016, la Secretaría de Educación de Neiva – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció y ordenó el pago de unas cesantías definitivas a favor del demandante por valor de \$131.221.251 (fl. 19).
  
- Las anteriores cesantías fueron puestas a disposición del demandante el día 23 de noviembre de 2016, tal como se observa de la observación 2 del recibo de caja emitido por el Banco BBVA (fl. 23).
  
- Mediante petición radicada el 15 de noviembre de 2017, 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. 14 a 16).
  
- Por medio del Oficio No. 4029 del 20 de noviembre de 2017 se negó la anterior solicitud (fl. 17 y 18).

### **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>13</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.

Por lo tanto, concluyó que el Decreto 2831 de 2005 debe ser inaplicado 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

---

<sup>13</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)

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.

### **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 EXTEMPORANEO (después de 15 días)</i>	<i>Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago</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 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>14</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</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso</i>

<sup>14</sup> Se consideran los supuesto 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.

		<i>resuelve</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 entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando la peticionaria 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 Reinaldo Mendez Cadena solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales a través de petición radicada el 26 de julio de 2016, y el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, fue expedido el 10 de octubre de 2016, es decir, más de 15 días después de haberse radicado la petición correspondiente.

Quiere decir lo anterior, el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas 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, de conformidad con lo

previsto por 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	26 de julio de 2016
Plazo para la expedición del acto de reconocimiento	15 días	17 de agosto de 2016
Término de ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento	10 días	31 de agosto de 2016
Término para el pago, luego de ejecutoriado el acto de reconocimiento	45 días	3 de noviembre de 2016
<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 26 de julio de 2016, el plazo de 70 días para el pago de dicha prestación vencía el 3 de noviembre de 2016.

Ahora bien, a folio 17 vuelto se allegó comprobante de pago expedido por el Banco BBVA sucursal Neiva, en el que consta que desde el día 23 de noviembre de 2016 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 4 de noviembre de 2016 y hasta el día 22 de noviembre de 2019, día anterior a la fecha en que se puso a disposición del señora Reinaldo Méndez Cadena 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.

Por lo anterior, la Sala no comparte los argumentos expuestos por el A quo, toda vez que la sanción moratoria también abarca el reconocimiento de las cesantías, pues sin esta decisión, no existe el consecuente pago.

También debe advertir la Sala que el Juez de primera instancia cita jurisprudencia del año 2006 al año 2015, en la cual se indicó que el término de 45 días debe contarse a partir de la firmeza del acto administrativo que reconoció las cesantías, sin embargo, dichas sentencias agregaron que sí se presenta mora en el reconocimiento, la misma debe ser indemnizada.

A manera de ejemplo, el Consejo de Estado en la sentencia del 3 de marzo de 2015 en la Radicación 73001233300020130001701 (0874-14) indicó que *"Teniendo en cuenta el trámite que se surte entre la Secretaría de Educación correspondiente y entidad Fiduciaria se cuentan en total con 30 días hábiles **para la expedición y suscripción del acto administrativo**, pues varias actuaciones interadministrativas deben concurrir en su formación... Además, luego de la suscripción del acto, este debe ser notificado conforme a la norma que le es aplicable y luego de la ejecutoria del acto administrativo, se cuentan con tres días adicionales para que el mismo sea remitido a la sociedad fiduciaria y así poder empezar los trámites correspondientes para efectuar el pago."*, tiempos que si se desconocen generan mora que debe ser indemnizada, circunstancia que no fue estudiada por el Juez, al realizar el análisis del cso con dichas tesis jurisprudenciales.

De otro lado, para esas mismas fechas, el Consejo de Estado había indicado que los docentes no tenían derecho a la sanción moratoria, pues su régimen especial no contenía una disposición de esa índole, por lo que fue necesario que el mismo órgano unificara los distintos criterios respecto a la sanción moratoria.

Sin embargo, se reitera que a la fecha se cuenta con sentencia de unificación emitida por el órgano de cierre de esta jurisdicción, que indica que a los

docentes se les debe aplicar el plazo contenido en la Ley 1071 de 2006, sin tener en cuenta los trámites creados mediante el Decreto 2831 de 2005.

Así entonces, los plazos para el pago y el término por el cual se causó la sanción moratoria a favor del actor teniendo en cuenta los actuales pronunciamientos del Consejo de Estado, en el presente caso se resumen así:

Fecha solicitud cesantías	26 de julio de 2016
Fecha límite de pago	3 de noviembre de 2016
Fecha de pago efectivo	23 de noviembre de 2016
Término de la sanción moratoria	4 al 22 de noviembre de 2016
<b>Días de mora</b>	<b>17</b>

En efecto, el señor Reinaldo Méndez Cadena tiene derecho al reconocimiento de una sanción por mora en el pago de sus cesantías, desde el 4 al 22 de noviembre de 2016, para un total de **17 días de salario**, por lo tanto, el problema jurídico se resolverá en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se accederán a las pretensiones de la demanda respecto al reconocimiento de la sanción moratoria reclamada por la demandante, por el lapso de tiempo antes señalado.

En lo que tiene que ver salario base para liquidar la sanción moratoria reconocida al actor, se debe tener en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de 18 de julio de 2018, en la cual se consideró:

“Al respecto, la Sección Segunda sienta jurisprudencia para precisar que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales será **la asignación básica** diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades, es decir se extienda en el tiempo, además que la penalidad se encuentra justificada por el incumplimiento en la obligación del pago por el empleador; y porque contrario al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 , para los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos

administradores privados y que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996 , la obligación del empleador surge”.

La Sentencia de Unificación antes citada, constituye precedente judicial de carácter vinculante, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencias C-539 de 2011 y C-621 de 2015, por lo tanto, se ordenará tener en cuenta como salario base para liquidar la sanción moratoria a favor del señor Reinaldo Méndez Cadena, su asignación básica devengada al momento en que se comenzó a generar la mora en el pago de sus cesantías, es decir, para el año 2016.

En cuanto a la pretensión de indexación de la sanción moratoria reclamada, se tener en cuenta que la referida Sentencia de Unificación del Consejo de Estado de 18 de julio de 2018, en su parte resolutive dispuso:

**“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”.

Como fundamento de la anterior determinación, el Consejo de Estado consideró que la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, constituye una penalidad severa para quien incumple con la obligación de cancelar las cesantías de forma oportuna *“siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa”*.

De igual forma, el órgano de cierre de esta jurisdicción señaló *“que 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”*.

Así las cosas, acogiendo el criterio jurisprudencial vinculante antes mencionado, la Sala concluye que en el presente caso no es procedente la indexación de las sumas reclamadas por la demandante por concepto de sanción derivada de la mora en el pago de sus cesantías, razón por la cual, dicha pretensión no se encuentra llamada a prosperar.

#### **IV. PRESCRIPCIÓN**

En relación con la prescripción, el Consejo de Estado, en sentencia proferida el 15 de febrero de 2018, 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. PRESCRIPCION. 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 y por ende se hizo exigible a partir del 4 de noviembre de 2016, día siguiente al plazo máximo para el pago de esa prestación (cesantías), y la petición de reconocimiento se radicó el 15 de noviembre de 2017, es decir dentro de los tres años siguientes, por lo cual no hay lugar a declarar el fenómeno prescriptivo.

#### **IV. COSTAS**

##### **4.1.- Costas en primera instancia**

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* no condenó en costas a la parte actora, decisión que no fue objeto de apelación, en consecuencia, permanecerá incólume.

#### **4.2.- Costas en segunda instancia**

En relación con la procedencia de emitir condena en costas, es preciso 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<sup>15</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>16</sup>, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365<sup>17</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.*

---

<sup>15</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>16</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>17</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)

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

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

*(...)”(Resaltado por la Sala).*

De lo anterior 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, se advierte que en este caso, pese a que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, no habrá lugar a imponer condena en costas contra la parte demandada, toda vez que, una vez examinado el expediente, la Sala no encuentra elementos de prueba que demuestren o justifiquen que en el presente caso efectivamente se hayan ocasionado erogaciones por la parte demandante, a quien se le resolvió favorablemente la presente Litis, que hagan procedente la imposición de costas.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de prueba que acrediten que con ocasión del presente proceso la demandante haya tenido que asumir gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida. Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la causación de agencias en derecho en el curso del proceso, razón por la cual, no resulta procedente la imposición de costas.

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: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva el día 11 de septiembre de 2019, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por el señor Reinado Méndez Cadena contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la **NULIDAD** del oficio No. 4029 del 20 de noviembre de 2017 expedido por la entidad demandada que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del pago tardío de las cesantías.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a PAGAR a favor del señor Reinaldo Méndez Cadena, una sanción por mora en el pago de sus cesantías parciales, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, a razón de un día de salario por cada día de mora, a partir del 4 y hasta el 22 de noviembre de 2016, día anterior a la fecha en que se efectuó el pago de dicha prestación, para un total de 17 días, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Para tal efecto, se deberá tener en cuenta como salario base para la liquidación de la sanción moratoria, la asignación básica devengada por el señor Reinaldo Méndez Cadena, al momento en que se generó dicha mora, es decir, la devengada al año 2016.

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** Sin condena en costas.

**SEXTO:** 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.



**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**  
**Magistrado**



**JOSÉ MILLER LUGO BARRERO**  
**Magistrado**



**GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA**  
**Magistrado**