



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	JESSICA YANETH TORO
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN:	73001-33-33-002-2017-00367-00
TEMA:	SANCIÓN MORATORIA DOCENTE.

I. EL MEDIO DE CONTROL.

Procede el despacho a dictar sentencia para resolver en primera instancia la demanda que dio origen al proceso de la referencia, instaurada a través de apoderado judicial por la señora **JESSICA YANETH TORO** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, cuyo texto es el siguiente:

1.1. PRETENSIONES

En resumen, las pretensiones del demandante son las siguientes:

- 1.1.1. Que se declare la NULIDAD del acto administrativo contenido en el oficio N° SAC2017RE4082 de fecha 21 de febrero de 2017, por medio del cual le fue negada la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, así como que se declare el reconocimiento de su derecho.
- 1.1.2. Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la accionada, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, conforme lo establecido en la Ley 1071 de 2006.
- 1.1.3. Igualmente, se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor por la pérdida del poder adquisitivo de la sanción moratoria, acorde con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A.
- 1.1.4. Que se dé cumplimiento a la sentencia acorde con lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda, se resumen de la siguiente manera:

- El 30 de julio de 2015, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías, por laborar como docente al servicio del Departamento del Tolima. (F. 6).

- Por medio de la Resolución N°. 1241 del 18 de marzo de 2016, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas (F. 6-7).
- Las cesantías fueron pagadas el 15 de julio de 2016 (F. 8).
- Mediante petición de fecha 30 de enero de 2017, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías (F.12-14), petición que fue resuelta de forma desfavorable mediante oficio N° SAC2017RE4802 de fecha 21 de febrero de 2017. (F. 9).

1.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS PRETENSIONES

1.3.1. Normas Violadas:

- Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15.
- Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2.
- Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5.

1.3.2 Concepto de Violación

Sostiene la apoderada de la parte demandante que el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, al establecer los términos perentorios para el reconocimiento y pago de las cesantías, está siendo burlado por las entidades demandadas, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber realizado la petición de la misma, evadiendo así la protección de los derechos del trabajador y, en consecuencia, debiendo la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, asumir la sanción correspondiente por la mora en el pago de las cesantías, circunstancia esta que se materializa como medio para resarcir los daños causados al demandante.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 22 de marzo de 2018 (F. 30), ordenando notificar a las entidades demandadas y los demás intervinientes.

Después de correrse traslado de la demanda, y cumplirse el término para la contestación y el traslado de las excepciones, mediante auto calendarado el 25 de julio de 2019 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (F. 40). El 28 de agosto de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial, oportunidad en la que se prescindió de la etapa probatoria, se ordenó a las partes que presentaran sus alegatos de conclusión y el Despacho emitió sentido de fallo. (F. 54-58).

Finalmente, el 29 de agosto de 2019 el proceso ingreso al Despacho para proferir sentencia. (F. 59).

3. RAZONES DE LA DEFENSA

3.1. NACION- MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La entidad demandada no contestó la demanda, según constancia secretarial obrante a folio 38 del expediente.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte Demandante:

Se tendrán en cuenta los presentados en la audiencia.

4.2. Parte Demandada - Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

Se tendrán en cuenta los planteados en el decurso de la audiencia.

4.3. Ministerio Público:

Se tendrán en cuenta los planteados en el decurso de la audiencia inicial.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Problema Jurídico

¿La demandante en su condición de docente, tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, por la no consignación oportuna de sus cesantías?

5.2. Marco Jurídico.

5.2.1. Marco normativo.

Ley 244 de 29 de diciembre de 1995 fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado y estableció sanciones por la mora en la cancelación de dicha prestación, así:

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

Parágrafo.- En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

Esta ley fue adicionada y modificada por la ley **1071 de 31 de julio 2006**¹, cuyo ámbito de aplicación se estableció en los siguientes términos:

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

Los **artículos 4 y 5 *ibídem*** estipularon los términos para la liquidación, reconocimiento y pago ya no sólo de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sino también de las parciales; al tiempo que consagraron la sanción moratoria que el demandante reclama en este proceso. Veamos:

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

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

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”².*

Ahora bien, la **Ley 91 de 29 de diciembre de 1989**³ distinguió entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, en la siguiente forma:

“Artículo 1°.- *Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

¹ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

² Subraya fuera del texto original.

³ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

1. *Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
2. *Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
3. *Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975”.*

Y en el **parágrafo del artículo 2** *ibídem* se advirtió cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la Ley:

“Parágrafo - *Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.*

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975”.

En similar sentido, acerca del régimen prestacional de los docentes nacionalizados, nacionales y aquellos que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, el **artículo 15** dispuso:

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

1.- Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley”⁴.

De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el **numeral 3 de este mismo artículo** señaló:

“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 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre*

⁴ Se subraya.

saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, 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”⁵.

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

Y específicamente (i) en lo que atañe a las **cesantías de los docentes nacionalizados se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y (ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 se les aplica un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

5.2.2. De la sentencia de unificación SU-336 DE 2017.

En casos idénticos al que ahora nos ocupa, el Despacho venía negando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a los docentes oficiales como consecuencia del pago tardío de sus cesantías, por considerar principalmente, que este personal goza de un régimen especial que no consagra dicho reconocimiento; así mismo, porque la Ley 1071 de 2006, cuya aplicación se pretende, no incluía a los docentes como beneficiarios de ese cuerpo normativo y mucho menos de la sanción por mora allí consagrada para otros servidores públicos, tesis esta que encontraba pleno respaldo en las decisiones adoptadas por el H. Tribunal Administrativo del Tolima.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que la H. Corte Constitucional, mediante sentencia SU-336 del 18 de mayo de 2017, cuyo ponente es el Magistrado Iván Humberto Escrujería Mayolo, señaló que aun cuando los educadores oficiales no están expresamente rotulados en ninguna de las categorías de servidores públicos mencionados en el artículo 2 de la Ley 1071 de 2006, lo cierto es que el Estatuto Docente contenido en la Ley 2277 de 1979 los definió como empleados oficiales de régimen especial y a su vez, la Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos (60 de 1993) y la Ley General de Educación (115 de 1994), los denominaron servidores públicos de régimen especial, expresiones que son de contenido equivalente.

Así mismo, la Corporación consideró que existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes, por lo que estos últimos no podrían ser ubicados en ninguna otra categoría y por lo tanto, deben ser considerados empleados públicos.

Igualmente resaltó que, cuando el artículo 19 de la Ley 91 de 1989 establece que el pago de las cesantías de los docentes oficiales se rige por la normatividad vigente, se refiere a la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

En idéntico sentido la Corte manifestó, que la creación de regímenes especiales para ciertos sectores tienden a otorgar mayores beneficios que los establecidos en el régimen general; sin

⁵ Destacado por el Despacho.

embargo, destaca que la Ley 91 de 1989 no pareciera ser más garantista en lo que concierne al pago de la sanción moratoria, lo que en sentir de la Sala evidencia que a los docentes les es aplicable el régimen general en este aspecto, por ser la condición más beneficiosa para ellos.

Así mismo señaló, que el auxilio de cesantías cumple una importante función social por cuanto satisface necesidades vitales del empleado y su núcleo familiar, de tal suerte que su falta de pago o la tardanza en el mismo desestabiliza al trabajador.

Por lo expuesto, la Sala concluyó que a la luz de los postulados constitucionales, de la jurisprudencia de esa Corporación sobre la naturaleza de las cesantías y de los tratados internacionales ratificados por Colombia, **a los docentes oficiales les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de estos la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas.**

5.2.3. De la unificación del Consejo de Estado sobre mora de cesantías docente.

El H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, el 18 de julio de 2018⁶ profirió sentencia de unificación por importancia jurídica sobre el tema que nos ocupa, abordado para el efecto los siguientes interrogantes:

i) ¿Cuál es la naturaleza del empleo de docente del sector oficial?

Sobre este punto, el Consejo de Estado en la providencia aludida presentó, entre otras, las siguientes conclusiones:

- la Sección Segunda consideró que los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales⁷, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.
- Por lo anterior, la Sala unificó su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995⁸ y 1071 de 2006⁹, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.

ii) En el evento en que la administración guarde silencio frente a la solicitud de reconocimiento de las cesantías o se pronuncie de manera tardía ¿A partir de qué momento se hace exigible la sanción por mora?

- **Hipótesis de falta de pronunciamiento o pronunciamiento tardío.**

⁶ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018. Radicación No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (N. Interno 4961-2015).

⁷ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

⁸ «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

⁹ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado señaló que de conformidad con la exposición de las normas que contemplan el plazo para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, y pese a que el parágrafo del artículo 5º, previó la sanción respecto del incumplimiento en el **pago**, más no en el reconocimiento de la prestación social, de acuerdo con la teleología del legislador, se establece que precisamente una de las razones por las cuales se contempló la penalidad fue en aras de establecer una limitación al defectuoso funcionamiento de la administración pública que debido a los procesos burocráticos y la corrupción posibilitaba cambiar el orden de radicación de las peticiones encaminadas al reconocimiento de la prestación social, aprovechándose de la urgencia del empleado para proveer sus necesidades básicas y de su familia¹⁰, o simplemente no emitiría el acto administrativo con el fin de que el plazo para la cancelación del valor no iniciase, y por ende, se condicionaría la norma a la actuación de la entidad pública empleadora.

Bajo ese entendido, la Sección Segunda del órgano de cierre fijó la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –*cesantías parciales o definitivas*- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006¹¹), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹²) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹³], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006¹⁴.

- **Hipótesis del acto escrito que reconoce la cesantía.**

¹⁰ Gaceta del Congreso. Proyecto de Ley 38 de 1995. Senado de la República de Colombia

¹¹ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

[...]

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

¹² «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

[...]

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

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

¹³ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

[...]

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

[...]

¹⁴ «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.»

Luego de fijar la postura sobre el conteo del término de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías cuando la entidad no expide el acto administrativo de reconocimiento de la prestación o lo expide tardíamente, el Consejo de Estado también enseñó cómo debe contarse el término cuando el acto de reconocimiento pensional se expide dentro de los 15 días siguientes al recibo de la respectiva comunicación, estableciendo las siguientes alternativas:

a) Cuando se produce la notificación por medios electrónicos.

En este evento habrá de considerar el artículo 56¹⁵ del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

b) Cuando se efectúa la notificación personal.

En este caso el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68¹⁶ del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo **por aviso** remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69¹⁷ *ibídem*; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

¹⁵ «**ARTÍCULO 56. NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA.** Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título.

La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.» (negrilla y subraya de la Sala).

¹⁶ «**ARTÍCULO 68. CITACIONES PARA NOTIFICACIÓN PERSONAL.** Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días.»

¹⁷ «**ARTÍCULO 69. NOTIFICACIÓN POR AVISO.** Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.»

c) Cuando el acto escrito no se notifica.

Pero en su defecto, y entendiendo que para el pago de la cesantía lo que existe es un término expreso para el empleador *so pena* de constituirlo en mora y generar en su contra una sanción, ese deber ocurre luego de verificar el cumplimiento de otras obligaciones entre ellas, la de notificar el acto de reconocimiento conforme se lo ordena la ley, la cual debió ocurrir por ministerio de la ley a más tardar dentro de los 12 días siguientes a que se expide, así: el término de 45 días solo será viable después de 12 días de expedido el acto definitivo, esto es, considerando la ficción que la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario, 5 días que le dio de espera para comparecer a recibir la notificación, 1 día para entregarle el aviso y 1 más con el que la perfecciona por este medio.

d) Cuando el peticionario renuncia expresamente a los términos de notificación y de ejecutoria.

En este caso, los 45 días para que se produzca el pago de la cesantía reconocida, corren a partir del día siguiente en que renuncia a los términos de notificación y ejecutoria.

e) Cuando el interesado presenta recurso contra el acto de reconocimiento.

En este evento el plazo de los 45 días hábiles, iniciará una vez adquiera firmeza el acto administrativo respectivo, esto es, de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 artículo 87 *ibidem*¹⁸, desde el día siguiente a la comunicación de la decisión sobre los recursos interpuestos; por consiguiente, el cómputo se efectuará así: notificado el acto que resuelva la impugnación, se contabilizará 1 día correspondiente a la ejecutoria y a partir del día siguiente correrá el plazo legal para el pago previsto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

f) Cuando el interesado presenta recurso y este no es decidido.

Sobre este punto, la alta Corporación indicó que pasados 15 días hábiles sin que se notifique acto que resuelve el recurso interpuesto, empezará a correr el término que tiene la administración para pagar la cesantía en los términos que fue reconocida, plazo previsto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 que debe agotarse para causar la sanción moratoria.

Las anteriores hipótesis son resumidas por nuestro órgano de cierre, en el siguiente cuadro:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

¹⁸ «Artículo 87. Firmeza de los actos administrativos. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos. [...]

ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹⁹	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

De otra parte, frente a la aplicación de los términos establecidos en el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 para el cómputo de la sanción moratoria, explicó la alta Corporación que tal disposición desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía, que como se ha visto, resultan aplicables al sector docente oficial. Por ende, a tales servidores se aplicarán los términos contemplados en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En lo que atañe al decreto aludido, el Consejo de Estado en aplicación de la «*excepción de ilegalidad*», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, inaplicó para los efectos de la unificación jurisprudencial la mencionada norma reglamentaria, e instó al Gobierno Nacional a que en futuras reglamentaciones tuviera en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

iii) ¿Cuál es el salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006?

En síntesis, el Consejo de Estado indicó que en lo referente a las cesantías parciales, la asignación básica para la liquidación de la sanción será la que devengue el servidor al momento de la causación de la mora, a diferencia de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las definitivas, que estará constituida por la devengada para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social.

En lo que respecta 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 por cada vigencia fiscal -Efectuar la liquidación el 31 de diciembre y consignar dicho valor antes del 15 de febrero del año siguiente-, razón por la cual la base de liquidación será la vigente al momento de mora y con la asignación básica de cada año.

¹⁹ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cueles, 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.

Desde esa perspectiva, en la sentencia de unificación se presenta el siguiente cuadro explicativo:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

Por último, en la decisión que sirve de soporte para resolver el presente caso, el Consejo de Estado resolvió el cuestionamiento relacionado con la actualización del valor de la sanción moratoria, tal como se estudiará a continuación:

iv) Determinar si resulta procedente la actualización del valor de la sanción moratoria una vez se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la reconoce.

Sobre tal aspecto, el Consejo de Estado indicó que, 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 sentó jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, se aclaró que ello no implicaba el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.

Con fundamento en todo lo antes dicho, el Consejo de Estado fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

*“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

*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 ley²⁰ 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 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.

²⁰ Artículos 68 y 69 CPACA.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA”.

Por último, el Consejo de Estado se encargó de señalar que, si bien, la tesis planteada vía unificación implicaba un cambio de jurisprudencia en la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ello no se está restringiendo el acceso a la administración de justicia, porque en anterior oportunidad los criterios sostenidos estuvieron suficientemente motivados en fuentes normativas e inspiradas en hermenéuticas serias y razonables, tampoco se configuran en alguna de las hipótesis referidas anteriormente, por lo que es improcedente e innecesario dar efectos prospectivos al precedente que constituye esta decisión.

Por lo anterior, el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo dejó sentado que las reglas contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retrospectiva a todos los casos pendientes de decisión tanto en vía administrativa como en judicial, y que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables, es decir, que esta sentencia no tiene efectos retroactivos.

5.3. Caso concreto.

De acuerdo con los medios de prueba válida y oportunamente aportados al proceso, el despacho encuentra acreditados los siguientes hechos relevantes para la decisión del caso objeto de estudio:

- 5.3.1. El 30 de julio de 2015, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías, por laborar como docente al servicio del Departamento del Tolima. (F. 6).
- 5.3.2. Por medio de la Resolución N°. 1241 del 18 de marzo de 2016, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas (F. 6-7).
- 5.3.3. Las cesantías fueron pagadas el 15 de julio de 2016 (F. 8).
- 5.3.4. Mediante petición de fecha 30 de enero de 2017, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías (F.12-14), petición que fue resuelta de forma desfavorable mediante oficio N° SAC2017RE4802 de fecha 21 de febrero de 2017. (F. 9).

De acuerdo con el anterior antecedente fáctico, y con la finalidad de establecer qué regla jurisprudencial es aplicable al presente asunto, lo primero que debe verificar el despacho es si el Secretario de Educación Departamental expidió el acto de reconocimiento de las cesantías parciales dentro del plazo de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, el cual

venció el 24 de agosto de 2015, pero como se evidenció, la Resolución 1241 solo fue proferida hasta el 18 de marzo de 2016.

Bajo ese entendido, el despacho aplicará la regla jurisprudencial referente a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, oportunidad en que la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, 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, tal como se explica en el presente cuadro:

Bajo ese entendido, la operación a realizar es la siguiente:

Término	Fecha	Caso concreto
Fecha de la reclamación de las cesantías	30/7/2015	
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	24/8/2015	Fecha de reconocimiento: 18/3/2016.
Vencimiento del término de ejecutoria - 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	7/9/2015	Fecha de pago: 15/7/2016
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	11/11/2015	Período de mora: 12/11/2015 al 14/7/2016.

De acuerdo con lo anterior, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías se causó desde el 12 de noviembre de 2015 al 14 de julio de 2016, día anterior a la fecha de pago, generándose un retardo de 8 meses y 2 días.

Frente a la asignación básica para la liquidación de la sanción, se aplica la regla fijada en la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado, correspondiente a la fecha en que se causó la mora, esto es, la devengada en el año 2015.

Corolario de lo anterior, atendiendo a que en el plenario está plenamente acreditado que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, son aplicables a la demandante en su calidad de docente oficial y que la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora en el pago de sus cesantías, razón por la cual, se declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° SAC2017RE4802 de fecha 21 de febrero de 2017, por infringir las normas en que debería fundarse, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se condenará a la citada entidad al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo desde el 12 de noviembre de 2015 al 14 de julio de 2016, la cual se liquidará con base en la asignación básica devengada por la actora para la anualidad del 2015, por las razones expuestas en precedencia.

Frente a la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad demandada, conforme a los reiterados pronunciamientos proferidos por el Consejo de Estado²¹, si bien las Secretarías de Educación de los entes territoriales son las encargadas de atender las solicitudes prestacionales presentadas por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a una delegación efectuada a través del Decreto 2831 de 2005, lo cual no exime al Fondo de su obligación de pagar las cesantías y sanción moratoria por su no pago oportuno, pues, de conformidad con el artículo 9º de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales

²¹ Ver, entre otras, las sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), radicación número: 25000-23-25-000-2011-00632-01(0680-13); el 14 de febrero de 2013, magistrado ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicación número: 25000-23-25-000-2010-01073-01(1048-2012).

de sus afiliados deben ser reconocidas por la “Nación a través del Ministerio de Educación Nacional”.

En este contexto, es claro que las Secretarías de Educación elaboran el proyecto de resolución que reconoce o niega una prestación social, el que con posterioridad debe aprobar o improbar la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo, pero todo esto se hace en nombre y representación de la Nación - Ministerio de Educación y del referido Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues es éste el encargado por el ordenamiento jurídico de pagar tales emolumentos y, por lo tanto, debe comparecer al presente proceso en condición de demandado.

5.4. Prescripción.

Es de resaltar, que aunque nada se dijo sobre el particular en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018, es preciso señalar que a través de la sentencia del 15 de febrero de 2018²², proferida por la Sección Segunda – Subsección A, con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, la Corporación se pronunció sobre el tópico para indicar que la sanción moratoria no es accesoria a la prestación de cesantías, pues si bien es cierto, se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento ni hacen parte de él, pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento del deber legal consagrado a cargo del empleador que llegue a inobservar la fecha en que debe efectuarse el pago de esa prestación.

Igualmente, la Sala manifestó que como este reconocimiento pecuniario hace parte del derecho sancionador y a pesar que las disposiciones que lo introdujeron en el ordenamiento jurídico no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, por cuanto una de las características del derecho sancionador es precisamente que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Así las cosas, nuestro superior jerárquico indicó que como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, no existe controversia alguna sobre el particular; sin embargo, precisó que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, cuyo tenor literal expresa:

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

Atendiendo la norma transcrita y descendiendo al caso concreto, se recuerda que la sanción moratoria en el caso de la señora **JESSICA YANETH TORO**, empezó a correr el día **12 de noviembre de 2015**; sin embargo, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de dicha sanción mediante escrito radicado ante la Secretaría de Educación Departamental el día **30 de enero de 2017**, es decir, dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho, motivo por el cual se declarará no probada la excepción de prescripción.

5.5. Indexación.

²² Radicación No. 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14).

La demandante pretende que se condene a la demandada a indexar los valores resultantes de la sanción moratoria; no obstante, el Despacho habrá de negar esta pretensión por cuanto como se señaló con antelación en esta providencia, el Consejo de Estado explicó claramente en su sentencia de unificación, que no hay lugar a indexar la sanción moratoria por cuanto dicha sanción penaliza la negligencia u omisión del empleador que no paga oportunamente las cesantías a sus empleados y el valor de dicha penalidad es mucho mayor al de la indexación y por lo tanto, cubre la misma.

5.6. De las costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

En concordancia, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 1º que **se condenará en ellas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación**, casación, queja, súplica, anulación, o revisión que haya propuesto, y en su núm. 4º agrega: *“cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”*.

Por su parte, el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Ahora bien, sobre el tema de la condena en costas, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sido reiterativo en señalar que se aplica un criterio objetivo valorativo, exponiendo en sentencia calendada el 26 de julio de 2018²³, las siguientes conclusiones:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el C.G.P., esto es, **con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso**. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal.
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el C.G.P., previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

Teniendo en cuenta, por un lado, la gestión adelantada por el apoderado de la parte demandante en el curso del proceso, pues se verifica su asistencia a la audiencia inicial programada en este proceso y, por otro, efectuado el pago de los gastos del proceso, con fundamento en lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, resulta ajustado condenar en costas procesales a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para el efecto, se fijan como Agencias en Derecho a favor del demandante, el equivalente a cien mil pesos (\$100.000).

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo de Oralidad del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

7. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° SAC2017RE4802 de fecha 21 de febrero de 2017, mediante el cual se negó a la señora **JESSICA YANETH TORO**, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, como consecuencia del pago tardío de sus cesantías.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reconocer y pagar a favor de la señora **JESSICA YANETH TORO**, identificado con C.C. N°. 65.815.295 expedida en Fresno, un día de salario por cada día de retardo a título de sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el 12 de noviembre de 2015 al 14 de julio de 2016, la cual se deberá liquidar con base en la asignación básica devengada por la parte actora para la anualidad del 2015.

TERCERO: NIÉGUESE la pretensión tendiente a que se condene a la Entidad demandada a indexar la suma resultante de la sanción moratoria, por los motivos señalados con antelación.

CUARTO: Condenar en costas en esta instancia a la Entidad demandada. Por secretaría procédase a su liquidación, para ello se fijan como agencias en derecho a cargo de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el equivalente al cien mil pesos (\$100.000).

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO: A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 187, 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: Háganse las anotaciones pertinentes en el programa Siglo XXI y, una vez en firme, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Original f/do
CARLOS DANIEL CUENCA VALENZUELA
Juez