

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA Sala de Oralidad M.P. Luis Eduardo Collazos Olaya

Ibagué, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001-33-33-007-2019-00155-01
Demandante: Manuel Saavedra Miranda
Apoderado: Rubén Darío Giraldo Montoya
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM
Apoderado: Diana Cristina Bobadilla Osorio (principal)
Leidy Johana Barrientos Peñuela (sustituta)
Tema: Sanción moratoria

ASUNTO

Decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor Manuel Saavedra Miranda ¹, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de que se declare la nulidad del acto ficto originado de la petición presentada el 10 de septiembre de 2018, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías.

Consecuencia de la declaración anterior, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la demandada reconocer y pagar sanción moratoria por retardo en el pago de las cesantías, correspondiente a un día de salario por cada día de mora desde el 06 de agosto de 2015 hasta el 30 de noviembre siguiente.

Igualmente, solicitó que se ordene el pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, de acuerdo a lo reglado en los artículos 192 y 195 del CPACA; y que, se condene a la demandada en costas procesales.

1.1.2. Hechos

Las circunstancias fácticas que tienen relevancia frente a las pretensiones de la demanda son las siguientes:

¹ A través de apoderado judicial.

Mencionó que el demandante, quien funge como docente de carácter oficial, el 21 de abril de 2015, solicitó ante el FOMAG el reconocimiento y pago de cesantías parciales.

Anotó que, a través de la Resolución 6203 del 22 de septiembre de 2015, le fue reconocida la prestación solicitada.

Señaló que el pago de las cesantías se efectuó por medio de entidad bancaria el 01 de diciembre de 2015.

Indicó que el 05 de agosto de 2015 vencieron los 70 días hábiles con que contaba la administración para reconocer y efectuar el pago de las cesantías. Agregó que como el pago de la prestación finalmente ocurrió el 01 de diciembre de 2015, hasta el 30 de noviembre de igual año cesó la causación de la sanción moratoria a favor del actor.

Refirió que el 10 de septiembre de 2018 el aquí demandante reclamó el pago de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, la cual fue denegada por intermedio de acto ficto.

1.2. Contestación de la demanda

No hubo intervención en esta etapa procesal.

1.3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, en sentencia proferida el 24 de junio de 2021, sobre el asunto de que trata este proceso, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada de oficio parcialmente la excepción denominada “prescripción”, conforme a lo esbozado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR acaecido el fenómeno del silencio administrativo negativo en relación con la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del demandante, elevada el día 10 de septiembre de 2018, ante la entidad demandada.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la petición del 10 de septiembre de 2018, mediante el cual se negó al señor MANUEL SAAVEDRA MIRANDA, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, como consecuencia del pago tardío de sus cesantías, con base en los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: 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 del señor MANUEL SAAVEDRA MIRANDA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.912.312 expedida en Fresno (Tolima), lo siguiente: i) un día de salario por cada día de retardo por concepto de la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por los 82 días de retardo en el pago de sus cesantías parciales para compra de vivienda, contados a partir del 10 de septiembre de 2015 al 30 de noviembre de 2015, liquidada con base en la asignación básica devengada por el demandante para el año 2015 (\$2.866.699 pesos), que arroja como resultado la suma siete millones ochocientos treinta y cinco mil seiscientos cuarenta y tres pesos

(\$7.835.643), conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia; ii) la indexación sobre la anterior suma de dinero, a partir del 01 de diciembre de 2015 hasta la ejecutoria de la sentencia, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, y iii) los intereses sobre la suma reconocida, a partir del día siguiente de la ejecutoria de la sentencia, según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: 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 cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones de la demanda, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura. (...)

La decisión antepuesta se sustenta argumentando que en el plenario está plenamente acreditado que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, son aplicables al 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, desde el 06 de agosto de 2015 al 30 de noviembre de igual año, sin embargo, por prescripción, el pago de la indemnización se reconoció solo por el periodo comprendido entre el 10 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre siguiente.

El *a quo* precisó que de acuerdo a lo probado en el proceso el 21 de abril de 2015 el actor radicó ante la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima solicitud de pago de cesantías parciales con destino a compra de vivienda, la cual fue reconocida a través de la Resolución No. 6203 del 22 de septiembre de 2015, cuyo valor fue puesto a su disposición el 01 de diciembre de la misma anualidad.

En orden a lo anterior, concluyó que la parte demandada tenía hasta el 05 de agosto de 2015 para reconocer y pagar las cesantías reclamadas por el accionante, así que, como no lo hizo en término, incurrió en mora a partir del 06 de agosto de 2015, la cual se extendió hasta el 30 de noviembre del mismo año, día anterior al pago de la prestación (01 de diciembre de 2015).

En cuanto al fenómeno de la prescripción indicó: *“(...) la sanción moratoria en el caso del señor Manuel Saavedra Miranda, se funda en el reclamo por el pago tardío de unas cesantías del régimen retroactivo, inició el día 06 de agosto de 2015, por lo que éste tenía posibilidad – obligación de reclamar la sanción moratoria hasta el día 06 de agosto de 2018; no obstante, como el actor, por intermedio de su apoderado, sólo elevó reclamación administrativa hasta el día 10 de septiembre de 2018, es claro que los días de mora generados desde 09 de septiembre de 2015 al 06 de agosto de 2015, ya habían prescrito, puesto que cuando el actor formuló su reclamación, había fenecido el término de tres (3) años de que habla el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, para que operase la prescripción del derecho respecto de los mismos y como sobre estos no se presentó solicitud que interrumpiera oportunamente la prescripción, es evidente que ese periodo se encuentra afectado por dicho fenómeno. Así las cosas, habrá de declararse probada de oficio parcialmente la excepción de “prescripción” de la mora generada en el lapso comprendido entre el 06 de agosto de 2015 al 09 de septiembre de 2015, y, en consecuencia, habrá de reconocerse a favor del señor Manuel Saavedra Miranda, una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales que solicitó para compra de vivienda el día 21 de abril de 2015, desde el día 10 de septiembre de 2015 al 30 de noviembre de 2015, equivalentes a 82 días de retardo.”*

1.4. El recurso de apelación

El apoderado de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, formuló recurso de apelación contra la decisión con fundamento en las siguientes consideraciones:

“Teniendo en cuenta lo alegado por la demandante en el sub examine, se tiene que, si el convocante solicitó el 21 de abril de 2015, ante la Secretaria de Educación del Departamento de Guainía el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales, dicha entidad gozaba de 15 días hábiles para expedir el correspondiente acto administrativo; no obstante, fue hasta el 22 de septiembre de 2015, que se manifestó al respecto, en esta medida y sin que se configure un allanamiento a las pretensiones de la demanda, podría establecerse que el término para el pago oportuno de sus cesantías vencían el 5 de agosto de 2015, y pese a ello se cancelaron el 1 de diciembre de 2015.

Visto lo anterior, si el término para el pago oportuno de las cesantías vencía el 5 de agosto de 2015, a partir del día siguiente se hizo exigible su derecho de acudir ante la administración para solicitar el reconocimiento de la sanción moratoria, por lo que desde esa fecha empozó a correr el término de prescripción trienal que afecta a este tipo de sanción, tal como lo estableció el Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016 (...)

Con fundamento en lo expuesto, se entiende que la parte actora tenía hasta el 5 de agosto de 2018, para solicitar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, en consecuencia, al momento de interponer la solicitud «10 de diciembre de 2018», ya había operado la prescripción extintiva de manera total y no parcial.

En virtud de lo anterior, es improcedente acceder a las pretensiones de la demanda. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta, el parágrafo primero del artículo 57 de la ley 1755 de 2019 se refirió a la mora del ente territorial respecto de la expedición del acto administrativo por medio del que se reconoce la prestación social deprecada por el docente (...)”

De otro lado, indicó que debía revocarse la condena en costas en razón a que el demandante no aporta prueba sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad que desvirtúe la presunción de buena fe.

1.5. Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

Guardó silencio en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad a lo establecido en el artículo 153 del CPACA, según el cual los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

De otro modo, esta Sala se ceñirá a lo reglado en el artículo 328 del CGP, por remisión del artículo 306 del CPACA; en cuanto a que se hará pronunciamiento únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin dejar de lado las decisiones que se deban adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

2.2. Procedibilidad del recurso de apelación

Acorde con lo señalado en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, son apelables las sentencias de primera instancia, circunstancia que es la que se avizora en el presente caso.

2.3. Problema jurídico

De acuerdo con el recurso de apelación², la Sala deberá ocuparse de darse solución a las siguientes preguntas:

- ¿El señor Manuel Saavedra Miranda tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el presunto pago tardío de las cesantías parciales?
- ¿Cuál es la entidad responsable del reconocimiento y pago de la sanción moratoria, en el caso del docente Manuel Saavedra Miranda?
- ¿Es aplicable la prescripción a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y operó dicho fenómeno en el presente asunto?
- ¿Es viable la condena en costas en contra de la parte vencida?

2.3.1. Tesis de la Sala

Se confirmará la decisión recurrida porque en el caso específico se acreditó que hubo mora en el pago de las cesantías parciales reconocidas al aquí demandante, la cual tuvo lugar entre el 06 de agosto de 2015 y el 30 de noviembre de igual año. Sin embargo, y tal como quedó establecido por el *a quo*, por prescripción solo tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria causada entre el 10 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre siguiente, entonces, contrario a lo pedido por la demandada, en este asunto la prescripción operó, pero solo de manera parcial. Respecto a la entidad obliga al pago de la condena, se sostendrá que en el asunto objeto de estudio, es la Nación, Ministerio de Educación Nacional, con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la entidad obligada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el desembolso tardío de las cesantías, porque las normas vigentes y aplicables consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo. Si bien el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019³ y ésta última reguló el tema en su artículo 57, dicha disposición no rige el asunto objeto de estudio porque la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el 21 de abril de 2015 y la sanción moratoria se causó del 06 de agosto de 2015 al 30 de noviembre de igual año, es decir, con anterioridad a la expedición de la mencionada ley. Para finalizar, también se confirmará la imposición de costas porque de acuerdo a la providencia recurrida el Juez condenó por este concepto a la entidad demandada, lo cual resulta razonable puesto que la parte actora debió desplegar todo un proceso judicial para el reconocimiento de un derecho subjetivo amparado en norma legal, lo que sin duda acarreó gastos.

² Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «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»; asimismo, «El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella».

³ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

2.4. Análisis de la Sala

La sección segunda del Consejo de Estado profirió la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018** el 18 de julio de 2018⁴, sobre el tema en la cual fijó las siguientes reglas:

*“(…) PRIMERO: 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 mora en el pago de las cesantías.*

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

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

ii) 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 cuando corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley⁵ 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. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto 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.

iii) Cuando se interpone 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.

***TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA** en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en 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.*

***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. (...)” (Negrillas y subrayas de la Sala)*

⁴ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, expediente radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), demandante Jorge Luis Ospina Cardona.

⁵ Artículo 69 CPACA.

Como sustentación para concluir que la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 es extendible a los docentes, la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 señaló:

*“(...) Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la **carrera administrativa** prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.*

*81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales⁶, 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.*

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995⁷ y 1071 de 2006⁸, 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. (...)” (Negritas del texto original)

2.4.1. Procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías

La Ley 1071 de 2006 “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”, en el artículo 4.º señaló:

“(...) 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.

⁶ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

⁷ «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.»

⁸ «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.»

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 (...)”

Así mismo, frente a la sanción moratoria, el artículo 5° *ibidem* reguló:

*“(...) **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 (...)”

De la normativa transcrita se observa que el legislador no solo reguló la mora en el pago de las cesantías, sino que además le dio un término a la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento.

Ahora bien, sobre la forma de contabilizar los términos a fin de verificar la ocurrencia de la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes, la sentencia de unificación sentó jurisprudencia en el siguiente sentido:

“(...) 95. En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006⁹), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁰) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹¹], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento

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.

[...]

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.»

¹⁰ «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.»

¹¹ «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.

[...]

de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006¹². (...)”

2.4.2. Solución al primer problema jurídico

¿El señor Manuel Saavedra Miranda tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el presunto pago tardío de las cesantías parciales?

Para dar solución al interrogante anterior, se aplicará la regla de unificación referente al acto administrativo expedido de forma tardía citada anteriormente, por lo cual a la luz del caso concreto se observa:

- El demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales el 21 de abril de 2015¹³.
- La prestación fue reconocida mediante la Resolución 6203 del 22 de septiembre de 2015¹⁴.
- Con lo anterior se denota que la entidad sobrepasó el término consagrado en el artículo 4° de la Ley 244 de 1995 atrás citado, en atención a que los 15 días hábiles con los que contaba para expedir la resolución correspondiente fenecieron el 13 de mayo de 2015.
- Por lo tanto, la tardanza en el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías, empezó desde antes de la emisión del acto administrativo de reconocimiento, sin que se demostrara que ello fue culpa atribuible a la demandante.
- Corolario, se deben contar los 45 días aludidos a partir del vencimiento de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, y se adicionan 10 días de ejecutoria del acto administrativo (toda vez que la petición se elevó en vigencia del CPACA).
- Es decir, a partir del 29 de mayo de 2015 empezó a correr el término de 45 días para el pago, el cual feneció el 05 de agosto de 2015.

(Petición de cesantías **21 de abril de 2015** a partir de allí se contabiliza **15** días para expedir el acto + **10** días de ejecutoria = 28 de mayo de 2015 + **45** días para el pago = **05 de agosto de 2015**)

- Ahora bien, conforme a la certificación de la Fiduprevisora la prestación se pagó el **01 de diciembre de 2015**¹⁵.

Visto lo anterior, la entidad demandada incurrió en mora frente a su obligación de efectuar el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas por el demandante, mora que se causó durante el periodo comprendido del 06 de agosto de 2015 al 30 de noviembre de igual año.

¹² «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.»

¹³ Tal como se advierte de la Resolución 6203 del 22 de septiembre de 2015, la cual reposa en el expediente electrónico de Teams – expediente juzgado – carpeta 002CDFolio15 – archivo Manuel Saavedra – páginas 5 a la 7.

¹⁴ Expediente electrónico en Teams – expediente juzgado – carpeta 002CDFolio15 – archivo Manuel Saavedra – páginas 5 a la 7.

¹⁵ Expediente electrónico en Teams – expediente juzgado – carpeta 002CDFolio15 – archivo Manuel Saavedra – página 9.

En orden a lo expuesto, el aquí demandante tiene derecho a que el FOMAG, le reconozca y pague la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, desde el 06 de agosto de 2015 al 30 de noviembre de igual año, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.

2.4.3. Solución al segundo problema jurídico

¿Cuál es la entidad responsable del reconocimiento y pago de la sanción moratoria, en el caso del docente Manuel Saavedra Miranda?

Mediante la Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, se creó el FOMAG como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, norma aplicable para el momento en que se adelantó la actuación administrativa en el *sub lite* y para el presente asunto en sede judicial, señalaba que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el FOMAG, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al fondo de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Si bien el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019¹⁶ y ésta última reguló el tema en su artículo 57, dicha disposición no rige el asunto objeto de estudio porque la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el 21 de abril de 2015 y la sanción moratoria se causó del 06 de agosto de 2015 al 30 de noviembre de la misma anualidad, es decir, con anterioridad a la expedición de la mencionada ley.

En conclusión, en este caso es la Nación – Ministerio de Educación de Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo.

2.4.4. Solución al tercer problema jurídico

¿Es aplicable la prescripción a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales y operó dicho fenómeno en el presente asunto?

La prescripción extintiva hace relación al deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial fijado en la ley; es decir, si los derechos que se han adquirido no se solicitan en un determinado lapso fijado por una norma, se pierde la oportunidad para ejercerlos ante la ausencia del interés que presume el legislador, por parte de quien ostenta el derecho.

Ahora, si bien es cierto que en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 no se consagró expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, ello no quiere decir que esta es imprescriptible, pues una de

¹⁶ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.¹⁷

En este orden, el término para reclamar la sanción por mora en el pago tardío del auxilio de cesantías, se rige por lo establecido en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según se dejó sentado por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016¹⁸, al precisar:

“Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151.”

La mencionada disposición es del siguiente tenor:

“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.”*

Conforme a lo expuesto, ante la ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto del derecho laboral que aquí se reclama, por analogía se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral¹⁹, así se explicó en la sentencia de unificación jurisprudencial de la sección segunda del Consejo de Estado CE-SUJ004 de 2016 a que ya se hizo mención:²⁰

“(…) La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 , previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990. (…)”

Fuera de lo dicho, téngase en cuenta que la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías se causa día a día, no se causa toda en el primer día de mora. Por lo tanto, desde el primer día causado de indemnización moratoria, se abre para el servidor la posibilidad de que reclame ante la administración el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria causada y que se llegase a causar. En efecto, sobre el particular, en dicha sentencia de unificación se concluyó:

*“Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva **respecto de las porciones de sanción**”*

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016 de fecha 25 de agosto de 2016, radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo.

¹⁸ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia CE-SUJ-2-004-2016 de 25 de agosto de 2016, expediente 08001-23-31-000-2011-00628-01.

¹⁹ «[...] 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. [...]».

²⁰ Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016 de fecha 25 de agosto de 2016, radicación: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), demandante: Yesenia Esther Hereira Castillo.

no reclamadas oportunamente.” (Resaltado fuera del texto de la providencia).

El aparte jurisprudencial resaltado en el numeral inmediatamente anterior ratifica lo dicho previamente consistente en que la sanción por el no pago oportuno de las cesantías se causa diariamente, no toda el primer día de mora y, en consecuencia, los días o “porciones de sanción no reclamados oportunamente” son los que se verán afectados por la prescripción extintiva.

De conformidad con lo citado de forma preliminar, en el caso *sub examine* se analizan los siguientes supuestos entorno a la prescripción:

- El periodo de mora causado es del 06 de agosto de 2015 al 30 de noviembre de igual año;
- El demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 el 10 de septiembre de 2018²¹, por el no pago oportuno de las cesantías parciales;
- Dicha petición fue resuelta de manera negativa a través de acto ficto.
- La demanda se formuló el 28 de marzo de 2019.

Como se aprecia, la reclamación en sede administrativa de la sanción moratoria se realizó el 10 de septiembre de 2018, con tal petición se interrumpió la prescripción de la indemnización moratoria que se hubiese causado dentro del trienio anterior, esto es, la causada entre el 10 de septiembre de 2015 y 30 de noviembre de 2015, dado que los días de mora causados en tal período fueron reclamados oportunamente, es decir, antes del vencimiento de tres años desde su causación o exigibilidad.

La sentencia de unificación que se viene comentando es reiterativa en sostener la prescripción parcial de la indemnización moratoria. Es decir, solamente respecto de los días de mora causados y no reclamados oportunamente. En otros términos, los días causados durante el trienio anterior a la reclamación no alcanzan a prescribir, por haber sido reclamados oportunamente.

Son ejemplos de la indicada reiteración los siguientes apartes de dicha providencia, cuando avoca la solución del caso concreto:

a). *No obstante, como la reclamación de la sanción sólo se efectuó hasta el 28 de octubre de 2010, se entiende que la reclamación no fue oportuna, por ende, **deben declararse prescritas las porciones de sanción** reclamadas extemporáneamente...*

b). *Así, como la reclamación de la sanción se radicó el 28 de octubre de 2010, **se deben declarar prescritas las porciones de sanción causadas con tres años de anterioridad, es decir, las generadas antes del 28 de octubre de 2007**...*

c). **Segundo. Declarar probada la excepción denominada “prescripción” respecto de las porciones de sanción moratoria causadas con anterioridad al 28 de octubre de 2007.** (Parte resolutive de la sentencia de unificación que se viene comentando).

²¹ Expediente electrónico en Teams – expediente juzgado – carpeta 002CDFolio15 – archivo Manuel Saavedra – páginas 15 a la 19.

De acuerdo con lo anterior, queda claro, se insiste, que en este caso el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria causada entre el 10 de septiembre de 2015 y el 30 de noviembre de igual, por prescripción de la indemnización causada entre el 06 de agosto y el 09 de septiembre de 2015.

Sobre la aplicabilidad, al caso que nos ocupa, de la sentencia de unificación a que se viene haciendo referencia, en sentencia del 05 de abril de 2018, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, radicación 08001-23-33-000-2014-00069-01, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, se expresó lo siguiente:

“Si bien la sentencia de unificación jurisprudencial a la que se hace referencia se pronunció frente a la sanción moratoria en el caso de la no consignación oportuna de las cesantías anualizadas, en criterio de esta Subsección, por analogía dicha tesis resulta también aplicable respecto a la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas.”

No obstante lo anterior, en la providencia acabada de citar, si bien se expresa que se fundamenta en la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE-SUJ004 de 2016, que se viene comentando en precedencia, no es menos cierto que allí se hace una aplicación equivocada de tal sentencia de unificación en la medida en que se empieza a contar el término de prescripción desde el primer día de mora, para toda la sanción pretendida por el trabajador, desconociéndose igualmente la norma consistente en que dicho término de prescripción no puede computarse antes de la exigibilidad del derecho.

Se aclarar que si bien es cierto en la sentencia del 05 de abril de 2018, se hace una aplicación equivocada de la sentencia de unificación, no es menos cierto que según las circunstancias fácticas que se dan por probadas en la misma, parece ser, que aún con la aplicación correcta de la sentencia de unificación, la indemnización moratoria causada ya estaba prescrita dado que, en efecto, si la cesantía se pagó el 19 de enero de 2010, hasta tal fecha se causó moratoria, pero como reclamó administrativamente el 17 de octubre de 2013, se salvaría de la prescripción la sanción causada durante el trienio anterior, comprendido entre el 17 de octubre de 2010 y el 17 de octubre de 2013, período en el cual efectivamente ya no se había causado indemnización alguna, pues se repite, tal moratoria solamente se causó hasta el 19 de enero de 2010.

En los anteriores términos queda sosegado que la Sala concuerda con el *a quo* en que, como la reclamación de la sanción se radicó el 10 de septiembre de 2018, se deben declarar prescritas solo las porciones de sanción causadas con 3 años de anterioridad, es decir, las generadas antes del 10 de septiembre de 2015. Sumado se advierte que entre la interrupción de la prescripción y la presentación de la demanda no pasaron más de tres años, así se ve líneas atrás.

2.4.5. Solución al cuarto problema jurídico

¿Es viable la condena en costas en contra de la parte vencida?

La parte recurrente argumenta que debe ser relevada de pagar costas procesales por no haberse acreditado en el sumario que su actuación estuviera revestida de actos de mala fe.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 188 del CPACA, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

Ahora, en esta jurisdicción en materia de imposición de costas se aplica la norma en cita, toda vez que la remisión al Código General del Proceso, de acuerdo a la

misma disposición, se desprende que se hace **solo** en lo que respecta a su liquidación y ejecución.

En sentencia proferida el 01 de abril de 2016 por el Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con radicado 7001-23-33-000-2013-00065-01 promovido por el señor Ramiro Antonio Barreto Rojas contra la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, se enfatizó en que el Juez Contencioso Administrativo no está atado a los postulados dispuestos en el artículo 365 del CPG para la imposición de costas. Sobre el particular la sentencia en comentario reza:

“(...) a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. (Subrayado fuera del texto)”

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, la misma Corporación, en sentencia del 18 de agosto de 2018 dentro del proceso con radicado 73001-23-33-000-2014-00723-01, sostuvo:

“(...) esta Sala considera que la referida normativa (se refiere al artículo 188 del CPACA) deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorable a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe (...)”.

En este orden, la imposición de costas comporta un análisis subjetivo del juez contencioso limitado solo por juicios de ponderación que pueden ir desde la temeridad hasta el cambio de precedente jurisprudencial, pasando por criterios de orden económico, entre otros.

Ahora, de acuerdo a la providencia recurrida el Juez condenó en costas a la entidad demandada, lo cual resulta razonable puesto que la parte actora debió desplegar todo un proceso judicial para el reconocimiento de un derecho subjetivo amparado en norma legal, lo que sin duda acarrea gastos, como el de pagar honorarios a un abogado que le proporcione defensa técnica.

Además de lo antes expuesto, está el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adiciona el artículo 188 del CPACA, el cual establece que, en todo caso, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, que no es lo que ocurrió en el presente asunto, ya que los pedimentos de la actora encuentran sustento en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, así que la misma norma permite inferir que cuando sea la administración la que se opone al reconocimiento de un derecho con sustento legal, pues debe ser condenada en costas.

Así las cosas, se insiste que no le asiste razón al recurrente respecto al cargo formulado frente a la condena en costas. Ahora, vale aclarar que respecto al monto de las agencias en derecho no se emite pronunciamiento alguno en razón a que no fue objeto de reproche.

2.4.6. Decisión de segunda instancia

Por todas las razones anteriormente expuestas quedó desvirtuado que le asistiera razón al recurrente respecto a los cargos formulados contra la decisión de primera instancia, por tanto, se confirmará la sentencia proferida el 24 de junio de 2021, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2.5. Costas procesales

Pese a que la providencia recurrida será confirmada en su totalidad, no se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, como quiera que lo cierto es que no se demostró su causación, prueba de ellos es que no intervino la parte contraria en estas diligencias.

2.6. Otras consideraciones

Advierte la Sala que, dada la situación actual de emergencia sanitaria generada por el COVID-19 la presente providencia será estudiada y aprobada mediante la utilización de medios electrónicos, en cumplimiento a las directrices del Gobierno Nacional y del Consejo Superior de la Judicatura -distanciamiento social aislamiento, trabajo en casa, uso de medios electrónicos-, para evitar la propagación de los efectos adversos de este virus.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta sentencia comuníquese la decisión al Juzgado de origen para lo de su competencia, y se harán las anotaciones pertinentes en el programa informático "SAMAI".

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala a través del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Los Magistrados,



JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA