

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, 17 de febrero de dos mil veintidós (2022)

TEMA:

RADICADO: 73001-33-33-007-2020-00011-01

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: Alexander Quimbayo Tafur

APODERADO: Hullman Calderón Azuero

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación

APODERADO: Diana Cristina Bobadilla Osorio y Betty Escobar Varón

ASUNTO: Sentencia Segunda Instancia

Decide la Sala¹ el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 20 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, dentro del proceso promovido por el señor Alexander Quimbayo Tafur contra Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Municipio de Ibagué.

La demanda:

El señor Alexander Quimbayo Tafur, por conducto de apoderado judicial, instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Municipio de Ibagué, con el fin de que se despachen las siguientes:

Declaraciones y condenas (fl. 51, documento 001CuadernoPrincipal, expediente digital)

Que se declare la nulidad del siguiente acto administrativo:

- Acto Administrativo negativo presunto que nació a la vida jurídica por falta de respuesta a la petición interpuesta el 6 de junio de 2019.

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económico, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida, aprobada y firmada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.

Como consecuencia de lo anterior:

Solicitó que se condene a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Municipio de Ibagué – Secretaría de Educación a:

- Que se dé cumplimiento al contenido de la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, con efectos desde el 26 de julio de 2017 hasta la fecha de su pago el 17 de julio de 2018.
- Que se ordene que dicha liquidación sea cancelada como ordena la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, es decir un día de salario a partir del 26 de julio de 2017 hasta la fecha de su pago el 17 de julio de 2018; por lo tanto, se condene a los demandados al pago de \$36.507.931 por el no pago cumplido de las cesantías definitivas del demandante.
- Que se ordene el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo del salario y el pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia por el tiempo siguiente hasta que se cumpla la totalidad de la condena, demás emolumentos de conformidad con los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

Hechos. (fls. 51 y 52, documento 001CuadernoPrincipal, expediente digital)

El actor esboza las circunstancias fácticas en el libelo introductorio, de manera sintetizada se establecen las siguientes:

- Que mediante solicitud SAC 2017PQR10241 del 7 de abril de 2014 requirió el pago de sus cesantías parciales con destino a reparación o remodelación de vivienda.
- Indicó que el día que fue recibida la documentación para este reconocimiento, entregó la totalidad de los documentos solicitados por los convocados y actualizados, tanto así que se expidió la resolución número 1053-001683 del 14 de junio de 2017.
- Que hasta el 14 de junio de 2017 se profirió la Resolución número 1053-01683 y la hacen efectivo el pago de sus cesantías parciales, esto es hasta el 17 de julio de 2018. Recalcó que, mediante apoderado ante la Personería de Ibagué, radicó solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no pago cumplido de las cesantías parciales, por cuanto los convocados se negaron a recibir el derecho del 31 de enero de 2019.
- Que los convocados el 13 de junio de 2019 mediante comunicado a solicitud radicada en la personería de Ibagué, informaron darle trámite a la solicitud de reclamación y pago de la sanción moratoria por el no pago cumplido de cesantías parciales.
- Refirió que los demandados no dan respuesta a derecho de petición del 6 de junio de 2019, naciendo a la vida jurídica un acto administrativo presunto negativo, con el cual están negando el pago de la sanción moratoria por el no pago cumplido de las cesantías parciales.
- Señaló que con el acto administrativo negativo presunto que nace por la no respuesta, se negó la sanción por no pago cumplido de las cesantías parciales establecida en la Ley 244 de 1995 y subrogada por la Ley 1071 de 2006.

Normas violadas

Como normatividad transgredida la profesional en derecho trae a colación: Artículos 2. 13, 23, 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia; Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006; Decreto 1272 de 2018; Artículo 9, Numeral 4 de la Ley 1437 de 2011; Decreto 029 de 2012 y la Ley 734 de 2002, además de las sentencias CE-SUJ-SII-012-2018; Sentencia SU 332 de 2019; Sentencia SU 400 de 1997; - Sentencia C-488 de 1996.

Concepto de la violación. (fls. 53 a 62, documento 001CuadernoPrincipal, expediente digital)

Argumentó que la negativa del pago de las cesantías parciales de los entes demandados, viola las normas descritas previamente, ya que desconoce la aplicación de las mismas en virtud de la existencia de normas especiales, ya que no se atendió la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, quebrantando lo establecido en las leyes que anteceden, en la medida en que no cancela el valor de las cesantías definitivas oportunamente, además de manifestar que la decisión de los demandados viola el artículo 53 de la Constitución Política en relación a la no aplicación del principio de favorabilidad.

Contestación de la demanda

Corrido el traslado del auto admisorio de la demanda de conformidad con lo ordenado por auto del 21 de agosto de 2020 (fls. 1 a 3, documento 005AutoAdmisorioDemanda, expediente digital), el término para contestar la demanda corrió del 9 de diciembre de 2020 al 12 de febrero de 2021(fl. 1, 038VencimientoTrasladoArt172CorreTrasladoArt173, expediente digital).

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 1 a 10, documento 023ContestacionDemandaMineducacion, expediente digital)

Se opuso a las pretensiones planteadas por el demandante argumentando que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías no debe ser aplicable en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005, ya que por inconvenientes operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para expedir las Resoluciones dirigidas al reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fomag.

Concluyó que se debe estudiar el motivo que generó la mora en el caso en concertó dar determinar e individualizar en cabeza de quien se atañe la responsabilidad en caso de haber mora.

Excepcionó frente a lo pretendido, alegando:

- Excepción genérica.
Solicitó que, en virtud del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones, si el juez encuentra probado algún hecho deberá reconocerlo oficiosamente.

Municipio de Ibagué- Secretaría de Educación Municipal (fls. 1 a 10 del archivo denominado 026ContestacionDemandaMunicipioIbague, expediente digital)

Por intermedio de apoderada judicial contestó demanda, oponiéndose a las pretensiones.

Argumentó que en virtud de la Ley 962 de 2005, se estableció que las Prestaciones Sociales del magisterio deben ser reconocidas mediante la aprobación del proyecto de acto administrativo elaborado por el secretario de educación de la entidad territorial a la cual se encuentre vinculado el docente, posterior mente debe ser aprobada o improbada por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por las razones expuesta el Municipio de Ibagué no es el responsable ante la situación que aduce el actor y quien debe realizar el pago oportuno de la prestación reconocida es la Fiduprevisora S.A. quien administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Excepcionó frente a lo pretendido, alegando:

- Inexistencia de la obligación demandada.
Señaló que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien tiene como función reconocer y pagar las prestaciones de los docentes vinculados al servicio del Estado.
- Falta de vicio en los actos administrativos que se acusan
Sustentó que el acto administrativo no nació a la vida jurídica contrariando a la Constitución ni a la Ley.
- Excepción genérica
Solicitó que se declaren probados de manera oficiosa los hechos que constituyan una excepción, conforme lo contemplado en el artículo 306 del C.P.C.

Ministerio Público

No presentó concepto.

La sentencia apelada (fl. 1 a 15, documento 051SentenciaPrimeraInstancia, expediente digital)

La Juez Séptima Administrativa Oral del Circuito Judicial de Ibagué en sentencia del 20 de septiembre de 2021 resolvió **i.** declarar probada la excepción de “*Inexistencia de la obligación demandada*” propuesta por el municipio de Ibagué, **ii.** declaró 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 6 de junio de 2019, y **iii.** negó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, expresó que si bien el demandante afirma que sus cesantías le fueron pagadas a través de entidad financiera solo hasta el **9 de julio de 2018**, lo cierto es que ellas fueron puestas a su disposición el 27 de julio de 2017 conforme se indica en la certificación número 1010403 expedida el 24 de septiembre de 2020, por lo que la entidad accionada no puede entrar a responder por el pago de una penalidad que no fue generada por una acción u omisión suya, sino por una acción del señor Quimbayo Tafur, quien pese a haber sido notificado personalmente de la Resolución de reconocimiento, no estuvo atento, y por ende, no concurrió a su

cobro, razón por la cual se debió reprogramar nuevamente su pago, razones suficientes para denegar las pretensiones referentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías que le fueron reconocidas al actor a través de la Resolución número 1053-00001683 del 14 de junio de 2017, las demás pretensiones derivadas de su prosperidad.

Apelación de la parte demandante (fls. 1 a 40, documento 055RecursoApelacionParteDemandante, expediente digital)

El apoderado judicial de la parte demandante, presentó escrito por medio del cual adujo que no comparte la decisión del a quo en razón a que considera que como la Resolución No. 1053-00001683 del 14 de junio de 2017 indica en la parte resolutive que *“El pago se realizará cuando le corresponda el turno y exista la disponibilidad presupuestal, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa”* razonando así que al actor no se le informó cuando le iban a consignar sus cesantías parciales, ya que quedaron supeditas a disponibilidad presupuestal, sumado a que le consignaron las cesantías en una cuenta masiva y no le notificaron, razón por la cual le reprogramaron el pago de las mismas y que en ninguna parte del expediente se observa que la entidad demandada le comunicó que al actor que ese dinero fue puesto a su disposición el 27 de julio de 2017.

Reiteró que nunca se enteró ni le notificaron del pago, pues le devolvieron el dinero y tuvo que reprogramar el pago después de derechos de petición.

Por último, indicó que no puede imponerse una condena en costas a la parte actora, por cuanto obró de buena fe, con unos presupuestos jurídicos ciertos y con la confianza legítima de existencia de las decisiones que a su juicio eran contrarias al ordenamiento jurídico.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Competencia.

Este tribunal es competente para conocer de la presente apelación de conformidad con los artículos 104 -Inc. 1º.-, 153 y 243 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; pues se cuestiona una sentencia proferida por un Juez del Circuito Administrativo de Ibagué en la que es parte una entidad pública, por causa de una actuación sujeta al derecho administrativo.

Es importante esclarecer que, **el límite competencial del *ad quem*** en la resolución del conflicto **lo marca el libelo impugnatorio**, como tantas veces se reconoce en la jurisprudencia² y lo tiene definido el Legislador -artículos 320 y 328 del Código

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ; Sentencia del 9 de febrero de 2012, Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01 (21060), Actor: Reinaldo Idárraga Valencia y Otros, Demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Ejército, Referencia: Acción de Reparación Directa - Apelación Sentencia) (Sentencia de Unificación Jurisprudencial).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 22 de noviembre de 2018, Radicación número: 08001-23-33-000-2014-01649-01 (2275-16), Actor: Jennifer Sarmiento Sossa, Demandado: Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Dirección de Sanidad de la Policía y Clínica de la Policía Nacional, Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Ley 1437 de 2011, Sentencia O-222-2018.

General del Proceso y artículo 306 de la Ley 1437 de 2011-; lo anterior, sin perjuicio de los deberes que se imponen al Juez Especializado de lo Contencioso para aplicar las disposiciones que rigen nuestra jurisdicción.

Problema jurídico.

En virtud de lo expuesto, la Sala entrará a analizar si confirma, modifica o revoca la sentencia del *a quo*, en la que resolvió negar las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora, aduciendo que a la entidad accionada no le asiste la penalización por el pago tardío de las cesantías, ya que habría puesto a disposición de Alexander Quimbayo Tafur el pago parcial de las cesantías, o si por el contrario, es procedente ordenar el pago de la sanción moratoria tal y como lo refiere la parte apelante.

Marco Normativo y Jurisprudencial.

La acción y sus generalidades.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en la disposición prevista en el Artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., que está al alcance de toda persona que considere haber sufrido agravio en sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico superior, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

El señor **Alexander Quimbayo Tafur** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de declarar la nulidad del acto administrativo negativo presunto que nació a la vida jurídica por falta de respuesta a derecho de petición elevado el 6 de junio de 2019, de reconocimiento y pago de sanción moratoria.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la acción que se ha promovido, y este Despacho es competente para conocer de ello.

El Consejo de Estado³ ha advertido al respecto:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Referencia: Expediente No. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce⁴, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y los particulares expresamente autorizados por la ley⁵, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁶, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁷.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁸, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”

El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

⁴ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁵ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁶ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁷ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

⁸ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

Del reconocimiento de las cesantías a los docentes y la sanción moratoria por el no pago oportuno.

Ciertamente no hay univocidad jurisprudencial en el tratamiento del tema del Consejo de Estado, en el siguiente entendido.

La Ley 91 de 1989, "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales. En tal sentido en su artículo 1°, distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, señalando que los primeros son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Por su parte, el numeral 1° del artículo 15 establece que, a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera:

- Los docentes nacionalizados o territoriales 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 los mismos efectos, 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.

Puntualmente, frente a lo relacionado con las cesantías de los docentes de carácter nacional y vinculado a partir del 1 de enero de 1990, el numeral 3° ibídem, dispuso:

"3.- Cesantías:

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 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, acumulados 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."

⁹ Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 "Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarias; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones". Artículo 10°.- "En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional".

Sobre el particular el H. Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010, dictada dentro del proceso con radicación No. 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09), Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, señaló lo siguiente:

"De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3° de este mismo artículo señala, que, a partir de su vigencia, para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año. Y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

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

En lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses". (Negrilla y Subrayado por la Sala).

Es de concluir, que acorde con la Sentencia del Consejo de Estado citada en precedentemente y referente al caso, que en lo relacionado con las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le debe reconocer y pagar un interés, 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, conservándose el sistema de anualidad.

a través de varios fallos de tutela proferidas por el H. Consejo de Estado¹⁰ se han dejado sin efecto las sentencias que algunas salas de decisión de esta Corporación profirieron, aplicando el precedente relacionado con los sistemas anualizado y de retroactividad de las cesantías, en las que se ha negado el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago inoportuno de cesantías de los docentes cuando a tales servidores los cobija el régimen de retroactividad, decisiones en las que, sin embargo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo han omitido considerar su propio precedente relacionado con los regímenes de retroactividad y el anualizado en el reconocimiento y pago de las cesantías,, y las consecuencias legales que ello implica.

Si bien la postura que el órgano de cierre ha mantenido a partir de su sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, SUJ-012-S2, del 18 de julio de 2018, rad. No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (Número Interno: 4961-2015), ha sido la de dar preminencia a *la ratio decidendi* expuesta en dicha sentencia de unificación para dar solución a situaciones de contornos similares al que aquí se examina, sin importar que el docente pertenezca a uno u otro régimen, aplicando la máxima legal que donde la ley no distingue, no le es dado distinguir al intérprete.

Finalmente, advierte la Sala que cuando el Consejo de Estado obra como juez constitucional ha procedido a amparar los derechos fundamentales de los docentes que presentan las mismas pretensiones que se resuelven en este asunto.

En la jurisprudencia sobre la temática, se tiene que en la Corte Constitucional¹¹ y en

¹⁰ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, subsección “A”, Consejero ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E); Sentencia del 12 de diciembre de 2019, Radicación número 11001-03-15-000-2019-04389-00, Actor: Jesús Bernal Cerquera, Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima.

¹¹ **Sentencia SU-332-19.** Referencia: Expedientes acumulados: T-5904426 (Elsa Marina Ñustes Lozano), T-5904482 (Luis Hernán Medina Urueña), T-5912659 (Margoth Rivera de Quevedo), T-5942333 (Mercedes Castro Pinilla), T-5942352 (Hipólito Arévalo Tique) contra los Juzgados Sexto, Séptimo y Octavo Administrativos Orales del Circuito de Ibagué y el Tribunal Administrativo de Tolima, Asunto: Configuración del defecto por violación directa de la Constitución respecto de la aplicación de la sanción por pago tardío de cesantías al personal docente del sector oficial. Reiteración de jurisprudencia, Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; Sentencia del 25 de julio de 2019.

Sentencia SU-098-18: Expediente T-6.736.200; **Acción de tutela** presentada por Álvaro Bonilla Guerrero contra la Sección Segunda, Subsección “B”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y otro; **Asunto:** Configuración de los defectos sustantivo y por violación directa de la Constitución respecto de la aplicación de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial; Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; Sentencia del 17 de octubre de 2018.

Sentencia SU-336-17. Referencia: Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180 (Acumulados), Acciones de tutela interpuestas por 1) Constanza del Rosario Castro Rodríguez, 2) Adriana Patricia Hernández Lozano, 3) Julio César Oviedo Monroy y otros, 4) Gilma Rosa García Vásquez, 5) Raúl Helvecio Cuenca Ortiz, 6) Janeth Lozano Perdomo, 7) Maribell Villamizar Martínez, 8) Genaro Soto Suárez, 9) María Rene Valderrama de Prada, 10) Ismelda Saavedra Rengifo, 11) José Alexander Prieto Contreras, 12) Ángel Herrera Giraldo, 13) José Inay Guarnizo Rojas, 14) Clara Inés Portela de Castro; contra el Tribunal Administrativo del Tolima y Juzgados Administrativos del Circuito de Ibagué, Magistrado Ponente (e.) IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO; Sentencia del 18 de mayo de 2017.

Sentencia C-741/12. Referencia: expediente OG-137, Objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad al Proyecto de Ley No. 114/09 Senado, 296/10 Cámara, “*Por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2°, literal a) de la Ley 91 de 1989*”, Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA; Sentencia del 26 de septiembre de 2012.

el Consejo de Estado¹² existe unanimidad pacífica al establecer que los docentes

Sentencia C-486/16. Expediente D-11244, Actor: Yobany López Quintero, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 “*por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2016*”, Magistrada sustanciadora: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA; Sentencia del 7 de septiembre de 2016.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 14 de abril de 2016, Radicado: CE-SUJ-215001333301020130013401, No. Interno: 3828-2014, Actora: Nubia Yomar Plazas Gómez, Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Departamento de Boyacá, Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 001/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, Tema: Prima de servicios de docentes oficiales.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER; Sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, Tema: Contrato realidad (docente).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 15 de junio de 2017, Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00156-01 (2159-14), Actor: Herlinda Montaña Bríñez, Demandado: Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Tolima, Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Tema: Sanción moratoria – Docente – Aplicación de la Ley 1071 de 2006, Fallo Segunda Instancia – Ley 1437 de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 5 de octubre de 2017, Radicación Número: 73001-23-33-000-2014-00416-01 (3640-15), Actor: Martha Cecilia Guzmán Torres, Demandado: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, Tema: Sanción moratoria – Docente – Aplicación de la Ley 1071 de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 7 de diciembre de 2017, Radicación: 44001233300020130008901 (3048-14), Actor: Apolinar Rivadeneira Benjumea, Demandado: Departamento de la Guajira. Confirma nugatoria.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Sentencia del 6 de junio de 2018, Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01846-01, Actor: Albeiro Duque Ocampo, Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima y Otro, Acción de Tutela- Fallo de segunda instancia. Niega amparo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 10 de julio de 2018, Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00061-01 (0406-16), Actor: Yocasta Alcalá Terán, Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Sabanalarga y Departamento del Atlántico, Asunto: Revoca sentencia y en su lugar, niega el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, Fallo de Segunda Instancia – Ley 1437 de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15) CE-SUJ2-012-18, Actor: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Trámite: Asunto: Sentencia de unificación sanción moratoria por pago tardío de las cesantías – aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 19 de julio de 2018, Radicación número: 08001-23-31-000-2012-00524-01 (1700-16), Actor: Carlos Julio Rolando Pérez, Demandado: Municipio de Soledad, Atlántico.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero

oficiales son acreedores de los derechos derivados del evento típico descrito por las Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 como una sanción al Estado por no pagar oportunamente sus cesantías; en razón a ello se precisa: **i.** de la lectura del artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., se desprende que para la procedencia del medio de control se requiere la lesión de un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica en favor de una persona, afectación que se ve materializada en un acto administrativo expreso o presunto, susceptible de ser enjuiciado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, **ii.** el medio de control exige inexorablemente la existencia de un pronunciamiento por parte de la administración por medio del cual decida de fondo la situación jurídica que se discute, que en este caso no es otra que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, toda vez que no basta que la misma esté prevista en la ley pues se requiere el agotamiento del procedimiento administrativo para pretender el restablecimiento del derecho -en la medida en que se trata de la penalidad de carácter económico que previó el legislador, para incitar al cumplimiento de los principios de la función administrativa (artículo 209 Superior) por el empleador público, pues por su carácter sancionatorio no se trata de un derecho propiamente laboral, sino de una penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador, que no busca mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito-, **iii.** a los docentes oficiales les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en cuanto a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en razón **a).** la Ley 91 de 1989 no fijó términos para el pago de cesantías ni sanciones, **b).** como consecuencia de ello, es procedente la aplicación de la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, para los docentes, **c).** por cuanto éstas tienen como destinatarios los servidores públicos sin distinción alguna y dada la finalidad de este régimen sancionatorio, **iv.** para resolver estos conflictos, se acude las reglas jurisprudenciales concernientes 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, **a).** de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006), **b).** 10 días del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011), **c).** 5 días, si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984, artículo 51, y d). 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, **v.** por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, **vi.** mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse, **vii.** cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 C. de P.A. y de lo C.A.- y **viii.** una vez

ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ; Sentencia del 23 de agosto de 2018, Radicación número: 44001-23-33-000-2014-00069-01 (4159-16). Actor: María Leonor Pareja López, Demandado: Departamento de la Guajira - E.S.E. Hospital Santo Tomás de Villanueva, Asunto: Fallo ordinario -CPACA-, Sanción moratoria - Confirma nugatoria.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 26 de agosto de 2019, Radicación 68001-23-33-000-2016-00406-01 (1728-2018), Actor: Aurora del Carmen Rojas Álvarez, Demandado: Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Asunto: Fallo ordinario -C.P.A.C.A.- Sanción Moratoria – Docente Oficial – Entidad Responsable – Prescripción – Ajuste de valor desde que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

queda ejecutoriada la condena, no procede indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 Ib., **ix.** recalcando, que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización, sin embargo, el valor total generado sí se ajustará en su valor desde la fecha que cesó dicha mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En materia jurisprudencial, el Consejo de Estado ha manifestado que la cesantía es una prestación social a la que tienen derecho los empleados públicos, entre ellos los del orden territorial e igualmente, los docentes. Esta prestación se reconoce bajo dos postulados: **i)** cuando existe ruptura del vínculo laboral, siendo la cesantía definitiva y **ii)** cuando se dan los supuestos para el otorgamiento de manera parcial, sin que el vínculo laboral cese¹³; aunque, según lo ha señalado la Guardiania de la Carta¹⁴, existen regímenes laborales especiales que garantizan un nivel de protección igual o superior en relación con los regímenes generales, teniendo dicha diferenciación plena justificación al tenor de lo expuesto en el artículo 58 de carácter superior, y en Sentencia C-928 de 2006¹⁵, la Corte Constitucional recordó que en materia prestacional los docentes tienen un régimen propio y dentro del mismo, existe uno de carácter especial el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003; según la Corporación, en esta normatividad se contempla las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías; lo anterior con el objeto de dar la protección y el favorecimiento a los mismos teniendo en cuenta la ardua y trascendental labor que desempeñan en la sociedad.

El tema álgido en el presente asunto se centra en que teniendo los docentes estatales un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, en dicha normatividad no se dispuso de manera expresa la posibilidad de recibir una indemnización producto de la sanción por el no pago oportuno del auxilio en comento, como sí se contempla en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público, recibiendo *per se* un trato claramente diferenciado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en **sentencia de unificación SU-336 del 18 mayo de 2017**¹⁶, manifestó que aunque los docentes no hacen parte de la categoría

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE; Sentencia del 29 noviembre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02988-01(2271-05), Actor: María Nidia Lozano Piza. Demandado: Municipio de Ortega – Tolima.

¹⁴ Sentencia C-566 de 1997. Referencia: Expediente D-1651. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978. Actor: Luis Horacio Muñoz Criollo. Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA; Sentencia del 6 de noviembre de 1997.

¹⁵ Referencia: expediente D-6355, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (parcial), Demandante: Mario Augusto Prieto García, Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO; Sentencia del 8 de noviembre de 2006.

¹⁶ Sentencia SU-336. Referencia: Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180 (Acumulados); Acciones de tutela interpuestas por 1) Constanza del Rosario Castro Rodríguez, 2) Adriana Patricia Hernández Lozano, 3) Julio César Oviedo Monroy y otros, 4) Gilma Rosa García Vásquez, 5) Raúl Helvecio Cuenca Ortiz, 6) Janeth Lozano Perdomo, 7) Maribell Villamizar Martínez, 8) Genaro Soto Suárez, 9) María Rene Valderrama de Prada, 10) Ismelda Saavedra Rengifo, 11) José Alexander Prieto Contreras, 12) Ángel Herrera Giraldo, 13) José Inay Guarnizo Rojas, 14) Clara Inés Portela de Castro;

de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, *“les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989”*¹⁷; lo anterior, teniendo en cuenta el espíritu de la norma, pues *“la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucrando a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial”*; en este orden de ideas, independientemente del tipo de docente *-nacional o nacionalizado, o con régimen retroactivo o anualizado de cesantías-* o de que si tienen o no régimen especial; en aras de materializar el derecho a la igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales, la Corte Constitucional concluye que a los docentes oficiales se les debe reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías una vez el juzgador verifique los presupuestos para acceder a ella.

A las siguientes conclusiones llegó la Corte Constitucional en la reseñada Sentencia de unificación **SU-336-17**:

“(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

*(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989*¹⁸.

(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y

contra el Tribunal Administrativo del Tolima y Juzgados Administrativos del Circuito de Ibagué. Magistrado Ponente: IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO. Sentencia del 18 de mayo de 2017.

¹⁷ Sentencias **C-741 del 26 de septiembre de 2012** Referencia: expediente OG-137. Objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad al Proyecto de Ley N° 114/09 Senado, 296/10 Cámara, “Por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2°, literal a) de la Ley 91 de 1989”. Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA y **C-486 del 7 de septiembre de 2016**, Referencia: Expediente D-11244. Actor: Yobany López Quintero. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 “por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2016”. Magistrada sustanciadora: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

¹⁸ Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016, ya mencionadas.

desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución.

(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012)”.

La Corte Constitucional, tuvo que volver a pronunciarse en la Sentencia **SU-332 del 25 de julio de 2019**, en la cual la Sala Plena reiteró su doctrina constitucional -los docentes son acreedores a la indemnización por el no pago oportuno de sus cesantías, cuestión ampliamente debatida y reiterada- y, la razón obedece a que estos se equiparan a los demás servidores públicos respecto a este asunto para efectos de dar aplicación al principio de favorabilidad, según lo expuesto en precedencia.

No obstante, es pertinente advertir que al realizar el análisis del tema en particular, ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado tuvieron en cuenta la existencia de los dos regímenes de cesantías vigentes en los docentes, para determinar que en favor de uno u otro no se abre paso el derecho, por lo que de acuerdo al cual pertenezca el docente le es mayor o en menor caso beneficioso el pago de su prestación al momento de hacer el cálculo aritmético, sin embargo, esto no se puede entender como una exclusión de alguno de los dos regímenes, pues como ya se mencionó en los anteriores lineamientos no se expresó nada sobre el tema.¹⁹

Conforme lo establecido por el Consejo de Estado, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada tanto del reconocimiento como del pago de las cesantías de los docentes, por esta razón el eventual pronunciamiento sancionatorio no puede afectar el Departamento del Tolima, porque para el efecto, funge por delegación legal de las obligaciones de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme la Ley 91 de 1989 artículo 3 y 4, Ley 962 de 2005, artículo 56, Decreto 2831 de 2005 que reglamentó el inciso 2° del artículo y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

Del término para computar la mora en el pago de las cesantías a los servidores públicos.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de unificación por importancia jurídica, CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018, expediente Nro. 73001-23-33-000-2014-00580-01, interno Nro. 4961-2015, concluyó dada la divergencia en la aplicación del cómputo para establecer la

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 8 de junio de 2017, Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00624-02 (3931-14), Actor: Daniel Osias Chica Vanegas, Demandado: Ministerio de Educación

sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías lo siguiente:

“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. 1071/2006²⁰), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011²¹) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51²²], 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 2006²³.”
(Resaltado por la Sala)

En este orden de ideas, el cómputo por el término total de la sanción moratoria varía entre 65 días (teniendo en cuenta si la petición se presentó durante la vigencia del Decreto 01 de 1984) o de 70 días (si la petición se presentó en vigencia del C. de P. A. y de lo C. A.), lo anterior, por cuanto el término de la ejecutoria de la decisión

²⁰ «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.»

²¹ «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.»

²² «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.
[...]

²³ «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.»

varía de 5 a 10 días.

En lo relativo a la competencia para el pago de la prestación y por supuesto de la sanción por mora.

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

El objeto de la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar²⁴ una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba, circunstancia que en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 de la precitada ley, el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”

*Así las cosas, en lo que tiene que ver con las prestaciones sociales del magisterio y pese a que en efecto la facultad nominadora se encuentre en cabeza de las secretarías de educación del nivel territorial, se tiene que es ésta una competencia dada al respectivo Fondo mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaría de Educación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley 962 de 2005 artículo 56, por lo tanto, encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto **el reconocimiento como el pago de las cesantías de los docentes**, es ostensible que el restablecimiento en tratándose de controversias relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, corresponde a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser en cabeza de quien se encuentra el patrimonio autónomo creado por la ley para el pago de los factores prestacionales de sus afiliados.²⁵ (Resaltado original)*

Conforme lo establecido por el Consejo de Estado, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada tanto del reconocimiento como del pago de las cesantías de los docentes.

Caso en concreto.

En el caso sometido a consideración de la Sala de decisión, el accionante presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendiendo la nulidad del acto

²⁴ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: *“Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.”.*

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 8 de junio de 2017, Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00624-02 (3931-14), Actor: Daniel Osias Chica Vanegas, Demandado: Ministerio de Educación

ficto o presunto que nació a la vida jurídica con ocasión de la no contestación de la petición incoada por el actor el 6 de junio de 2019, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la ley 1071 de 2006.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se declare que tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconozca la sanción por mora establecida en la Ley 1071 y Ley 244 de 1995, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de cesantía parcial o definitiva ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

La Juez Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué en sentencia proferida el 20 de agosto de 2020 resolvió **i.** Declarar probada la excepción denominada *“Inexistencia de la obligación demandada” propuesta por el municipio de Ibagué*, **ii.** 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 6 de junio de 2019 ante la entidad demandada, **iii.** negar las demás pretensiones de la demanda, y **iv.** condenar en costas al demandante en el equivalente al 4% de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte accionada presentó recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia expresando que, expresando que en la Resolución número 1053-00001683 del 14 de junio de 2017 en la parte resolutive se indicó que *“El pago se realizará cuando le corresponda el turno y exista la disponibilidad presupuestal”* por lo que al actor nunca se le informó cuando le iban a pagar sus cesantías parciales, ya que quedaron supeditas a disponibilidad presupuestal, sumado a que le consignaron las cesantías en una cuenta masiva y no le notificaron esto, razón por la cual le reprogramaron el pago de las mismas y que en ninguna parte del expediente se observa que la entidad accionada haya comunicado al actor que el dinero solicitado fuera puesto a su disposición el 27 de julio de 2017.

Hechos probados:

- Certificado de Historia laboral expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fls. 20 a 22, documento 001CuadernoPrincipal, expediente digital)

Este documento demuestra que el actor se desempeña como docente de la Institución Educativa José Celestino Mutis de Ibagué, y para el año 2017 devengó una asignación básica de \$3.397.579 pesos.

- Solicitud de Alexander Quimbayo Tafur radicada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fl. 2, documento 028AntecedentesAdministrativos, expediente digital)

Este documento prueba que el actor radicó petición el **7 de abril de 2017** requiriendo el pago de sus cesantías parciales con el motivo de reparación o remodelación de vivienda.

- Resolución No. 1053-001683 del 14 de junio de 2017 *“Por el cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Parcial para Reparación o Remodelación de vivienda”*,

expedida por la Secretaría de Educación. (fls. 16 a 19, documento 001CuadernoPrincipal, expediente digital)

Este documento prueba que, al docente Alexander Quimbayo Tafur se le reconoció la suma de \$32.617.389 por concepto de liquidación parcial de cesantías que le correspondió por el tiempo de servicios como docente Departamental COF, además precisó que a la suma reconocida se le debía descontar \$17.943.732 por concepto de Cesantías Parciales ya pagadas, quedando como saldo \$14.673.657, valor que se giraría como anticipo de Cesantías Parciales con destino a reparación o remodelación de vivienda.

En el acto administrativo se expresó que *“El pago se realizará cuando le corresponda el turno y exista la disponibilidad presupuestal, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa”*. En la parte considerativa de la resolución se indicó que **el pago solamente podía realizarse cuando existiera disponibilidad presupuestal** para el efecto, tal y como lo señala el artículo 14 de la Ley 344 de 1996 el cual establece que las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos solo podrán pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio de que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para esos efectos y para reducir el regalo entre el monto de las solicitudes y los reconocimientos y pagos cuando existan.

- Petición incoada por Alexander Quimbayo Tafur radicada ante la Personería Municipal de Ibagué (fl. 25, documento 028AntecedentesAdministrativos, expediente digital)

Este documento señala que el 31 de enero de 2019, por medio de apoderado judicial el actor radicó petición ante la Personería Municipal de Ibagué con ocasión a la no contestación por parte de las entidades accionadas frente a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales ya que fueron solicitadas el 7 de abril de 2017 y pagadas hasta el 17 de julio de 2018.

- Factura de depósito bancario (fl. 24, documento 001CuadernoPrincipal, expediente digital)

Este documento prueba que el 17 de julio de 2017 Fiduprevisora S.A. desembolsó \$14.673,657.00 a cuenta del Banco BBVA al beneficiario Alexander Quimbayo Tafur con ocasión al pago de cesantías parciales.

- Certificación de pago de Cesantías, expedido por Fiduprevisora S.A. (fl. 1, documento 020CertificacionPagoCesantiasexpediente digital)

En este documento se certificó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de Cesantía Parcial reconocida por la Secretaría de Educación de Ibagué al docente Alexander Quimbayo Tafur a partir del 27 de julio de 2017, así:

Respetado(a) Señor(a) :

En atención a su solicitud de la referencia, cordialmente nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de Cesantía **PARCIAL** reconocida por la Secretaria de Educación de **IBAGUE**, al docente **QUIMBAYO TAFUR ALEXANDER** identificado con CC No. **12128700**, Mediante Resolución No. **1683** de fecha **14 de Junio de 2017**, quedando a disposición a partir del **27 de Julio de 2017 el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 09 de Julio de 2018** por valor de **\$14,673,657**, a través del Banco BBVA COLOMBIA por ventanilla, en la Sucursal SAN SIMON .

Ahora bien, del material probatorio obrante en el cartulario se encuentra acreditado que el señor Alexander Quimbayo Tafur presta sus servicios como docente de la

Institución Educativa José Celestino Mutis de Ibagué, y para el año 2017 devengó una asignación básica de \$3.397.579 pesos, por tal razón tiene derecho a que sea reconocido su derecho a las cesantías en los términos señalados por la Ley 1071 de 2006.

De igual forma se encuentra probado que el 7 de abril de 2017 el actor radicó petición solicitando el pago parcial de cesantías con ocasión a reparación o remodelación de vivienda, siendo esta reconocida por la entidad accionada.

Asimismo, se constata que, a partir de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales, es decir, del 7 de abril de 2017, petición que se efectuó durante la vigencia de la Ley 1437 de 2011; la entidad contaba con 70 días hábiles para reconocer y pagar las cesantías solicitadas, una vez superado este tiempo se incurriría en la sanción moratoria contemplada en la ley 1071 de 2006.

En resumen, en el caso de marras los cálculos temporales son como se muestran en la siguiente tabla:

Radicación de la solicitud (fl. 2, documento 028AntecedentesAdministrativos, expediente digital) (Art. 4º Ley 1071 de 2006) Término: 15 días	7 de abril de 2017
Vencimiento del término para reconocimiento.	3 de mayo de 2017
Vencimiento del término de ejecutoria (10 días) Art. 76 C. de P.A. y de lo C.A.	17 de mayo de 2017
Vencimiento para el pago de la obligación (45 días Art. 5º Ley 1071 de 2006 o 70 días desde la presentación de la petición) A partir del día siguiente inicia el periodo de mora	26 de julio de 2017
Resolución de reconocimiento (fls. 16 a 19, documento 001CuadernoPrincipal, expediente digital)	14 de junio de 2017
Pago efectivo (fl.1, documento 020CertificaciónPagoCesantías, expediente digital).	27 de julio de 2018
Periodo de mora	No se configura periodo de mora.

No obstante, pese a que Fiduprevisora S.A. desembolsó en término el valor correspondiente a las cesantías parciales solicitadas por el actor, la Resolución No. 1053-001683 del **14 de junio de 2017** “*Por el cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Parcial para Reparación o Remodelación de vivienda*”, expedida por la Secretaría de Educación (fls. 16 a 19, documento 001CuadernoPrincipal, expediente digital) notificada personalmente a Alexander Quimbayo Tafur (fl. 11, documento 028AntecedentesAdministrativos, expediente digital), si bien reconoció y ordenó el pago equivalente a \$32.617.389 M/CTE por concepto de liquidación parcial de las cesantías a lo que se debía restar \$17.943.732 por concepto de cesantías parciales ya pagadas quedando como saldo \$14.673.657.

Ahora bien, respecto del argumento de que en la parte considerativa y resolutive del acto administrativo que reconoció y ordenó el pago de la cesantía parcial, se reitera que la Fiduprevisora S.A certificó que el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio programó pago de Cesantía Parcial reconocida por la Secretaría de Educación de Ibagué, al docente Alexander Quimbayo Tafur, mediante resolución 1683 del 14 de junio de 2017, **quedando a disposición a partir del 27 de julio de 2017**, el cual no fue cobrado, por lo anterior, se programó nuevamente el 9 de julio de 2018 por valor de \$14.671.657 a través del Banco BBVA Colombia por ventanilla, en la Sucursal San Simón.

Se advierte que en el acto administrativo acusado no se indicó que la consignación del pago de las cesantías se realizaría en una cuenta personal del solicitante Alexander Quimbayo Tafur, y que el plazo de vencimiento para el pago de la obligación -45 días Art. 5° Ley 1071 de 2006 o 70 días desde la fecha de la solicitud- se cumplió el 26 de julio de 2017, de tal manera, al quedar el pago a disposición a través del Banco BBVA Colombia por ventanilla desde el 27 de julio de 2017, es evidente que no se generó sanción moratoria, máxime cuando en los términos legalmente establecidos para realizar los pagos fueron respetados por las entidades accionadas, por lo que el no retiro del pago en los términos ya indicados fue resultado de la falta de diligencia del actor, razón por la cual, se confirmará la sentencia de primera instancia, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda.

Costas.

La Sala de decisión no pierde de vista que la parte demandante solicitó se revoque la condena en costas impuesta. Frente a tal aspecto, la Sala considera que el *a quo* aplicó de manera restrictiva lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, por remisión expresa del artículo 188 del C. de P. A. y de lo C. A., al accionante, por lo tanto, es preciso estudiar aspectos como la temeridad o mala fe en la que la parte apelante pudo incurrir, para ello el Consejo de Estado²⁶ se pronunció en los siguientes términos:

“En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse».

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, 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.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER; Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), Actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, Demandada: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró."

Por lo tanto, la Sala advierte que la normatividad deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, puesto que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación, mas no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses.

En este orden de ideas, dicha imposición debe surgir después de tener la certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, por lo que, al no predicarse tal proceder de la parte accionante, es pertinente revocar la condena en costas impuesta a la parte apelante, es decir al señor Alexander Quimbayo Tafur.

Entonces, con base, en lo analizado se revocará el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia y único cuestionado por la parte apelante, a fin de excluir la condena en costas impuesta a la parte accionante.

Costas de segunda instancia.

Resuelto el recurso de apelación y accediendo a las pretensiones de este, es menester hacer el correspondiente análisis de la condena en costas de la segunda instancia.

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, " ... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, **y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador** o el juez, aunque se litigue sin apoderado".

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. *Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.*
- b. *En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V*

En primera instancia.

- a. *Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:*
 - (i) *De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.*
 - (ii) *De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*
- c. *Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.*

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L. V.”

Teniendo en cuenta el artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso el cual establece “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” y que la parte de demandada no allegó prueba de lo causado, esta Sala se abstendrá de condenar en costas y fijar agencias en derecho aplicando el criterio objetivo valorativo consagrado por el Consejo de Estado²⁷, para no hacer gravosa la condición del actor respecto de la sentencia de primera instancia y garantizando la doble instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia dictada el 20 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, que condenó en costas de primera instancia a la parte demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, conforme lo dispuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

²⁷ **“CONDENA EN COSTAS-Criterio objetivo valorativo**

Con el propósito de resolver la controversia que se analiza, se advierte que en el expediente está demostrado que la entidad demandada sí ejerció la defensa durante el trámite de la primera instancia, en forma escrita, con el memorial de contestación de la demanda y, en forma presencial, con su asistencia durante la audiencia inicial; por lo tanto, se debe concluir que sí confluyeron los criterios objetivo y valorativo para que el tribunal impusiera una condena al respecto, a cargo de la parte demandante. En efecto, en aplicación del criterio objetivo, en la sentencia debe haber una disposición o decisión acerca de la condena en costas, bien sea imponiéndola o absteniéndose de hacerlo; en este caso, el juez de instancia decidió condenar en costas. (...) Finalmente, es oportuno señalar que esta Sala ha considerado que para la valoración que debe realizar el juez, con miras a determinar si hay o no lugar a imponer costas, no se incluye el aspecto relativo a la mala fe o temeridad de las partes, pues, de lo que se trata es de verificar la actuación o gestión que haya realizado la parte contraria a aquella a la cual le resultan desfavorables las pretensiones y no de evaluar la conducta leal, adecuada, prudente, oportuna y decorosa de la parte que resulta vencida en la actuación, pues tales circunstancias no impiden la imposición de la condena en costas...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 25 de junio de 2020, Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00502-01 (5485-18), Actor: Nohemí Suaza Triviño, Demandado: Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Temas: Régimen de cesantías con retroactividad, Sentencia Segunda Instancia.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas de la segunda instancia a la parte demandante conforme lo anotado en el acápite correspondiente.

CUARTO: Ejecutoriada la presente decisión, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para lo de su competencia, previas las anotaciones y constancias correspondientes en el sistema "Siglo XXI"

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE²⁸.


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

²⁸ **NOTA ACLARATORIA:** La Providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima y de la misma manera fue firmada y notificada.