

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D. C., 6 de diciembre de 2018.

**Medio de Control:** Nulidad y restablecimiento del derecho.-  
**Radicación:** 730012333000201400650 01.-  
**Interno:** 0762-2016  
**Demandante:** Fredy Albérto Barrios Triana.-  
**Demandado:** Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima.-  
**Tema:** Sanción moratoria – exigibilidad y prescripción – cesantías parciales.

**FALLO SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011**

---

**I. ASUNTO**

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor Fredy Alberto Barrios Triana contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se le negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, de conformidad con la Ley 244 de 1996<sup>1</sup> modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>2</sup>.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. La demanda**

2. El señor Fredy Alberto Barrios Triana en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de

<sup>1</sup>«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.»

<sup>2</sup>«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 disposición.»

2011, presentó demanda el 10 de octubre de 2014<sup>3</sup> contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio<sup>4</sup>.

### 2.1.1. Pretensiones

a. Declarar la nulidad del Oficio 2014RE3800 de 18 de marzo de 2014, mediante el cual el Secretario de Educación y Cultura del departamento del Tolima, le negó el reconocimiento de la sanción por mora<sup>5</sup> en el pago de las cesantías parciales reclamadas a través de la petición con radicado 2009-CES-017659 formulada el 2 de julio de 2009.

b. En consecuencia de la anterior decisión, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada al reconocimiento de un día de salario por cada día de retardo, desde la exigibilidad de la obligación hasta el día anterior a aquél en que se hizo efectivo el pago.

c. Igualmente, solicitó la indexación de las sumas reconocidas en su favor, los intereses moratorios y el cumplimiento del fallo conforme a los artículos 187 y 192 del CPACA.

3. Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes<sup>6</sup>:

### 2.1.2. Fundamentos fácticos.-

a. El demandante precisó que prestó sus servicios como docente de vinculación municipal cofinanciado ante la Institución Educativa Santa Marta del municipio de Coyaima – Tolima desde el 14 de julio de 1994, y en tal virtud, radicó ante el FOMAG solicitud de retiro parcial de cesantías con destino a reparación de vivienda el 2 de julio de 2009.

b. Señaló que el secretario de educación y cultura del departamento del Tolima le reconoció la prestación aludida mediante la Resolución 0749 de 21 de febrero de

<sup>3</sup> Según se observa a folio 17 del expediente.

<sup>4</sup> En adelante, FOMAG.

<sup>5</sup> Establecida en la Ley 1071 de 2006.

<sup>6</sup> Según se observa a folios 13 y 14 del expediente.

2013, por el periodo laborado en forma continua desde el 14 de julio de 1994 al 30 de diciembre de 2010.

c. Manifestó que la entidad demandada debió expedir el acto de reconocimiento a más tardar el 24 de julio de 2009 y cancelar la suma dineraria correspondiente el 6 de octubre de 2009; sin embargo, el pago solo se hizo efectivo hasta el **6 de junio de 2013** [sic]<sup>7</sup>, esto es, después de los 65 días hábiles que establece la norma para su reconocimiento.

d. Adujo que el 11 de marzo de 2014, reclamó al FOMAG la sanción moratoria, lo cual fue resuelto desfavorablemente por el secretario de educación y cultura departamental del Tolima a través del acto administrativo acusado<sup>8</sup>, al considerar que por disposición legal, la entidad encargada de la cancelación de las prestaciones sociales de los educadores le compete al fondo, y además, que el reconocimiento de la prestación aludida se encuentra sujeto al turno de radicación y disponibilidad presupuestal.

### 2.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

4. Invocó como normas desconocidas las siguientes disposiciones<sup>9</sup>: artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 la Ley 244 de 1995; 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

5. Señaló que si bien la Ley 962 de 2005<sup>10</sup> instituyó un trámite complejo para la elaboración de los actos administrativos mediante los cuales se reconocen prestaciones sociales a los docentes, el artículo 56 ibídem<sup>11</sup> y la Ley 91 de 1989<sup>12</sup> establecieron que la obligación de reconocimiento y pago recae sobre el FOMAG, razón por la cual, en el evento de configurarse el retardo, corresponde a dicha entidad cancelar la sanción, pese a que en la expedición del acto de reconocimiento intervengan las secretarías de educación territoriales.

<sup>7</sup> Contrario a lo señalado por el actor, en el certificado expedido por la entidad bancaria BBVA que obra a folio 10 del expediente, se observa que el pago se hizo efectivo el 6 de julio 2013.

<sup>8</sup> Folio 5 del expediente.

<sup>9</sup> Folios 14 a 16 del expediente.

<sup>10</sup> «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.»

<sup>11</sup> «ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.»

<sup>12</sup> «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

6. Manifestó que la finalidad del legislador al expedir la Ley 244 de 1995<sup>13</sup>, fue establecer un término perentorio para la liquidación y pago de las cesantías definitivas y parciales de los servidores públicos, de manera que cuando la administración no se pronuncia o lo hace de manera tardía, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación<sup>14</sup> sostuvo que el plazo se cuenta desde la fecha en que se radicó la petición de la prestación social, es decir, 15 días para expedir la resolución, 5 días de ejecutoria y 45 días para la cancelación, para un total de 65 días hábiles vencidos los cuales se causa la sanción correspondiente a un día de salario por cada día de mora.

7. Finalmente, indicó que se debe integrar como litisconsorcio necesario al departamento del Tolima – secretaría de educación, toda vez que conforme al artículo 2 del Decreto 2831 de 2005<sup>15</sup>, dicha entidad tiene como función la elaboración de la resolución que reconoce el referido emolumento, y además, en sus archivos reposan los antecedentes administrativos del demandante.

#### 2.1.4. Departamento del Tolima – Contestación de la demanda.

8. El departamento del Tolima fue vinculado al proceso mediante auto de 27 de noviembre de 2014<sup>16</sup>, cuyo apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda<sup>17</sup>, al considerar que de acuerdo con la posición de la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Tolima, la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías parciales o definitivas, no le es aplicable al personal docente, dado que el régimen especial que los cubre no los contempló como destinatarios de dicha penalidad.

<sup>13</sup> «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.»

<sup>14</sup> Sentencia del 27 de marzo de 2007.C.p. Jesús María Lemos Bustamante, Rad. 2200-2153-00.

<sup>15</sup> Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6º del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.

[...]

Artículo 2º. *Radicación de solicitudes.* Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.»

<sup>16</sup> Folios 25 a 26 del expediente.

<sup>17</sup> Folios 51 a 58 del expediente.

9. Manifestó que el departamento del Tolima no es responsable del pago de las prestaciones sociales de los docentes y mucho menos de la sanción que del incumplimiento de ellas se deriven, función encargada por disposición de la Ley 91 de 1989<sup>18</sup>, al FOMAG.

10. Propuso la prescripción trienal de las obligaciones por el tiempo transcurrido desde la exigibilidad de la sanción pretendida hasta la fecha en que se formuló la solicitud ante la administración.

#### **2.1.5. Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG.- Contestación de la demanda.**

11. Consideró que la prestación fue reconocida bajo los parámetros legales<sup>19</sup>, sin que la mora sea imputable a la entidad que representa, por cuanto el FOMAG no participa en la expedición del acto administrativo de reconocimiento y orden de pago de las cesantías de los docentes, en tanto ello es competencia de las secretarías de educación territoriales, en las cuales se delegó la potestad nominadora y la responsabilidad frente a las prestaciones sociales de los maestros a su cargo.

12. Argumentó que conforme a la Ley 1328 de 2009<sup>20</sup>, en todos los eventos en los que la Nación deba cancelar intereses de mora causados por obligaciones a su cargo, la sanción no podrá exceder el doble del interés bancario corriente vigente al momento de la fecha legalmente establecida para realizar el pago, sin que se cause lo alegado por el demandante de un día de salario por cada día de retardo.

13. Expuso que la penalidad establecida en la Ley 1071 de 2006<sup>21</sup>, no es procedente para el caso específico de los educadores estatales, al no estar contemplada por la Ley 91 de 1989<sup>22</sup> y el Decreto 2831 de 2005<sup>23</sup>, disposiciones especiales a través de las cuales se creó un procedimiento exclusivo para el trámite de los emolumentos prestacionales de los la afiliados al FOMAG, de

<sup>18</sup> «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

<sup>19</sup> Folios 66 a 72 del expediente.

<sup>20</sup> «Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.»

<sup>21</sup> «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.»

<sup>22</sup> «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

<sup>23</sup> « Por el cual se reglamentan el inciso 2° del artículo 3° y el numeral 6° del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones.»

manera que en virtud del principio de interpretación restrictiva, no es posible extender la aplicación de una sanción prevista en una norma general a un régimen que no lo contempló en sus disposiciones.

14. Adicionalmente, arguyó que la secretaría de educación territorial a la que se encuentra adscrito el demandante, reconoció las cesantías parciales, atendiendo al turno de radicación y disponibilidad presupuestal; y adicionalmente, en garantía al derecho a la igualdad, sin que ello implicara que la cancelación se realizaría de manera inmediata, pues para el caso específico de los educadores estatales, debe demostrarse que no existe petición anterior y que el citado fondo cuenta con el rubro para el pago, y en tal virtud, se entiende extinta cualquier obligación por concepto de la sanción pretendida.

15. Propuso la prescripción trienal como medio exceptivo de cualquier derecho reclamado y, adujo la falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto el acto acusado no fue expedido por el fondo.

#### 2.1.6. Audiencia Inicial.

16. El Tribunal Administrativo del Tolima en Audiencia Inicial celebrada el 21 de agosto de 2015<sup>24</sup>, una vez efectuado el saneamiento del proceso, declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el FOMAG, al manifestar que por disposición legal, el proyecto de reconocimiento de las prestaciones sociales de sus afiliados se encuentra sujeto a la aprobación por parte del referido fondo, lo que implica que lo expresado en tales decisiones no es únicamente la manifestación de voluntad de las entidades territoriales, sino también de dicho patrimonio autónomo, máxime si se tiene en cuenta que al ser una cuenta especial sin personería jurídica no puede ser demandado directamente, sino a través de la Nación y en tal virtud, conforme al artículo 365<sup>25</sup> del CPG, lo condenó en costas.

<sup>24</sup> Folios 87 a 94.

<sup>25</sup> «ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

[...]

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.[...]

Según se observa a folio 91 del expediente, el *A-quo* aplicó por remisión normativa el artículo 365 CGP el cual dispone que deberá condenarse en costas a la parte vencida en el proceso; asimismo a quien se le resuelva de manera desfavorable un

Respecto de la prescripción, indicó que su acreditación está supeditada a las pretensiones de la demanda, por lo que se abordará y decidirá en la sentencia.

### 2.1.6.1 Hechos relevantes en la fijación del litigio.

17. De conformidad con la demanda y su contestación, el tribunal señaló que los hechos en los que están de acuerdo las partes son los siguientes:

«1. Que el señor Fredy Alberto Barrios Triana por laborar como docente, el 2 de julio de 2009, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales. Este hecho se prueba con la copia de la Resolución 0749 de 21 de febrero de 2013. (fol. 5 a 7).

2. Que la suma reconocida por cesantías parciales fueron efectivamente pagadas el día 6 de julio de 2013, por medio del banco BBVA COLOMBIA. Este hecho se prueba con la certificación del comprobante visto a folio 10 del expediente.

3. Que el señor Fredy Alberto Barrios Triana elevó petición ante la entidad accionada el 11 de marzo de 2014, solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales. Este hecho se prueba con la copia de la solicitud vista a folios 3 y 4 del expediente.

4. Que la entidad accionada mediante el Oficio 2014RE3800 de 18 de marzo de 2014, negó lo solicitado por la parte actora. Este hecho se prueba con el acto administrativo desfavorable expedido por el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima visto a folio 5.»<sup>26</sup>

18. Se fijó el litigio a folio 92 del expediente, en los siguientes términos:

«Se deberá establecer si el acto administrativo demandado se ajustó o no a derecho, al negar el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, que en términos de la demanda tiene derecho el señor Fredy Alberto Barrios Triana por no habersele expedido el acto administrativo ni cancelado sus cesantías dentro de los términos establecidos por el legislador».

### III. SENTENCIA APELADA.

20. El Tribunal Administrativo del Tolima mediante fallo del 20 de noviembre de 2015<sup>27</sup>, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que de acuerdo con la

incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

<sup>26</sup> Folio 92.

<sup>27</sup> Folios 108 a 115 del expediente.

postura de la Sala Plena de esa Corporación<sup>28</sup>, el personal docente no es destinatario de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995<sup>29</sup> modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>30</sup>, porque como lo ha señalado la Corte Constitucional<sup>31</sup>, son beneficiarios de un régimen especial en materia de cesantías, pensiones y salud, sin que resulte comparable la manera como se administra, liquida y cancela la aludida prestación social, respecto de aquellos trabajadores sometidos a la Ley 50 de 1990<sup>32</sup>.

21. Así mismo, adujo que la Corte Constitucional<sup>33</sup> ha sostenido la improcedencia general del juicio de igualdad entre las prestaciones contempladas en los diferentes regímenes laborales, en la medida en que no son equiparables y cada uno obedece a requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, dependiendo si son empleos del orden nacional o territorial<sup>34</sup>.

22. Por lo anterior, negó la sanción moratoria y condenó en costas a la parte demandante, conforme lo preceptuado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso<sup>35</sup>.

#### IV. RECURSO DE APELACIÓN.

23. La parte demandante manifestó<sup>36</sup> que la decisión del *a quo* vulneró sus derechos laborales, principalmente el artículo 53 de la Constitución Política, que prevé la aplicación de la situación más favorable al empleado en caso de duda en la interpretación de las fuentes del derecho, toda vez que al ser docente de

<sup>28</sup> Tribunal Administrativo del Tolima. Sentencia proferida el 11 de septiembre de 2014, dentro del proceso con radicación 73001-33-33-006-2012-00018-02 (724-2014). M.P. Alberto Galeano Garzón.

<sup>29</sup> «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.»

<sup>30</sup> «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.»

<sup>31</sup> Al respecto citó Sentencia C-928 de 2006.

<sup>32</sup> «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

<sup>33</sup> Al respecto citó Sentencia C-402 de 2013.

<sup>34</sup> Sentencia C-402 de 2013.

<sup>35</sup> «ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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

[...]

<sup>36</sup> Folios 121 a 124 del expediente.

carácter oficial, ostenta la calidad de servidor público y en tal virtud, le resulta aplicable la Ley 1071 de 2006<sup>37</sup>.

24. Adujo que del proyecto de Ley 44 de 2005 «por medio del cual se reglamenta el pago de las cesantías parciales de los servidores públicos y se fijan términos para su cancelación»<sup>38</sup>, se observa que la aludida sanción se contempló tanto para los empleados públicos como privados, en desarrollo del mandato constitucional del artículo 53 relativo a la igualdad y el derecho al pago oportuno de las prestaciones sociales, el cual rige con independencia del régimen que los regule, máxime cuando las cesantías son un emolumento vital, por cuanto son un ahorro que se invierte en educación, vivienda, entre otros; por consiguiente, deben ser liquidadas por la entidad administradora de forma expedita y conforme a los límites establecidos en la ley, sin olvidar que el FOMAG reconoce en sus cartillas públicas que para el trámite de dicha prerrogativa los términos son los previstos en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

## V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

### 5.1. Parte Demandante.

25. El apoderado de la parte demandante<sup>39</sup> reiteró en su totalidad los argumentos planteados en la impugnación y solicitó tener en cuenta la reciente jurisprudencia de esta Corporación<sup>40</sup> por la cual se establece que es viable la aplicación de la sanción moratoria que contempla la Ley 1071 de 2006<sup>41</sup> a los docentes.

## VI. CONSIDERACIONES

26. Agotado el trámite legal del proceso ordinario dentro del presente asunto, encontrándose en la oportunidad para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida en primera instancia y sin

<sup>37</sup> «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.»

<sup>38</sup> Que actualmente es la Ley 1071 de 2006.

<sup>39</sup> Folios 164 a 170.

<sup>40</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B – Sentencia de 25 de febrero de 2016, Rad. 2016-00252-00; Sentencia de 14 de diciembre de 2015, Exp. 1498-2014 Consejo Ponente: Gerardo Arenas; Sentencia de 10 de julio de 2014, Exp. 2099-13, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero; Sentencia de 14 de diciembre de 2015, Exp: 0271-14, Consejera Ponente. Sandra Lissette Ibarra Vélez.

<sup>41</sup> 28 ibídem.

que se evidencien vicios que acarreen nulidades y requieran el saneamiento por parte del órgano judicial, se procederá a plantear el siguiente:

27. De acuerdo con los cargos formulados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, le corresponde a la Sala resolver lo siguiente:

### 6.1. Problemas jurídicos.-

28. **Problema jurídico central:** Establecer si los docentes oficiales regulados por la Ley 91 de 1989<sup>42</sup>, les son aplicables la Ley 244 de 1995<sup>43</sup> modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>44</sup>, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

29. **Problema jurídico asociado:** Determinar si frente a la situación fáctica del demandante, le es dable el reconocimiento de la sanción moratoria que pretende por el pago tardío de las cesantías parciales.

#### 6.2.1. Solución del problema jurídico central.

30. En primer lugar, la Sala resolverá el problema jurídico central, para lo cual se estará a lo dispuesto en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio del 2018<sup>45</sup> proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, que fijó, entre otras, la siguiente regla jurisprudencial:

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

31. La Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia, con base en los argumentos que de manera sucinta se exponen a continuación:

«[...] la Sala de Sección concluye en primer lugar, que conforme a la soberanía que reside en el pueblo y del cual emana el poder público, cuya manifestación se

<sup>42</sup> « Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

<sup>43</sup> «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.»

<sup>44</sup> «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.»

<sup>45</sup> Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015).

materializó a través de la Constitución Política<sup>46</sup>, no puede existir ninguna categoría jurídica de empleado público que no se origine en la norma superior.

78. En segundo lugar, es preciso señalar que dado el criterio finalista tenido en cuenta por la Asamblea Nacional Constituyente al establecer el artículo 123 de la Constitución Política, se consideró que dentro de la categoría de servidores públicos se encontraban quienes prestaran sus servicios a la comunidad y por ende, ejercieran una función pública de forma permanente. Al respecto, según se expuso, los docentes oficiales prestan un **servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general**.

79. Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central – la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la **descentralización** administrativa, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado.

80. 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 oficiales<sup>47</sup>, 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.** (Se resalta).

32. En tal sentido, el problema jurídico principal se soluciona a la luz de la citada Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, para concluir que en virtud de la condición de docente del sector oficial que ostenta el actor, y por ende, de servidor público, le es aplicable la Ley 244 de 1995<sup>48</sup> modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> «Artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.»

<sup>47</sup> Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

<sup>48</sup> «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.»

<sup>49</sup> «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.»

### 6.2.1. Solución del problema jurídico asociado.

33. Es del caso en este momento, que la Subsección analice la situación fáctica del actor, en aras de establecer si de acuerdo a ella, le es dable el reconocimiento de la sanción moratoria.

34. Al respecto, el acervo probatorio aportado al proceso es el siguiente:

1) Copia auténtica de la Resolución 0749 de 21 de febrero de 2013<sup>50</sup>, proferida por el Secretario de Educación y Cultura del departamento del Tolima y el Profesional Universitario del FOMAG, en virtud de la solicitud con radicación 2009-CES-017659 de 2 de julio de 2009, por la cual se le autorizó el retiro de la suma de \$15.378.961, por concepto de cesantías parciales con destino a reparación de vivienda, por las anualidades de 1994 a 2010, como docente de vinculación municipal cofinanciado de la Institución Educativa Santa Marta del municipio de Coyaima – Tolima.

2) Copia de la petición con radicación **2014PQR9283** del 11 de marzo de 2014<sup>51</sup>, por la cual solicitó el reconocimiento y pago de la **sanción moratoria**, como consecuencia del pago tardío de las cesantías parciales cuyo retiro fue aprobado a través del anterior acto administrativo.

3) Oficio 2014RE3800 de 18 de marzo de 2014<sup>52</sup>, por el cual el Secretario de Educación y Cultura del departamento del Tolima, resolvió desfavorablemente la petición del actor, bajo los siguientes argumentos:

« [...] me permito informarle que la entidad encargada del pago de las prestaciones sociales de los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que son reconocidas por los Secretarios de Educación, son canceladas por la Fiduprevisora S.A., de conformidad con una apropiación aprobada por el Consejo Directivo del Fondo del Magisterio cada año, tal como lo dispone la Ley 91 de 1989. Por lo que no es procedente dicho reconocimiento por parte de este despacho. [...] Por disposición Constitucional no se pueden hacer erogaciones de recursos públicos, cuando no existe el presupuesto que así lo permita y en lo que corresponde al Fondo del Magisterio, no existe un rubro o apropiación presupuestal para cancelar sanciones por posibles moras en el pago; en concordancia con el Decreto 2831 de 2005 artículo 3, parágrafo 2º. [...] Es de aclarar que los actos administrativos que reconocen una cesantía definitiva se encuentran condicionados a turno y disponibilidad presupuestal, esto implica, que mientras no desaparezca la condición referida, el pago no puede realizarse, lo que conlleva su exigibilidad, hasta tanto no corresponda el rubro y exista presupuesto que permita el pago.»

<sup>50</sup> Folios 6 y 7 del expediente.

<sup>51</sup> Folios 3 y 4 del expediente.

<sup>52</sup> Folio 5.

4) Copia del certificado expedido por el Subgerente de la Sucursal San Simón de la entidad bancaria BBVA, del cual se evidencia que el **6 de julio de 2013** se le canceló por concepto de cesantías parciales la suma de \$15.378.961<sup>53</sup>.

35. De acuerdo con los elementos de prueba aportados al proceso, se encuentra acreditado que la administración incurrió en un retardo al expedir el acto administrativo que autorizó el retiro parcial de cesantías por las anualidades de 1994 a 2010, en tanto la petición de la prestación social se radicó el **2 de julio de 2009**, de manera que el plazo de los 15 días previsto en el artículo 4º de la Ley 1071/2006<sup>54</sup> venció el **24 de julio de 2009** y la Resolución 0749 se profirió el 21 de febrero de 2013, esto es, **3 años 7 meses y 19 días** después de la solicitud.

36. En consecuencia, debido a que el acto administrativo no se emitió dentro de la oportunidad legal, deberá aplicarse lo establecido en la Sentencia de Unificación del 27 de marzo de 2007 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación<sup>55</sup>, en cuanto a que el reconocimiento tardío de la prestación social conlleva a que el término inicie a partir de la radicación de la solicitud de cesantías, y se computará así: 15 días hábiles que tiene la entidad para expedir el acto administrativo de reconocimiento [Art. 4 L. 1071/2006]<sup>56</sup>, más 5 días si la petición se presentó en vigencia del CCA – Decreto 01 de 1984, artículo 51<sup>57</sup>, y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles conforme al CCA], que al vencerse causarán la sanción moratoria prevista en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Según se observa a folio 10 del expediente.

<sup>54</sup> «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 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.»

<sup>55</sup> Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007 (I.J). Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01. C.P.: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

<sup>56</sup> «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.»

<sup>57</sup> «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.

[...]

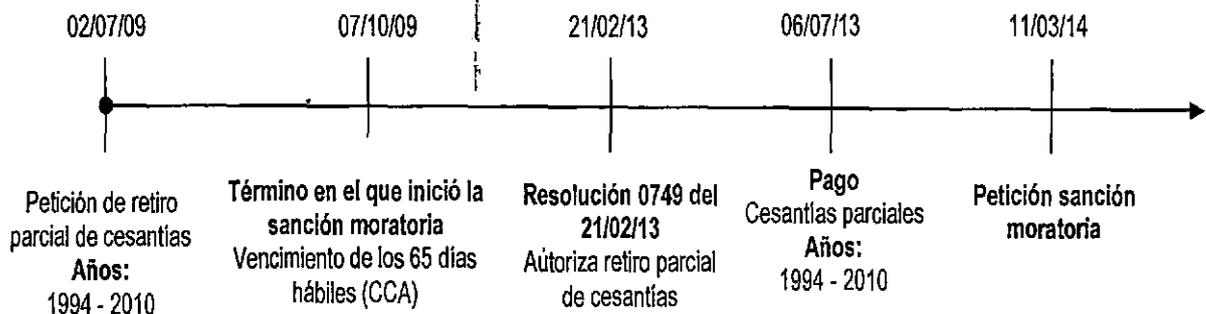
Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

[...]

<sup>58</sup> «Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.»

37. Es del caso señalar, que si bien la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, fijó las reglas atinentes a la exigibilidad de la sanción moratoria contemplada en la Ley 244 de 1995<sup>59</sup> modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>60</sup>, y específicamente en los casos de reconocimiento extemporáneo, se refirió a aquellos procedimientos administrativos iniciados en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011<sup>61</sup>, y debido a que el agotamiento de la vía gubernativa o la petición del actor en el *sub júdice* se radicó el 2 de julio de 2009, esto es, en rigor del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, deberá aplicarse la Sentencia de Unificación del 27 de marzo de 2007 de la Sala Plena de esta Corporación.

38. De lo expuesto, la Sala de decisión observa que los supuestos fácticos del actor son los siguientes:



36. Lo anterior, permite establecer dos situaciones concretas pero en distintos sentidos en el caso objeto de estudio, así:

#### i) Del derecho al reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

37. Como se expuso, de acuerdo con la fecha en que se radicó la solicitud de retiro parcial de cesantías con destino a compra de vivienda, el término inició el **2 de julio**

<sup>59</sup> «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.»

<sup>60</sup> «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.»

<sup>61</sup> «ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauran con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.»

de 2009, de manera que los 65 días hábiles transcurrieron como se expondrá a continuación:

- Vencimiento del término para el **reconocimiento** - 15 días (Art. 4º L. 1071/2006<sup>62</sup>): 24 de julio de 2009.
- Vencimiento del término de **ejecutoria** - 5 días (Art. 51 CCA<sup>63</sup>): 31 de julio de 2009.
- Vencimiento del término para el **pago** - 45 días (Art. 5º L. 1071/2006<sup>64</sup>): 6 de octubre de 2009.

## ii) Inicio de la situación en mora de la entidad.

38. Establecido lo anterior, la Subsección analizará a partir de cuándo es dable exigir la sanción moratoria, aspecto que fue objeto de unificación a través de la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 del 25 de agosto de 2016<sup>65</sup>, en la cual, al resolver una controversia originada en la consignación tardía de las cesantías de un empleado público del nivel territorial beneficiario del sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990<sup>66</sup>, fijó las siguientes reglas jurisprudenciales:

**« [...] - La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.**

- La fecha a partir de la cual procede la reclamación de la indemnización por la

<sup>62</sup> "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 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley."

<sup>63</sup> "Artículo 51. Modificado por el art. 3, Decreto Nacional 2304 de 1989 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 la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene su recibo y tramitación e imponga las sanciones correspondientes.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición.

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

<sup>64</sup> "Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro."

<sup>65</sup> C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>66</sup> «Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.»

mora en la consignación de las cesantías anualizadas, es el momento mismo en que se produce la mora, es decir, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar el pago.

- La fecha hasta la cual corre la mora, producto del incumplimiento en la consignación de las cesantías anualizadas, es aquella en que se produce la desvinculación del servicio.

- El salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado en el momento en que se produce la mora, y cuando concurren dos o más periodos de cesantías y una mora sucesiva, el salario a tener en cuenta para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora, en los términos previamente descritos.

- Cuando se producen moras simultáneas por diferentes periodos de cesantías no consignadas oportunamente, no se generan indemnizaciones concurrentes, sino una única indemnización que corre desde el primer día de la primera mora hasta cuando se produzca el pago, el retiro del servicio, o el transcurso de más de 24 meses, en los términos precisados previamente.» (Se destaca).

39. El citado artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, invocado en la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 del 25 de agosto del 2016<sup>67</sup>, establece al 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 {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.»

40. De conformidad con la norma transcrita, en la citada providencia de unificación<sup>68</sup> se consideró que la obligación se hace exigible **desde el momento mismo en que surge la mora**, por lo que pese a que en ella solo se abordó la prescripción en materia de cesantías anualizadas, la Subsección aplicará la regla atinente a que la reclamación deberá efectuarse desde la causación de la penalidad, que para el caso de aquella prevista en la Ley 244 de 1995<sup>69</sup> subrogada por la Ley 1071 de 2006<sup>70</sup>, será desde el día siguiente a la finalización de los 65 días en los eventos de reconocimiento tardío y respecto de los procedimientos administrativos regulados por el CCA – Decreto 01 de 1984.

41. Lo anterior, permite concluir que a partir del día siguiente al fenecimiento del plazo de los 65 días hábiles descritos de manera precedente, que en el *sub lite*

<sup>67</sup> C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>68</sup> *Ibidem* 67.

<sup>69</sup> «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.»

<sup>70</sup> «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.»

tuvo lugar el **7 de octubre del 2009**, el señor Barrios Triana estaba en la **posibilidad – obligación** de reclamar la sanción moratoria; no obstante, solo formuló la petición en tal sentido hasta el **11 de marzo de 2014**, esto es, **4 años 5 meses y 4 días** después del inicio de la mora del empleador.

41. Así las cosas, se debe distinguir entre dos conceptos: i) la prerrogativa laboral – cesantías, que al ser reconocidas a través de un acto administrativo constituye un título ejecutivo debido a que en él consta una obligación clara, expresa y actualmente exigible conforme al numeral 4 del artículo 297 de la Ley 1437 de 2011<sup>71</sup> y por tanto, susceptible de reclamarse por vía judicial a fin de obtener el pago del crédito allí contenido; y ii) la sanción moratoria derivada del incumplimiento del deber del empleador de los plazos contemplados en la Ley 244 de 1995<sup>72</sup> modificada por la Ley 1071 de 2006<sup>73</sup>, la cual de conformidad con el artículo 151 Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, deberá solicitarse de manera independiente ante la administración a partir de su exigibilidad.

42. Por consiguiente, como quiera que la obligación se causó a partir del **7 de octubre de 2009**, el actor debió reclamar la penalidad dentro de los 3 años siguientes al momento en que el empleador se constituyó en mora, término que venció el **8 de octubre de 2012**, puesto que no estaba supeditado al reconocimiento y cancelación de las cesantías parciales.

43. Ahora bien, en la citada Sentencia de Unificación CE-SUJ2 004 del 25 agosto de 2016, la Sección Segunda determinó que la sanción moratoria no tiene el carácter de accesorio a la aludida prestación social, interpretándola como una expresión del derecho sancionador administrativo<sup>74</sup>, de naturaleza indivisible y única, puesto que una vez es exigible empieza su causación de manera sucesiva

<sup>71</sup> "4. Las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa. La autoridad que expida el acto administrativo tendrá el deber de hacer constar que la copia auténtica corresponde al primer ejemplar."

<sup>72</sup> « 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.»

<sup>73</sup> «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.»

<sup>74</sup> Al respecto, se consideró: « [...] Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación, [...]» (Se resalta)

hasta el pago de la cesantía. El anterior argumento se precisó en los siguientes términos:

« [...] como quiera que hay eventos en que la mora se extienda por más de un año y se produce por periodos sucesivos, es imperioso hacer una excepción a la regla planteada, no sin antes advertir que en el evento en que el empleador se retrase en la consignación de diferentes periodos de cesantías anualizadas, en forma sucesiva e incluso concurrente, no corre en forma independiente un día de salario por cada día de mora por cada uno de los periodos de cesantías debidos, sino que en el supuesto en que se produzca tal acumulación de periodos anuales de cesantías debidas, corre una única sanción que va desde el primer día de mora que se causó respecto del primer periodo, hasta aquél en que se produzca el pago de la prestación, o el retiro del servicio, o los 24 meses, atendiendo los parámetros dados en los acápite previos.»

44. De lo anterior, la Subsección concluye que por la naturaleza penalizadora de la sanción moratoria que procura el reconocimiento y pago dentro de la oportunidad prevista en la ley, su característica de indivisible, y en atención a que no constituye una prestación periódica, deberá reclamarse dentro los 3 años siguientes al momento en que se causa, so pena de que la prescripción la extinga en su totalidad; filosofía que el actor no ejerció, por cuanto tal como se expuso, solo formuló la petición el 11 de marzo de 2014, cuando ya habían transcurrido **4 años 5 meses y 4 días** desde su exigibilidad.

45. Por lo expuesto, se concluye que en relación con los problemas jurídicos central y asociado planteados, los docentes oficiales sí son destinatarios de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006; sin embargo; debido a la situación fáctica del actor expuesta en precedencia, no es dable reconocerle la sanción moratoria, toda vez que por disposición legal operó la prescripción, y en tal virtud, se confirmará la sentencia del 20 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia.

### 6.3 Condena en costas.

46. En el numeral segundo de la parte resolutive del fallo controvertido, se condenó en costas<sup>75</sup> a la parte demandante. Al respecto, la Sala reitera lo

<sup>75</sup> Estas erogaciones económicas son aquellos gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar avante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

expuesto por ambas subsecciones de la Sección Segunda<sup>76</sup> de esta Corporación sobre el particular, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>77</sup>, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso<sup>78</sup>; descartándose así una apreciación que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

47. En el caso, la Sala observa que en el *sub judice* no se configura el elemento objetivo de la condena en costas, en la medida en que se revocó la sentencia proferida por el *a quo*, para en su lugar acceder al reconocimiento de las pretensiones; razón por la cual, no se condenará en costas ni en primera ni en esta instancia a la parte vencida en el proceso

48. Finalmente, del expediente se evidencia que quienes fungen como mandatarios de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no se les ha reconocido personería adjetiva, razón por la cual, conforme al poder y la sustitución allegados a folios 151 y 152 del expediente, se les tendrá como apoderados principal y sustituto del Fomag, respectivamente, a las abogadas Elsa Xiomara Morales Bustos, identificado con C.C 1.110.486.699 de Ibagué y T.P 210.511 del Consejo Superior

<sup>76</sup> Sentencia del 19 de enero de 2015, No. Interno 4583-2013, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia del 16 de julio de 2015, No. Interno 4044-2013, Consejera Ponente (e) Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>77</sup> "ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

<sup>78</sup> "ARTÍCULO 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

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

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

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

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

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

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

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

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción." (Negritas y subrayado fuera del texto original).

de la Judicatura y Luisa Fernández Castellanos, identificada con C.C 1.014.235.649 de Bogotá y T.P 262.670 del Consejo Superior de la Judicatura.

49. En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2015 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia, con excepción del numeral segundo; y en su lugar, se dispone:

**SEGUNDO:** No condenar en costas a la parte vencida en el proceso.

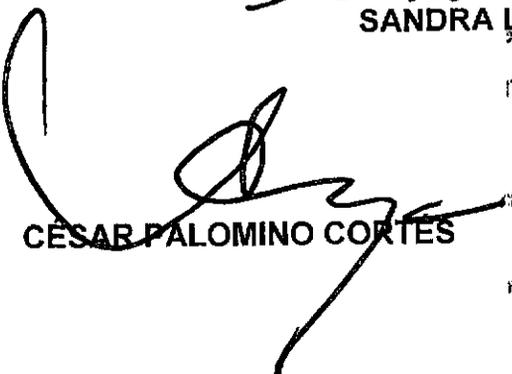
**SEGUNDO:** RECONOCER personería a las abogadas Elsa Xiomara Morales Bustos, identificado con C.C 1.110.486.699 y T.P 210.511 del C. S. de la J., y Luisa Fernández Castellanos, identificada con C.C 1.014.235.649 y T.P 262.670 del C. S. de la J. para actuar como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, de acuerdo con el poder y la sustitución que obran a folios 151 y 152 del expediente.

**TERCERO:** Por Secretaría de la Sección Segunda, devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

  
SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

  
CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

AUSENTE CON EXCUSA