

249



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A**

**CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

**Referencia:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Radicación:** 76001-23-33-000-2016-00268-01 (3957-17)  
**Demandante:** Aníbal Lenis Bermúdez y otros  
**Demandado:** Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

**Temas:** Sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales y definitivas

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

---

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 31 de mayo de 2017 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

**1. Antecedentes**

**1.1. La demanda**

**1.1.1. Las pretensiones**

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, los señores Aníbal Lenis Bermúdez, Aura María



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

Hurtado de Mosquera, Mercedes García Díaz, Ana Rosa Olivo Jaramillo, María Eugenia Cedeño Loaiza, Victoria Eugenia Caballero Cobo y Julio César Diez Cuadros, por conducto de apoderada, formularon demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en orden a que se declare la nulidad de los Oficios 20150170605261 del 21 de julio de 2015; 2015017594341 del 16 de julio de ese año; y 20150320858032- 20150320859202 del 24 de julio de 2015, expedidos por Fiduprevisora, mediante los cuales se negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago inoportuno de sus cesantías parciales o definitivas, según el caso.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar la sanción moratoria en el equivalente a un día de salario por cada día de retraso, de conformidad con lo establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006; asimismo, disponer la indexación sobre las sumas adeudadas, el cumplimiento del fallo en los términos de los artículos 138, 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la condena en costas a la entidad demandada.

### **1.1.2. Hechos**

La situación fáctica que fundamentó las pretensiones es, en síntesis, la siguiente:

Los docentes demandantes laboraron al servicio de la administración municipal de Santiago de Cali.

Con fundamento en la ley que los rige, solicitaron el reconocimiento y pago de sus cesantías, las cuales fueron reconocidas a través de actos administrativos independientes, pero, en todos los casos, el pago de prestación fue tardío.

Producto de la morosidad en el pago de la prestación, la administración vulneró la Ley 1071 de 2006, lo que acarrea una responsabilidad pecuniaria consistente en



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

el pago de un día de salario por cada día de retraso en el pago de las cesantías.

### **1.1.3. Normas violadas y concepto de violación**

Como tales, se señalaron los artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Al desarrollar el concepto de violación, la apoderada de los demandantes manifestó que de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, la sanción por mora en la consignación de las cesantías se configura cuando la entidad empleadora de un servidor público excede el término para pagar la prestación.

Finalmente, expuso que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo idóneo para reclamar la sanción moratoria consagrada en la norma aludida y, por ende, acuden a este, para que se conceda su derecho.

## **1.2. Contestación de la demanda**

### **1.2.1. El municipio de Santiago de Cali**

El ente territorial demandado, actuando por intermedio de apoderado, contestó la demanda<sup>1</sup> y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, pues consideró que los docentes gozan de un régimen prestacional independiente de los demás servidores públicos y no les asiste derecho a reclamar el pago de la sanción moratoria.

Agregó que quienes están amparados por un régimen especial no pueden pretender la aplicación de las garantías del régimen común, pues deben someterse, en su integridad, a aquel.

<sup>1</sup> Folios 113 a 118.



---

Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

Finalmente, planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido y carencia del derecho.

### **1.2.2. La Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**

La entidad demandada, por conducto de su apoderada, contestó la demanda<sup>2</sup> y se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Aseguró que los docentes están amparados por un régimen especial, comprendido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, las cuales no prevén el reconocimiento de la sanción moratoria pretendida; además, el Decreto 2831 de 2005 consagra el procedimiento especial para el trámite del reconocimiento de las prestaciones sociales para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que se determinan las etapas, términos y demás formalidades sobre el particular.

Agregó que existe diferencia entre el procedimiento establecido en la Ley 1071 de 2006 y el que se consagró en el Decreto 2831 de 2005, último de los cuales obedece a las funciones y competencias legalmente atribuidas a las entidades territoriales y a la Fiduprevisora, producto de la descentralización del sector educativo, y ello justifica que no exista un término perentorio para la elaboración del acto administrativo de reconocimiento de la prestación. En cuanto a su pago, está determinado por la existencia de disponibilidad presupuestal, bajo los anteriores argumentos, los docentes se encuentran excluidos de la aplicación de las normas generales, sobre esa materia.

Finalmente, planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, pago de la prestación reconocida en el acto administrativo y prescripción trienal.

---

<sup>2</sup> Folios 148 a 156.

249.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

### 1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante sentencia proferida el 31 de mayo de 2017<sup>3</sup>, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto del derecho reclamado por María Eugenia Cedeño Loaiza y Aníbal Lenis Bermúdez.

Consideró que los docentes sí pueden ser beneficiarios de la sanción moratoria reclamada, en caso de que su empleador incurra en mora para el pago de sus cesantías.

Al analizar cada caso concreto, precisó los extremos inicial y final de reconocimiento de la indemnización por mora en el pago del auxilio de cesantías así: i) Aura María Hurtado de Mosquera, entre el 8 de octubre de 2014 y el 5 de febrero de 2015; ii) Mercedes García Díaz, entre el 25 de octubre de 2013 y el 23 de enero de 2014; iii) Ana Rosa Olivo Jaramillo, entre el 25 de octubre de 2013 y el 23 de enero de 2014; iv) Victoria Eugenia Carabalí<sup>4</sup> (sic) Cobo, entre el 11 de diciembre de 2013 y el 5 de marzo de 2014; v) Julio César Diez Cuadros, entre el 6 de marzo de 2014 y el 21 de abril de 2014; vi) María Eugenia Cedeño Loaiza<sup>5</sup>, entre el 1 de junio y el 3 de diciembre de 2012 y vii) Aníbal Lenis Bermúdez, entre el 1 de junio y el 2 de agosto de 2012.

### 1.4. El recurso de apelación

#### 1.4.1. La Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

La entidad demandada, por intermedio de apoderada, interpuso recurso de

<sup>3</sup> Folios 187 a 189.

<sup>4</sup> Aunque en la sentencia recurrida se indicó que el apellido de la demandante es «Carabalí» de la documental que obra en el expediente, se evidencia que es «Caballero», razón por la cual se hará la precisión más adelante.

<sup>5</sup> Según corrección de la sentencia, realizada mediante providencia del 31 de mayo de 2017 [folio 191].



---

Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

apelación<sup>6</sup> y lo sustentó en que de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que constituye el régimen de cesantías que cobija a los demandantes, no se deriva el reconocimiento de auxilios o sanciones como la ordenada, máxime si no puede producirse el pago de la prestación social cuando no existe presupuesto para ese efecto y, de acuerdo con el orden en que se haya radicado la reclamación correspondiente, so pena de incurrir en violación del derecho a la igualdad.

Agregó que el acto expedido por la entidad territorial, mediante el cual se dispuso el reconocimiento de las cesantías, supeditó su pago a la disponibilidad presupuestal; por ende, no es viable declarar la nulidad del acto censurado, pues está ajustado a la legalidad, razón por la cual deben denegarse las pretensiones de la demanda.

## **1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

### **1.5.1. La parte demandante**

Los accionantes, actuando por intermedio de su apoderada, recorrieron el término de traslado<sup>7</sup> y argumentaron que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado es viable acceder a todas las pretensiones de la demanda.

### **1.5.2. La entidad demandada**

El municipio de Santiago de Cali, actuando por intermedio de su apoderado, recorrió el término de traslado y manifestó que tanto la entidad territorial como la Fidupervisora realizaron las gestiones conforme a sus competencias, tendientes al reconocimiento de las cesantías de los demandantes, por ello, las pretensiones

---

<sup>6</sup> Folios 201 a 206.

<sup>7</sup> Folios 235 a 238.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

deben resolverse en forma desfavorable. Además, solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

### 1.6. El Ministerio Público

No rindió concepto<sup>8</sup>.

La Sala decide, previas las siguientes

## 2. Consideraciones

### 2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer (i) si los demandantes, en su condición de docentes pueden ser beneficiarios de la sanción moratoria por la inoportuna consignación del valor reconocido por concepto de cesantías parciales o definitivas, según el caso, de conformidad con lo previsto en la Ley 1071 de 2006; en caso afirmativo, (ii) determinar si la administración incurrió en mora para el reconocimiento de las cesantías parciales que dé lugar a la sanción establecida en la ley para ese efecto.

### 2.2. Marco normativo

La Ley 6 de 1945 «por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el artículo 17, literal a), *ibidem*, consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

El Decreto 1160 de 1947 «sobre auxilio de cesantías», en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se

<sup>8</sup> Folio 243.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos que estableció para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»<sup>9</sup>, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»<sup>10</sup>; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 «por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», mantuvo el objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías<sup>11</sup>, y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo<sup>12</sup>. Además, en los artículos 6 y 7 *ibidem*, fijó un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la

<sup>9</sup> Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

<sup>10</sup> Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.

<sup>11</sup> Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

<sup>12</sup> Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.



251

---

Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

Ahora bien, la Ley 244 de 1995 «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» en su artículo 1 estableció el término de quince (15) días para que la administración expida el acto de reconocimiento de cesantías definitivas de los servidores públicos, que han de contarse desde la fecha de radicación de la solicitud que se haga en tal sentido, en todo caso, determinó que en el evento de que la solicitud esté incompleta, el empleador debe manifestarlo así al peticionario, dentro de los diez días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen, pueda proferir el acto que reconozca la prestación, en el término inicialmente indicado.

El artículo 2 *ibidem* determinó que una vez se encuentre en firme el acto de reconocimiento de cesantías definitivas, la administración cuenta con el término de cuarenta y cinco días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el párrafo, en el equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago.

Al respecto, es importante hacer mención de los argumentos que sirvieron de soporte a la exposición de motivos que dio origen a la sanción moratoria consagrada en la aludida ley, en especial, los siguientes:

(...) la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites. Este hecho origina además cierto tipo de favorecimiento y que se modifique el orden de radicación de las solicitudes, prácticamente al mejor postor.

Además de este factor de corruptela y tras la tortuosa espera, cuando al final se paga al trabajador su cesantía, tan sólo se le entrega lo que certificó la entidad



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

patronal meses, y hasta años, atrás, al momento de la liquidación. Ni un peso más. No obstante que la entidad pagadora, los Fondos, durante todo ese tiempo han estado trabajando esos dineros a unos intereses elevados, con beneficio para la institución, pero sin ningún reconocimiento para el trabajador<sup>13</sup>.

La Ley 1071 de 2006, adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, **en torno al pago de las cesantías definitivas y parciales**<sup>14</sup> de los servidores públicos, en sus artículos 4 y 5 determinó lo siguiente:

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

**Parágrafo.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 2, los destinatarios de la Ley 1071 de

<sup>13</sup> Gaceta del Congreso año IV – núm. 225 del 5 de agosto de 1995.

<sup>14</sup> Es importante precisar que se entiende por cesantías parciales aquellas que se requieren a la administración o al fondo administrador de esa prestación con fines de adquirir vivienda o adelantar estudios. El artículo 3 de la Ley 1071 de 2006 al respecto, señaló: «**Artículo 3°. Retiro parcial de cesantías.** Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos: /- 1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente. /- 2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.».



252

Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

2006, son:

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

Ahora bien, en lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como «una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital» que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales<sup>15</sup> que se causaran a favor del personal docente **nacional y nacionalizado**, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida ley, en su artículo 1, numeral 3, precisó que los docentes territoriales son aquellos «vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975» y en el artículo 2 *ibidem* estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

**Artículo 2º.-** De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

[...]

5.- **Las prestaciones sociales** del personal nacional y nacionalizado **que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley**, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **pero, las entidades territoriales**, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieron sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.

<sup>15</sup> De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.



Radicado: 76001 23,33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

En lo que tiene que ver con las cesantías, su reconocimiento se estableció en el artículo 15 *ibidem*, en los siguientes términos:

### 3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

**B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Resalta la Sala).**

La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

### 2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

#### 2.3.1. Aura María Hurtado de Mosquera



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

El 26 de junio de 2014<sup>16</sup>, solicitó el reconocimiento de sus cesantías definitivas.

El 7 de noviembre de 2014<sup>17</sup>, el secretario de educación del municipio de Cali expidió la Resolución 4143.0.21.9920 mediante la cual reconoció la prestación aludida. El acto administrativo se le notificó a la demandante el 13 de noviembre de 2014<sup>18</sup>.

El 6 de febrero de 2015<sup>19</sup>, se pagaron las cesantías a la accionante, según comprobante del BBVA.

El 1 de junio de 2015<sup>20</sup>, la señora Hurtado de Mosquera solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria, producto de la tardanza en el pago de sus cesantías definitivas.

El 21 de julio de 2015<sup>21</sup>, el director de prestaciones económicas de la Fiduprevisora dio respuesta a la petición aludida, mediante oficio 20150170605261, y negó la reclamación, aduciendo que: «mal podrían generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero a reconocer es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al *Principio Fundamental de Igualdad*<sup>22</sup>».

### 2.3.2. Mercedes García Díaz

<sup>16</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 3 y 4].

<sup>17</sup> Folios 3 y 4.

<sup>18</sup> Folio 5.

<sup>19</sup> Folio 6.

<sup>20</sup> Folios 54 a 58.

<sup>21</sup> Folio 7.

<sup>22</sup> Cursiva propia del texto citado.



---

Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

El 15 de julio de 2013<sup>23</sup>, solicitó el reconocimiento de sus cesantías definitivas.

El 19 de noviembre de 2013<sup>24</sup>, el secretario de educación del municipio de Cali expidió la Resolución 4143.0.21.8766 mediante la cual reconoció la prestación aludida. El acto administrativo se le notificó a la demandante el 28 de noviembre de 2013<sup>25</sup>.

El 24 de enero de 2014<sup>26</sup>, se pagaron las cesantías a la accionante, según comprobante del BBVA.

El 1 de junio de 2015<sup>27</sup>, la señora García Díaz solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria, producto de la tardanza en el pago de sus cesantías definitivas.

El 16 de julio de 2015<sup>28</sup>, el director de prestaciones económicas de la Fiduprevisora dio respuesta a la petición aludida, mediante oficio 20150170594341, y negó la reclamación, aduciendo que: «esta entidad efectuó el pago de su cesantía dentro de los términos legalmente establecidos para ello, por lo que no se incurrió en la sanción moratoria a la cual hace referencia su petición».

### **2.3.3. Ana Rosa Olivo Jaramillo**

El 15 de julio de 2013<sup>29</sup>, solicitó el reconocimiento de sus cesantías definitivas.

El 19 de noviembre de 2013<sup>30</sup>, el secretario de educación del municipio de Cali expidió la Resolución 4143.0.21.8796 mediante la cual reconoció la prestación

---

<sup>23</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 10 a 12].

<sup>24</sup> Folios 10 a 12.

<sup>25</sup> Folio 13.

<sup>26</sup> Folio 14.

<sup>27</sup> Folios 54 a 58.

<sup>28</sup> Folio 15.

<sup>29</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 18 a 20].

<sup>30</sup> Folios 18 a 20.

259.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

aludida. El acto administrativo se le notificó a la demandante el 26 de noviembre de 2013<sup>31</sup>.

El 14 de enero de 2014<sup>32</sup>, se pagaron las cesantías a la accionante, según comprobante del BBVA.

El 1 de junio de 2015<sup>33</sup>, la señora Olivo Jaramillo solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria, producto de la tardanza en el pago de sus cesantías definitivas.

El 16 de julio de 2015<sup>34</sup>, el director de prestaciones económicas de la Fiduprevisora dio respuesta a la petición aludida, mediante oficio 20150170594341, y negó la reclamación, aduciendo que: «esta entidad efectuó el pago de su cesantía dentro de los términos legalmente establecidos para ello, por lo que no se incurrió en la sanción moratoria a la cual hace referencia su petición».

#### **2.3.4. María Eugenia Cedeño Loaiza**

El 8 de noviembre de 2011<sup>35</sup>, solicitó el reconocimiento de sus cesantías parciales con destino a reparación de vivienda.

El 31 de agosto de 2012<sup>36</sup>, el secretario de educación del municipio de Cali expidió la Resolución 4143.0.21.8345 mediante la cual reconoció la prestación aludida. El acto administrativo se le notificó a la demandante el 17 de septiembre de 2012<sup>37</sup>.

El 4 de diciembre de 2012<sup>38</sup>, se pagaron las cesantías de la accionante, según comprobante del BBVA.

<sup>31</sup> Folio 21.

<sup>32</sup> Folio 22.

<sup>33</sup> Folios 54 a 58.

<sup>34</sup> Folio 23.

<sup>35</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 25 a 27.

<sup>36</sup> Folios 25 a 27.

<sup>37</sup> Folio 28.

<sup>38</sup> Folio 29.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

El 1 de junio de 2015<sup>39</sup>, la señora Cedeño Loaiza solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria, producto de la tardanza en el pago de sus cesantías parciales.

El 16 de julio de 2015<sup>40</sup>, el director de prestaciones económicas de la Fiduprevisora dio respuesta a la petición aludida, mediante oficio 20150170594341, y negó la reclamación, aduciendo que: «esta entidad efectuó el pago de su cesantía dentro de los términos legalmente establecidos para ello, por lo que no se incurrió en la sanción moratoria a la cual hace referencia su petición».

### **2.3.5. Victoria Eugenia Caballero Cobo**

El 29 de agosto de 2013<sup>41</sup>, solicitó el reconocimiento de sus cesantías definitivas.

El 31 de diciembre de 2013<sup>42</sup>, el secretario de educación del municipio de Cali expidió la Resolución 4143.0.21.11062 mediante la cual reconoció la prestación aludida. El acto administrativo se le notificó a la demandante el 15 de enero de 2014<sup>43</sup>.

El 6 de marzo de 2014<sup>44</sup>, se pagaron las cesantías a la accionante, según comprobante del BBVA.

El 1 de junio de 2015<sup>45</sup>, la señora Caballero Cobo solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria, producto de la tardanza en el pago de sus cesantías definitivas.

El 16 de julio de 2015<sup>46</sup>, el director de prestaciones económicas de la Fiduprevisora dio respuesta a la petición aludida, mediante oficio 20150170594341, y negó la reclamación, aduciendo que: «esta entidad efectuó el

<sup>39</sup> Folios 54 a 58.

<sup>40</sup> Folio 30.

<sup>41</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 33 y 34.

<sup>42</sup> Folios 33 y 34.

<sup>43</sup> Folio 35.

<sup>44</sup> Folio 36.

<sup>45</sup> Folios 54 a 58.

<sup>46</sup> Folio 37.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Anibal Lenis Bermúdez y otros

pago de su cesantía dentro de los términos legalmente establecidos para ello, por lo que no se incurrió en la sanción moratoria a la cual hace referencia su petición».

### **2.3.6. Julio César Diez Cuadros**

El 19 de noviembre de 2013<sup>47</sup>, solicitó el reconocimiento de sus cesantías definitivas.

El 19 de febrero de 2014<sup>48</sup>, el secretario de educación del municipio de Cali expidió la Resolución 4143.0.21.1045 mediante la cual reconoció la prestación aludida. El acto administrativo se le notificó al demandante el 26 de febrero de 2014<sup>49</sup>.

El 22 de abril de 2014<sup>50</sup>, se pagó el valor reconocido por concepto de cesantías al demandante, según comprobante del BBVA.

El 1 de junio de 2015<sup>51</sup>, el señor Diez Cuadros solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria, producto de la tardanza en el pago de sus cesantías definitivas.

El 16 de julio de 2015<sup>52</sup>, el director de prestaciones económicas de la Fiduprevisora dio respuesta a la petición aludida, mediante oficio 20150170594341, y negó la reclamación, aduciendo que: «esta entidad efectuó el pago de su cesantía dentro de los términos legalmente establecidos para ello, por lo que no se incurrió en la sanción moratoria a la cual hace referencia su petición».

### **2.3.7. Anibal Lenis Bermúdez**

<sup>47</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 40 y 41.

<sup>48</sup> Folios 40 y 41.

<sup>49</sup> Folio 42.

<sup>50</sup> Folio 44.

<sup>51</sup> Folios 54 a 58.

<sup>52</sup> Folio 37.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

El 16 de agosto de 2011<sup>53</sup>, solicitó el reconocimiento de sus cesantías definitivas.

El 27 de abril de 2012<sup>54</sup>, el secretario de educación del municipio de Cali expidió la Resolución 4143.0.21.5179 mediante la cual reconoció la prestación aludida. El acto administrativo se le notificó al demandante el 3 de mayo de 2012<sup>55</sup>.

El 3 de agosto de 2012<sup>56</sup>, se pagaron las cesantías al accionante, según comprobante del BBVA.

El 1 de junio de 2015<sup>57</sup>, el señor Lenis Bermúdez solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria, producto de la tardanza en el pago de sus cesantías definitivas.

El 21 de julio de 2015<sup>58</sup>, el director de prestaciones económicas de la Fiduprevisora dio respuesta a la petición aludida, mediante oficio 20150170604931, y negó la reclamación, aduciendo que: «mal podrían generarse intereses moratorios y/o indexación alguna y contradecir principios constitucionales y jurisprudenciales, cuando la suma de dinero a reconocer es aquella producto del turno de atención correspondiente y de la asignación presupuestal legalmente destinada para tal efecto de acuerdo al Principio Fundamental de Igualdad».

#### 2.4. Caso concreto – Análisis de la Sala

A efecto de resolver el problema jurídico planteado, la Sala debe precisar que los demandantes solicitan el reconocimiento y pago de la sanción moratoria producto de la tardanza en que incurrió la administración en reconocer y pagar **sus cesantías parciales o definitivas**, según el caso, al tenor de lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006, de manera que el primer tema a abordar consiste en

<sup>53</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 48 a 50.

<sup>54</sup> Folios 48 a 50.

<sup>55</sup> Folio 51.

<sup>56</sup> Folio 52.

<sup>57</sup> Folios 54 a 58.

<sup>58</sup> Folio 37.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

determinar si en su condición de docentes, amparados por un régimen especial de liquidación de cesantías, son beneficiarios de la aludida ley, ante la mora en el pago de su prestación.

De acuerdo con las normas citadas en el acápite «marco normativo» de esta providencia, se debe concluir que los docentes **SÍ** están cobijados por las disposiciones de liquidación **parcial** y **definitiva** de las cesantías consagradas en la Ley 1071 de 2006; así lo definió la Corte Constitucional<sup>59</sup>, en sentencia que se transcribe a continuación:

En la sentencia C-741 de 2012<sup>60</sup> la Corporación precisó que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de estos últimos, pues el estatuto docente (artículo 2º) los define como 'empleados oficiales de régimen especial', al tiempo que la Ley General de Educación (artículo 2º 105, parágrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial. También se explicó que los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la Rama Ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales.

(...)

En este orden de ideas, corresponde al FOMAG reconocer y pagar las prestaciones sociales y la asistencia en salud. En lo que tiene que ver con el pago de las cesantías, debe aclararse que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los miembros de las Fuerzas Públicas y de la Policía Nacional, al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la Ley 91 de 1989, a los miembros de las comisiones públicas y a los "afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio".

En consecuencia, los docentes oficiales se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y del artículo 98 de la Ley 50 de 1990, que modificó el Código Sustantivo del Trabajo y estableció un nuevo régimen para el pago de cesantías.

Al respecto, la Ley 244 de 1995 fijó los términos para el **pago oportuno de las cesantías de los servidores públicos**, en esa dirección, estableció que la entidad responsable cuenta con quince (15) días hábiles para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías; y un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para realizar el pago, contados desde que la resolución de reconocimiento quede en firme. Estos términos deben contarse de conformidad con el artículo 76 del CPACA, donde se indica que contra la resolución que concede o niega el beneficio, se cuenta con un término de diez días para la presentación de los recursos de ley.

<sup>59</sup> Corte Constitucional, sentencia C-486/16 M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>60</sup> Cita propia del texto transcrito: MP. Nilson Pinilla Pinilla. SV. Jorge Iván Palacio Palacio.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

En otros términos, cuando el artículo 19 (sic) de la ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, **debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.**

(...)

En conclusión, de acuerdo a la legislación y la jurisprudencia, los docentes oficiales han sido considerados como servidores públicos con características especiales. En lo que hace al pago de las cesantías y la mora en el cumplimiento de esta obligación, es aplicable la Ley 1071 de 2006 que en su artículo 4º que establece el término máximo de quince (15) días para proferir la resolución de la solicitud y el artículo 5º, según el cual la entidad pagadora cuenta con un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles para el pago. El interés de mora en esta normativa equivale a "*...un día de salario por cada de retardo hasta que se haga efectivo el pago*".

Tal planteamiento fue materia de unificación por el máximo tribunal constitucional<sup>61</sup>, y al respecto resaltó:

Bajo ese entendido, la aplicación de este régimen a los docentes estatales se adecúa a los postulados constitucionales, por las siguientes razones:

(i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

(ii) **En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.**

(iii) **Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.**

(iii) Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de

<sup>61</sup> Corte Constitucional, sentencia SU 336/17, M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.

(iv) En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Adicionalmente, esta Corporación<sup>62</sup>, en reciente sentencia de unificación definió que a los docentes oficiales sí les son aplicables, en materia de sanción moratoria, las previsiones de la Ley 244 de 1995 y disposiciones complementarias. Así discursió:

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

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que **cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley**, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago. (Resalta la Sala).

(...)

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

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

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

<sup>62</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia SUJ-012-S2 de 18 de julio de 2018, radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01, número interno 4961-15.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

Así las cosas, aplicando el precedente de unificación jurisprudencial anotado, se debe concluir que la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 sí puede concederse a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso de demostrarse que se incurrió en mora en el pago de las cesantías **parciales o definitivas** y el conteo de términos para efecto del reconocimiento se rige por las reglas fijadas en el precedente aludido.

Precisado lo anterior, la Sala analizará la situación de cada uno de los demandantes, a fin de establecer si la administración incurrió en mora en la consignación de sus cesantías parciales o definitivas y, por ende, determinar si tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por la tardanza en el pago de esa prestación.

#### **2.4.1. Aura María Hurtado de Mosquera**

El 26 de junio de 2014<sup>63</sup>, solicitó el reconocimiento de sus **cesantías definitivas**, de manera que por virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, la administración contaba con 15 días para expedir el acto de reconocimiento de ese auxilio, es decir, hasta el 18 de julio de 2014.

No obstante lo anterior, la Secretaría de Educación del municipio de Cali excedió el plazo de quince días señalado en la norma citada para expedir el acto, comoquiera que emitió la resolución tan solo hasta el 7 de noviembre de 2014<sup>64</sup>, y la notificó el 13 de noviembre siguiente<sup>65</sup>.

Así las cosas, a partir del 21 de julio de 2014<sup>66</sup> empezaron a correr los diez<sup>67</sup> días para que quedara ejecutoriado el acto administrativo, en el caso de que se hubiera

<sup>63</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 3 y 4].

<sup>64</sup> Folios 3 y 4.

<sup>65</sup> Folio 5.

<sup>66</sup> Día hábil siguiente al vencimiento de los 15 días de que disponía la administración para expedir oportunamente el acto administrativo de reconocimiento de la prestación.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

expedido oportunamente, es decir, hasta el 1 de agosto de ese año, vencidos los cuales se empezaron a contabilizar los cuarenta y cinco días en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debía pagar la prestación reclamada, los que se cumplieron el 7 de octubre de 2014, razón por la cual, a partir del día hábil siguiente -8 de octubre de 2014- se empezó a causar la indemnización moratoria.

Ahora bien, las cesantías tan solo se pagaron el 6 de febrero de 2015, según consta en el comprobante de pago del BBVA<sup>68</sup>; de tal manera, se debe concluir que el Fondo demandado incurrió en mora desde el 8 de octubre de 2014 hasta el 5 de febrero de 2015<sup>69</sup>.

El reconocimiento de la sanción aludida, por parte del Tribunal se hizo por el período antes aludido, por ello, la decisión al respecto se debe confirmar.

Ahora bien, la reclamación de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías se radicó el 1 de junio de 2015, es decir, que fue oportuna, en cuando se produjo dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se hizo exigible la obligación.

### 2.3.2. Mercedes García Díaz

El 15 de julio de 2013<sup>70</sup>, solicitó el reconocimiento de sus **cesantías definitivas**, de manera que por virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, la administración contaba con 15 días para expedir el acto de reconocimiento de ese auxilio, es decir, hasta el 5 de agosto de 2013.

No obstante lo anterior, la Secretaría de Educación del municipio de Cali excedió el plazo de quince días señalado en la norma citada para expedir el acto,

<sup>67</sup> Se contabilizan diez días, pues la fecha en que se debió expedir el acto estaba en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>68</sup> Folio 6.

<sup>69</sup> Día anterior a aquél en que se produjo el pago de la prestación.

<sup>70</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 10 a 12].



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

comoquiera que emitió la resolución tan solo hasta el 19 de noviembre de 2013<sup>71</sup>, y la notificó el 28 de noviembre siguiente<sup>72</sup>.

Así las cosas, a partir del 6 de agosto de 2013<sup>73</sup> empezaron a correr los diez<sup>74</sup> días para que quedara ejecutoriado el acto administrativo, en el caso de que se hubiera expedido oportunamente, es decir, hasta el 21 de agosto de ese año, vencidos los cuales se empezaron a contabilizar los cuarenta y cinco días en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debía pagar la prestación reclamada, los que se cumplieron el 24 de octubre de 2013, razón por la cual, a partir del día hábil siguiente -25 de octubre de 2013- se empezó a causar la indemnización moratoria.

Ahora bien, las cesantías tan solo se pagaron el 24 de enero de 2014, según consta en el comprobante de pago del BBVA<sup>75</sup>; de tal manera, se debe concluir que el Fondo demandado incurrió en mora desde el 25 de octubre de 2013 hasta el 23 de enero de 2014<sup>76</sup>.

El reconocimiento de la sanción aludida, por parte del Tribunal se hizo por el período antes aludido, por ello, la decisión al respecto se debe confirmar.

Ahora bien, la reclamación de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías se radicó el 1 de junio de 2015, es decir, que fue oportuna, en cuando se produjo dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se hizo exigible la obligación.

### **2.3.3. Ana Rosa Olivo Jaramillo**

<sup>71</sup> Folios 10 a 12.

<sup>72</sup> Folio 13.

<sup>73</sup> Día hábil siguiente al vencimiento de los 15 días de que disponía la administración para expedir oportunamente el acto administrativo de reconocimiento de la prestación.

<sup>74</sup> Se contabilizan diez días, pues la fecha en que se debió expedir el acto estaba en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>75</sup> Folio 14.

<sup>76</sup> Día anterior a aquél en que se produjo el pago de la prestación.



BA.

Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Anibal Lenis Bermúdez y otros

El 15 de julio de 2013<sup>77</sup>, solicitó el reconocimiento de sus **cesantías definitivas**, de manera que por virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, la administración contaba con 15 días para expedir el acto de reconocimiento de ese auxilio, es decir, hasta el 5 de agosto de 2013.

No obstante lo anterior, la Secretaría de Educación del municipio de Cali excedió el plazo de quince días señalado en la norma citada para expedir el acto, comoquiera que emitió la resolución tan solo hasta el 19 de noviembre de 2013<sup>78</sup>, y la notificó el 26 de noviembre siguiente<sup>79</sup>.

Así las cosas, a partir del 6 de agosto de 2013<sup>80</sup> empezaron a correr los diez<sup>81</sup> días para que quedara ejecutoriado el acto administrativo, en el caso de que se hubiera expedido oportunamente, es decir, hasta el 21 de agosto de ese año, vencidos los cuales se empezaron a contabilizar los cuarenta y cinco días en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debía pagar la prestación reclamada, los que se cumplieron el 24 de octubre de 2013, razón por la cual, a partir del día hábil siguiente -25 de octubre de 2013- se empezó a causar la indemnización moratoria.

Ahora bien, las cesantías tan solo se pagaron el 14 de enero de 2014, según consta en el comprobante de pago del BBVA<sup>82</sup>; de tal manera, se debe concluir que el Fondo demandado incurrió en mora desde el 25 de octubre de 2013, hasta el 13 de enero de 2014<sup>83</sup>.

El reconocimiento de la sanción aludida, por parte del Tribunal se hizo por el período comprendido entre el 25 de octubre de 2013 y el **23** de enero de 2014, es

<sup>77</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 18 a 20.

<sup>78</sup> Folios 18 a 20.

<sup>79</sup> Folio 21.

<sup>80</sup> Día hábil siguiente al vencimiento de los 15 días de que disponía la administración para expedir oportunamente el acto administrativo de reconocimiento de la prestación.

<sup>81</sup> Se contabilizan diez días, pues la fecha en que se debió expedir el acto estaba en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>82</sup> Folio 22.

<sup>83</sup> Día anterior a aquél en que se produjo el pago de la prestación.



---

Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

decir, que realizó un reconocimiento excesivo, durante algunos días en que la administración no incurrió en mora, toda vez que el pago se efectuó el 14 de enero de 2014 y la sanción se ordenó, incluso, **para días posteriores a la realización del pago.**

Bajo el anterior supuesto, la Sala considera que se debe revocar la providencia recurrida, en lo que respecta al reconocimiento de la sanción, por los días que no se configuró la mora.

Valga aclarar, en todo caso, que tanto la justicia ordinaria como la de lo contencioso administrativo, han sostenido la tesis de que las decisiones manifiestamente ilegales no cobran ejecutoria y no atan al juez<sup>84</sup>; además, la Corte Constitucional, en relación con la aplicación de esa excepción con miras a la modificación y/o revocación de la decisión que se considera ilegal, ha sostenido que su aplicación debe limitarse a «criterios eminentemente restrictivos, pues de no ser así, so pretexto de enmendar cualquier equivocación, el operador jurídico puede resultar modificando situaciones jurídicas constituidas de buena fe respecto de terceros con fundamento en las providencias judiciales y desconociendo con ello normas de orden público, así como el principio de preclusión de las etapas procesales»<sup>85</sup>.

Siendo así, es necesario que el operador judicial verifique si, en efecto, está ante una decisión manifiestamente ilegal que amerite rectificación, caso en el cual esta deberá adoptarse dentro de un término prudencial entre aquella que se dice ilegal y la que tiene como propósito enmendarla.

---

<sup>84</sup> Ver, entre otras providencias de la Corte Suprema de Justicia, las siguientes: Sentencia No. 286 del 23 de Julio de 1987 M.P. Héctor Gómez Uribe; Sentencia No. 096 del 24 de mayo de 2001, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Asimismo, las siguientes sentencias del Consejo de Estado, Sección Primera, del 30 de agosto de 2012, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, radicación: 11001-03-15-000-2012-00117-01(AC); del 5 de julio de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, radicación: 05001-23-31-000-2006-01233-01; del 25 de mayo de 2016, radicación: 25000-23-36-000-2013-00835-01, número interno: 53553, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E), entre otras.

<sup>85</sup> Ver, entre otras, Sentencias T-519 de 05 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-1274 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Anibal Lenis Bermúdez y otros

En todo caso, **tales limitantes, por parte de la Corte Constitucional, se han referido a providencias que se encuentran debidamente ejecutoriadas**, en las que se han consolidado situaciones a favor de sus beneficiarios; por ello, **cuando se está ante una providencia en la que se advierte una ilegalidad, pero que aún no ha cobrado ejecutoria, pues, precisamente, se está cursando la alzada, surge la necesidad de establecer el límite del operador judicial que se encuentra ante una decisión de tal naturaleza -con visos de ilegalidad-**, pero que el punto que se considera irregular, no fue objeto de cuestionamiento por parte de los interesados.

Lo anterior muestra que el operador judicial de segunda instancia, al resolver la alzada, está ante la disyuntiva de mantener una decisión, pese a que esta sea contraria al ordenamiento jurídico o a la jurisprudencia imperante en torno a una materia específica, o modificarla, atendiendo a que en sus providencias, solo está sometido al imperio de la ley -dentro del alcance que a esa expresión le ha dado la Corte Constitucional-, y, por ende, debe priorizar la aplicación del ordenamiento jurídico vigente a la luz del análisis imparcial de los hechos materia de debate.

En estas condiciones, el juzgador de segunda instancia debe resolver la tensión que se genera entre dos derechos de raigambre constitucional, a saber:

- i) El de defensa, que habilita a la parte que resultó beneficiada de una orden judicial, para activar el mecanismo de alzada, con el propósito de que el superior acceda a la totalidad de sus pretensiones o haga más benéfica la decisión adoptada por el juez de primer grado, bajo el entendimiento de que lo favorable no va a ser desconocido; y
- ii) El de legalidad, en virtud del cual se propende por aplicar el ordenamiento jurídico vigente, pero que, además y para estos casos, resulta íntimamente relacionado con el derecho a la igualdad, en consideración a que se busca que una situación de similares contornos sea resuelta de manera uniforme, que se equipare a las personas en el goce de sus derechos y se logre que situaciones



---

Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

con identidad fáctica no resulten decididas de diversas maneras. Asimismo, que se asegure la justicia dentro de un marco jurídico que garantice el orden social justo, en los términos fijados por el preámbulo de la Constitución Política.

Por lo tanto, tal disyuntiva se debe analizar y resolver de acuerdo a cada caso particular; por ende, y para el asunto que ocupa la atención de la Sala, se considera que como la decisión que accedió a la sanción moratoria a favor de la señora Olivo Jaramillo, por un lapso excesivo, **no se encuentra ejecutoriada**, es decir, no goza de firmeza, debe primar el principio de legalidad y, bajo ese entendido, se debe revocar la providencia, en lo que respeta al período durante el cual no se causó el derecho, de manera que este se restringirá hasta el 13 de enero de 2014 y no el 23 de ese mes y año, como lo dispuso el *a quo*.

Finalmente, debe indicarse que la reclamación de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías se radicó el 1 de junio de 2015, es decir, que fue oportuna, en cuando se produjo dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se hizo exigible la obligación.

#### **2.3.4. Maria Eugenia Cedeño Loaiza**

El 8 de noviembre de 2011<sup>86</sup>, solicitó el reconocimiento de sus **cesantías parciales** con destino a reparación de vivienda, de manera que por virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, la administración contaba con 15 días para expedir el acto de reconocimiento de ese auxilio, es decir, hasta el 30 de noviembre de 2011.

No obstante lo anterior, la Secretaría de Educación del municipio de Cali excedió el plazo de quince días señalado en la norma citada para expedir el acto,

---

<sup>86</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 25 a 27.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

comoquiera que emitió la resolución tan solo hasta el 31 de agosto de 2012<sup>87</sup>, y la notificó el 17 de septiembre siguiente<sup>88</sup>.

Así las cosas, a partir del 1 de diciembre de 2011<sup>89</sup> empezaron a correr los cinco<sup>90</sup> días para que quedara ejecutoriado el acto administrativo, en el caso de que se hubiera expedido oportunamente, es decir, hasta el 7 de diciembre de ese año, vencidos los cuales se empezaron a contabilizar los cuarenta y cinco días en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debía pagar la prestación reclamada, los que se cumplieron el 10 de febrero de 2012, razón por la cual, a partir del día hábil siguiente -13 de febrero de 2012- se empezó a causar la indemnización moratoria.

Ahora bien, las cesantías tan solo se pagaron el 4 de diciembre de 2012, según consta en el comprobante de pago del BBVA<sup>91</sup>; de tal manera, se debe concluir que el Fondo demandado incurrió en mora desde el 13 de febrero de 2012, hasta el 3 de diciembre de 2012<sup>92</sup>.

El reconocimiento de la sanción aludida, por parte del Tribunal se hizo por el período comprendido entre el 1 de junio y el 3 de diciembre de 2012, pues, consideró que debía aplicarse la figura de la prescripción trienal, la cual se contabilizó desde la reclamación de la indemnización moratoria en sede administrativa, y tres años hacia atrás; sin embargo, la Sala se abstendrá de realizar un análisis acerca de la forma en que se declaró el fenómeno extintivo, por parte del *a quo*, respecto del derecho de la señora Cedeño Loaiza comoquiera que tal circunstancia, en concreto, no fue materia de apelación,<sup>93</sup> razón por la cual se deberá confirmar la decisión que al respecto adoptó el Tribunal.

<sup>87</sup> Folios 25 a 27.

<sup>88</sup> Folio 28.

<sup>89</sup> Día hábil siguiente al vencimiento de los 15 días de que disponía la administración para expedir oportunamente el acto administrativo de reconocimiento de la prestación.

<sup>90</sup> Se contabilizan cinco días, pues la fecha en que se debió expedir el acto estaba en vigencia el Código Contencioso Administrativo.

<sup>91</sup> Folio 29.

<sup>92</sup> Día anterior a aquél en que se produjo el pago de la prestación.

<sup>93</sup> Frente al punto de la manera en que se debe aplicar la figura extintiva respecto de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías, existen dos tesis en la Sección Segunda



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

### 2.3.5. Victoria Eugenia Caballero Cobo

El 29 de agosto de 2013<sup>94</sup>, solicitó el reconocimiento de sus **cesantías definitivas**, de manera que por virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, la administración contaba con 15 días para expedir el acto de reconocimiento de ese auxilio, es decir, hasta el 18 de septiembre de 2013.

No obstante lo anterior, la Secretaría de Educación del municipio de Cali excedió el plazo de quince días señalado en la norma citada para expedir el acto, comoquiera que emitió la resolución tan solo hasta el 31 de diciembre de 2013<sup>95</sup>, y la notificó el 15 de enero siguiente<sup>96</sup>.

Así las cosas, a partir del 19 de septiembre de 2013<sup>97</sup> empezaron a correr los diez<sup>98</sup> días para que quedara ejecutoriado el acto administrativo, en el caso de que se hubiera expedido oportunamente, es decir, hasta el 2 de octubre de ese año, vencidos los cuales se empezaron a contabilizar los cuarenta y cinco días en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debía pagar la prestación reclamada, los que se cumplieron el 10 de diciembre de 2013, razón por la cual, a partir del día hábil siguiente -11 de diciembre de 2013- se empezó a causar la indemnización moratoria.

---

del Consejo de Estado, la primera de ellas, se orienta a que el conteo del fenómeno extintivo empiece desde la petición mediante la cual se reclama la sanción y de ahí hacia atrás, se contabilicen 3 años, de manera que se extinga parcialmente la obligación, siempre y cuando aún no se hubiere producido el pago de las cesantías. Y, la segunda, que es la que impera en la Subsección A, según la cual el derecho se extingue totalmente si no se hace la reclamación dentro de los 3 años siguientes al momento en que la obligación -sanción moratoria- se hace exigible. Siendo así, y como, en este caso, el demandante es apelante único, aplicar la tesis de esta Subsección sería lesivo para sus intereses y podría afectar el principio de la *non reformatio in pejus*, por ello se mantiene la decisión en los términos en que lo hizo el *a quo*, en la medida en que, su interpretación favorable, no resulta ilegal, pues es el resultado de la aplicación de una de las tesis antedichas.

<sup>94</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 33 y 34.

<sup>95</sup> Folios 33 y 34.

<sup>96</sup> Folio 35.

<sup>97</sup> Día hábil siguiente al vencimiento de los 15 días de que disponía la administración para expedir oportunamente el acto administrativo de reconocimiento de la prestación.

<sup>98</sup> Se contabilizan diez días, pues la fecha en que se debió expedir el acto estaba en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



262.

Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

Ahora bien, las cesantías tan solo se pagaron el 6 de marzo de 2014, según consta en el comprobante de pago del BBVA<sup>99</sup>; de tal manera, se debe concluir que el Fondo demandado incurrió en mora desde el 11 de diciembre de 2013 hasta el 5 de marzo de 2014<sup>100</sup>.

El reconocimiento de la sanción aludida, por parte del Tribunal se hizo por el período antes aludido, por ello, la decisión al respecto se debe confirmar.

Ahora bien, la reclamación de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías se radicó el 1 de junio de 2015, es decir, que fue oportuna, en cuando se produjo dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se hizo exigible la obligación.

### 2.3.6. Julio César Diez Cuadros

El 19 de noviembre de 2013<sup>101</sup>, solicitó el reconocimiento de sus **cesantías definitivas**, de manera que por virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, la administración contaba con 15 días para expedir el acto de reconocimiento de ese auxilio, es decir, hasta el 10 de diciembre de 2013.

No obstante lo anterior, la Secretaría de Educación del municipio de Cali excedió el plazo de quince días señalado en la norma citada para expedir el acto, comoquiera que emitió la resolución tan solo hasta el 19 de febrero de 2014<sup>102</sup>, y la notificó el 26 de febrero siguiente<sup>103</sup>.

Así las cosas, a partir del 11 de diciembre de 2013<sup>104</sup> empezaron a correr los diez<sup>105</sup> días para que quedara ejecutoriado el acto administrativo, en el caso de

<sup>99</sup> Folio 36.

<sup>100</sup> Día anterior a aquél en que se produjo el pago de la prestación.

<sup>101</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 40 y 41.

<sup>102</sup> Folios 40 y 41.

<sup>103</sup> Folio 42.

<sup>104</sup> Día hábil siguiente al vencimiento de los 15 días de que disponía la administración para expedir oportunamente el acto administrativo de reconocimiento de la prestación.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

que se hubiera expedido oportunamente, es decir, hasta el 24 de diciembre de ese año, vencidos los cuales se empezaron a contabilizar los cuarenta y cinco días en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debía pagar la prestación reclamada, los que se cumplieron el 28 de febrero de 2014, razón por la cual, a partir del día hábil siguiente -3 de marzo de 2014- se empezó a causar la indemnización moratoria.

Ahora bien, las cesantías tan solo se pagaron el 22 de abril de 2014, según consta en el comprobante de pago del BBVA<sup>106</sup>; de tal manera, se debe concluir que el Fondo demandado incurrió en mora desde el 3 de marzo hasta el 21 de abril de 2014<sup>107</sup>.

El reconocimiento de la sanción aludida, por parte del Tribunal se hizo por el período antes aludido, por ello, la decisión al respecto se debe confirmar.

Ahora bien, la reclamación de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías se radicó el 1 de junio de 2015, es decir, que fue oportuna, en cuando se produjo dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que se hizo exigible la obligación.

### 2.3.7. Aníbal Lenis Bermúdez

El 16 de agosto de 2011<sup>108</sup>, solicitó el reconocimiento de sus **cesantías definitivas**, de manera que por virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, la administración contaba con 15 días para expedir el acto de reconocimiento de ese auxilio, es decir, hasta el 6 de septiembre de 2011.

<sup>105</sup> Se contabilizan diez días, pues la fecha en que se debió expedir el acto estaba en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>106</sup> Folio 44.

<sup>107</sup> Día anterior a aquél en que se produjo el pago de la prestación.

<sup>108</sup> Según se desprende de las consideraciones del acto de reconocimiento de la prestación [folios 48 a 50.

263.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

No obstante lo anterior, la Secretaría de Educación del municipio de Cali excedió el plazo de quince días señalado en la norma citada para expedir el acto, comoquiera que emitió la resolución tan solo hasta el 27 de abril de 2012<sup>109</sup>, y la notificó el 3 de mayo siguiente<sup>110</sup>.

Así las cosas, a partir del 7 de septiembre de 2011<sup>111</sup> empezaron a correr los cinco<sup>112</sup> días para que quedara ejecutoriado el acto administrativo, en el caso de que se hubiera expedido oportunamente, es decir, hasta el 13 de septiembre de ese año, vencidos los cuales se empezaron a contabilizar los cuarenta y cinco días en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debía pagar la prestación reclamada, los que se cumplieron el 18 de noviembre de 2011, razón por la cual, a partir del día hábil siguiente -21 de noviembre de 2011- se empezó a causar la indemnización moratoria.

Ahora bien, las cesantías tan solo se pagaron el 3 de agosto de 2011, según consta en el comprobante de pago del BBVA<sup>113</sup>; de tal manera, se debe concluir que el Fondo demandado incurrió en mora desde el 21 de noviembre de 2011, hasta el 2 de agosto de 2012<sup>114</sup>.

El reconocimiento de la sanción aludida, por parte del Tribunal se hizo por el periodo comprendido entre el 1 de junio y el 2 de agosto de 2012, pues, consideró que debía aplicarse la figura de la prescripción trienal, la cual se contabilizó desde la reclamación de la indemnización moratoria en sede administrativa, y tres años hacia atrás; sin embargo, la Sala se abstendrá de realizar un análisis acerca de la forma en que se declaró el fenómeno extintivo, por parte del *a quo*, respecto del derecho del señor Lenis Bermúdez comoquiera que tal circunstancia, en concreto,

<sup>109</sup> Folios 48 a 50.

<sup>110</sup> Folio 51.

<sup>111</sup> Día hábil siguiente al vencimiento de los 15 días de que disponía la administración para expedir oportunamente el acto administrativo de reconocimiento de la prestación.

<sup>112</sup> Se contabilizan diez días, pues la fecha en que se debió expedir el acto estaba en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

<sup>113</sup> Folio 52.

<sup>114</sup> Día anterior a aquél en que se produjo el pago de la prestación.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

no fue materia de apelación,<sup>115</sup> razón por la cual se deberá confirmar la decisión que al respecto adoptó el Tribunal.

Finalmente, como la condena puede generar detrimento patrimonial para el erario, se ordenará remitir copias de las sentencias de primera y segunda instancia, con destino a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para los efectos a que haya lugar y, en tal sentido, se adicionará la providencia recurrida.

### 3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016<sup>116</sup>, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso. Valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

<sup>115</sup> Frente al punto de la manera en que se debe aplicar la figura extintiva respecto de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de las cesantías, existen dos tesis en la Sección Segunda del Consejo de Estado, la primera de ellas, se orienta a que el conteo del fenómeno extintivo empiece desde la petición mediante la cual se reclama la sanción y de ahí hacia atrás, se contabilicen 3 años, de manera que se extinga parcialmente la obligación, siempre y cuando aún no se hubiere producido el pago de las cesantías: Y, la segunda, que es la que impera en la Subsección A, según la cual el derecho se extingue totalmente si no se hace la reclamación dentro de los 3 años siguientes al momento en que la obligación -sanción moratoria- se hace exigible. Siendo así, y como, en este caso, el demandante es apelante único, aplicar la tesis de esta Subsección sería lesivo para sus intereses y podría afectar el principio de la *non reformatio in pejus*, por ello se mantiene la decisión en los términos en que lo hizo el *a quo*, en la medida en que, su interpretación favorable, no resulta ilegal, pues es el resultado de la aplicación de una de las tesis antedichas.

<sup>116</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

264



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Anibal Lenis Bermúdez y otros

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso<sup>117</sup>, en criterio de la Sala, como el recurso de apelación fue resuelto en forma desfavorable a la entidad, y como la parte demandante actuó en segunda instancia<sup>118</sup>, se deberá imponer condena en costas a cargo de la parte recurrente.

#### 4. Conclusión

Con los anteriores argumentos se establece que los demandantes sí tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de sus cesantías parciales y definitivas, respectivamente, en los términos ordenados por el *a quo*, con la salvedad del caso de la señora Ana Rosa Olivo Jaramillo, a quien se le modificará el período durante el cual se deberá reconocer la aludida sanción; además, se dará claridad respecto del nombre de la señora Victoria Eugenia Caballero Cobo, pues, por error del Tribunal, el primero de sus apellidos fue mencionado, como Carabalí y no como corresponde; por otro lado, se adicionará la providencia, ordenando enviar copia de estas diligencias a las entidades de control para lo de su competencia, ante el eventual detrimento del

<sup>117</sup> «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» y «8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

<sup>118</sup> Presentó alegatos de conclusión.



Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Aníbal Lenis Bermúdez y otros

erario producto de la condena y, finalmente, se confirmará, en lo demás la providencia recurrida que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y se condenará en costas de segunda instancia a la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA

**Primero.- Revocar parcialmente el numeral segundo** de la parte resolutive de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2017, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda formulada por Aura María Hurtado de Mosquera, Mercedes García Díaz, Ana Rosa Olivo Jaramillo, Victoria Eugenia Caballero Cobo, Julio César Diez Cuadros, Maria Eugenia Cedeño Loaiza y Aníbal Lenis Bermúdez, en cuanto el período de reconocimiento de la sanción moratoria a favor de la señora Ana Rosa Olivo Jaramillo será el comprendido entre el 25 de octubre de 2013 y el 13 de enero de 2014, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.- Aclarar el numeral segundo** de la parte resolutive de la sentencia recurrida, en cuanto al segundo apellido de la señora Victoria Eugenia, que es Caballero y no Carabalí, como quedó señalado.

**Tercero.-** Adicionar la providencia recurrida, en el sentido de disponer que por Secretaría se remitan copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para los efectos pertinentes, con base en lo manifestado en las consideraciones que anteceden.

**Cuarto.-** Confirmar, en lo demás, la providencia recurrida.



Proceso recibido en secretaría  
May 28 NOV 2019

265.

Radicado: 76001 23 33 000 2016 00268 01 (3957-17)  
Demandante: Anibal Lenis Bermúdez y otros

**Quinto.-** Condenar en costas de segunda instancia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cuales deberán ser determinadas por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

DDG

legis

