



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA  
Sala de Decisión No. 005 - ORALIDAD**

Popayán, treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020)

<b>Magistrado ponente</b>	<b>JAIRO RESTREPO CÁCERES</b>
<b>Expediente</b>	<b>19001 33 31 002 2018 00068 01</b>
<b>Demandante</b>	<b>ALBA MILA GALLEGO VIDAL</b>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO</b>
<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>

**SENTENCIA No.**

**I. OBJETO A DECIDIR**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en contra de la sentencia No. 123 del veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, por la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. La demanda<sup>1</sup>**

ALBA MILA GALLEGO VIDAL, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 2017EE5904 fechado 30 de octubre de 2017, proferido por la Nación - Fondo de Prestaciones del Magisterio – Secretaria de Educación del Departamento del Cauca, mediante el cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria por pago tardío de las cesantías en favor de la demandante.

A título de restablecimiento del derecho, solicita a la entidad demandadas que reconozca y pague la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 del 2006, esto es un día de salario por cada día de retardo, desde el 4 de febrero de 2016 hasta el 3 de mayo de 2017, fecha en que le cancelaron sus cesantías definitivas. De igual forma, solicitó el reconocimiento de las costas, y el cumplimiento de la misma en los términos de los artículos 192-195 del CPACA.

---

<sup>1</sup> Folios 1-10 del Cuaderno Principal

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGO VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

## 2.2. Los hechos

Que mediante escrito del 21 de octubre de 2015 la señora ALBA MILA GALLEGO VIDAL solicitó el reconocimiento y pago de cesantías definitivas, las cuales le corresponden por los servicios prestados como docente al servicio del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cuales fuesen reconocidas después de resolver algunas inconsistencias presentadas en el sistema de información de la entidad a través de Resolución No. 20171700004224 del 30 de enero de 2017, sin embargo, aquellas solo se cancelaron hasta el 4 de mayo de 2017.

Sostiene que mediante escrito presentado el 25 de septiembre de 2017, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías, la misma que fuese desestimada por la entidad demandada a través del oficio No. 2017EE5904 del 30 de octubre de 2017.

## 2.3. Normas violadas y concepto de violación

Constitucionales: Artículos 6 y 90.

Legales: Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006.

Señala que el pago de las cesantías efectuado por la entidad, contraría lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 del 31 de julio de 2006 que establece un término de 15 días hábiles para el reconocimiento de la cesantía, 45 días para el pago contados a partir del acto que ordene la liquidación y los 10 días de la ejecutoria del acto de reconocimiento; términos que no fueron cumplidos por la parte demandada.

## 2.4. La contestación de la demanda

La **Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**<sup>2</sup>, explicó que el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas solicitadas por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está sujeto a un procedimiento especial que debe ser atendido en orden riguroso de acuerdo a la radicación de las solicitudes presentadas, esto significa que el pago de la nómina se realiza en orden cronológico de aprobación, y recepción de resoluciones y el desembolso de las prestaciones depende de la disponibilidad presupuestal proveniente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Recalcó además que se debían resolver unas irregularidades provenientes de la Secretaría de Educación donde se afiliaba la demandante, situación que derivó en el pago tardío, no obstante, enfatizó que la sanción moratoria no está consagrada en la normativa especial que rige a los docentes, situación que impide a su vez el reconocimiento.

Propuso como excepciones las de i) falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) inexistencia de la obligación con fundamento en la ley, iii) pago de la obligación y iv) prescripción.

---

<sup>2</sup> Folios 64 - 68 del Cuaderno Principal

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGO VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

## 2.5. La sentencia de primera instancia<sup>3</sup>

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia No. 123 del 26 de junio de dos mil diecinueve (2019), dictada en el trámite de la audiencia inicial, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda:

**“PRIMERO.- DECLÁRENSE NO** probadas las excepciones de Falta de legitimación por pasiva y prescripción, alegadas por la parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**SEGUNDO.- DECLÁRESE** la nulidad del acto administrativo No. 2017EE5904 de 30 de octubre de 2017, por medio del cual la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Cauca niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a la Sra. ALBA MILA GALLEGO VIDAL, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.270.791 expedida en la ciudad de Popayán (Cauca).

**TERCERO.- CONDÉNESE** a título de restablecimiento del derecho, a la Nación - Ministerio De Educación Nacional - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el periodo de tiempo comprendido entre el 17 de febrero de 2016 al 04 de mayo del 2017, a razón de un día de salario por cada día de retardo en el pago de cesantías definitivas, a nombre de la señora Alba Mila Gallego Vidal.  
(...)”

Inicialmente determinó el A quo que las previsiones normativas de la Ley 1071 de 2006 son aplicables al sector docente, partiendo de las consideraciones adoptadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ-012 del 18 de julio de 2018, además, estableció la temporalidad que debía atender la entidad demandada para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas por la demandante, luego de lo cual concluyó que aquella contaba con el término de 70 días para proferir el acto de reconocimiento y pagar las cesantías solicitadas desde el 4 de noviembre de 2015.

Así, evidenció que el periodo objeto de reconocimiento de la sanción moratoria estaría comprendido desde el 17 de febrero de 2016 y hasta el 4 de mayo de 2017, día anterior a aquel en que fueron efectivamente canceladas las cesantías.

## 2.6. El recurso de apelación

La NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO<sup>4</sup>, solicitó la revocatoria del fallo de instancia, para que en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, pues en su criterio, el régimen de cesantías aplicable al demandante, su reconocimiento y pago, corresponde a la Ley 91 de 1989 y sus decretos reglamentarios, norma de carácter especial que, entre otras obligaciones, impone la vinculación de los docentes al referido fondo, estableciendo términos especiales y, sin que en su regulación se establezcan auxilios, derechos o sanciones como las reclamadas.

Recalcó que “el régimen que la parte demandante pretende hacer valer aplicar para que se pague la sanción moratoria, pese a que su ámbito de aplicación

<sup>3</sup> Folios 102- 103 del Cuaderno Principal

<sup>4</sup> Folios 121-123 del Cuaderno Principal

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGU VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

*abarca a los empleados públicos de las entidades territoriales, no tienen aplicación a los docentes oficiales, ya que el régimen aplicable está previsto en la Ley 91 de 1989 la cual tampoco contempla la sanción moratoria”.*

Concluyó que no puede existir pago mientras no exista presupuesto y le corresponda el turno de atención, pues de lo contrario se estaría violando el derecho a la igualdad de los demás educadores que se encuentran sujetos a las mismas circunstancias.

Finalmente solicitó revocar la condena en costas al considerar que no había incurrido en actuaciones dilatorias, temerarias o encaminadas a perturbar el proceso.

## **2.7. Alegatos en segunda instancia**

La NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO<sup>5</sup>, por intermedio de su apoderado judicial, sostiene que el trámite de reconocimiento de cesantías para los docentes se sujeta a la Ley 91 de 1989 y difiere de aquel señalado en la Ley 1071 de 2006, así, luego de señalar las etapas a las que se somete la petición de un docente para el reconocimiento de sus prestaciones concluye que el pago de las mismas solamente se realiza cuando exista la disponibilidad presupuestal para el efecto.

## **2.8. El concepto del Ministerio Público**

El Agente del Ministerio Público no se pronunció en esta instancia procesal.

# **III. CONSIDERACIONES**

## **3.1. La competencia**

Por la naturaleza del proceso, el lugar de prestación del servicio y la cuantía, el Tribunal es competente para decidir el asunto en **SEGUNDA INSTANCIA**, de conformidad con lo establecido por el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## **3.2. El ejercicio oportuno de la acción**

La caducidad en las acciones contencioso administrativas se justifica por la necesidad de *“poner un límite al derecho de los administrados de discutir la legalidad de las actuaciones de la administración o de reclamar su responsabilidad patrimonial, brindando de esta manera la certeza necesaria a sus decisiones y a su situación ante determinado evento litigioso.”*<sup>6</sup>

Considerando que en el presente asunto, lo pretendido por la parte actora es el reconocimiento de la sanción moratorio por pago tardío de sus cesantías, debe la Sala precisar, inicialmente, que se trata de un derecho que no puede ser reclamado en cualquier tiempo, estando así sometido a un término de caducidad, es decir que debe reclamarse dentro de los cuatro meses siguientes a la ejecutoria

<sup>5</sup> Folios 24-27 del Cuaderno de Segunda Instancia

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 17 de febrero de 2005, expediente 26.905.

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGO VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

del acto que reconoce, modifica o extingue el derecho, teniendo en cuenta la naturaleza de las cesantías, acorde lo expresa el Consejo de Estado<sup>7</sup> de manera reiterativa:

*“[...] La cesantía no es una prestación periódica a pesar de que su liquidación se haga anualmente; es prestación unitaria y cuando como en este caso se obtiene en forma definitiva por retiro del servicio, el acto que la reconoce pone fin a la situación si queda en firme. La cesantía debe pagarse al empleado al momento de su desvinculación laboral y excepcionalmente antes de esta, cuando se den las causales específicas de pago parcial. El acto de liquidación por tanto es demandable ante lo contencioso administrativo, observando las normas que en materia de caducidad de la acción señalan un término de 4 meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso [...]”*

En este orden de ideas, se tiene que la parte actora pretende que se declare la nulidad del acto Administrativo, expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de Popayán a través del cual negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Según lo anterior, se comprueba que el oficio No. 2017EE5904 del 30 de octubre de 2017 por el cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria en favor de la demandante se notificó el 31 de octubre del mismo año, así, de conformidad con el tiempo establecido en el literal c) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, los cuatro (4) meses que tenía la actora para demandar vencían inicialmente el 1 de marzo de 2018.

Así, se verifica que la demanda se radicó el día 14 de marzo de 2018<sup>8</sup>, es decir, dentro del término oportuno para incoar el medio de control de la referencia, teniendo en cuenta la suspensión del término de caducidad durante el trámite de conciliación prejudicial efectuado ante el Ministerio Público, el cual se radicó el 21 de diciembre de 2017<sup>9</sup> y finalizó el día 13 de febrero de 2018 según la constancia No. 012 emanada de la Procuraduría 40 Judicial II para asuntos administrativos de la localidad.<sup>10</sup>

### **3.3. El asunto materia de debate**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Consejo de Estado, providencia del 18 de abril de 1995, expediente No. 11043, M.P. Clara Forero de Castro, jurisprudencia reiterada en sentencia de 21 de marzo de 2012, M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez Radicación número: 13001-23-31-000-2006-00522-01(1674-11).

<sup>8</sup> Folio 49 del Cuaderno Principal.

<sup>9</sup> Folio 45 del Cuaderno Principal.

<sup>10</sup> Ídem.

<sup>11</sup> Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras.

Recientemente, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2017, radicado nº 73001-23-33-000-2013-00027-02 (1511-2014), Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez.

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGO VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Ello se atempera a lo dispuesto en los artículos 320<sup>12</sup> y 328<sup>13</sup> del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada.

Así las cosas, en esta instancia procesal debe establecer la Sala si, como lo concluyó la A quo, es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por la tardanza en el pago de las cesantías definitivas reconocidas a la señora ALBA MILA GALLEGO VIDAL; o si, por el contrario, no es posible acceder a dicha pretensión, con fundamento en que el régimen de cesantías aplicable al demandante, su reconocimiento y pago, corresponde a la Ley 91 de 1989 y sus decretos reglamentarios, regulación que no establece auxilios, derechos o sanciones como las reclamadas en el sub lite.

### 3.4. Lo probado en el proceso

- El 4 de noviembre de 2015 mediante petición radicada No. 2015-CES-062807, la señora ALBA MILA GALLEGO VIDAL, como docente de vinculación Departamental en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA DON BOSCO- en el Municipio de Popayán- Cauca, solicitó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas.<sup>14</sup>
- La Secretaría de Educación del Municipio de Popayán, en nombre y representación de la Nación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció, liquidó y ordenó el pago de las cesantías definitivas a favor de la demandante por valor de \$19.898.361 mediante Resolución No. 20171700004224 del 30 de enero de 2017, notificada el día 23 de febrero de 2017.<sup>15</sup>
- Se aporta copia del desprendible de pago del banco BBVA sucursal Popayán<sup>16</sup>, en el cual se comprueba que la señora GALLEGO VIDAL retiró el 4 de mayo de 2017 la suma de \$19.898.361 por concepto de cesantías, las cuales se registran con fecha de pago por parte del Magisterio el 21 de abril de 2017.
- Oficio No. 2017EE5904 del 30 de octubre de 2017<sup>17</sup> suscrito por el Secretario de Educación y Cultura del Municipio de Popayán, por el cual se informa a la señora GALLEGO VIDAL que no es posible acceder al reconocimiento de la sanción moratoria por pago de sus cesantías definitivas reconocidas mediante Resolución No. 20171700004224 del 30 de enero de 2017.

<sup>12</sup> **ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.**

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

<sup>13</sup> «Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]»

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (...).»

<sup>14</sup> Según se observa en el cuerpo de la Resolución N° 20171700004224 del 30 de enero de 2017, obrante a folios 26 y 27 del Cuaderno Principal

<sup>15</sup> Folio 27 vuelto del Cuaderno Principal

<sup>16</sup> Folio 28 del Cuaderno Principal

<sup>17</sup> Folios 13 y 14 del Cuaderno Principal

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGUO VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

### **3.5. De la aplicación de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 en el caso concreto.**

Corresponde a la Sala definir si, la demandante, en su condición de docente oficial afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es beneficiario del régimen de sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías regulado en la Ley 244 de 1995 (modificada por la Ley 1701 de 2006).

Ello en atención a que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sostiene en su alzada que no es posible acceder a tal pretensión, teniendo en cuenta que el régimen de cesantías aplicable a la docente, así como su reconocimiento y pago, está regulado en la Ley 91 de 1989 y sus decretos reglamentarios, normativa en la que no se establece regulación frente al plazo para el giro de los recursos en favor del beneficiario, ni las consecuencias legales en caso de mora en el pago.

Si bien, en principio, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales a los docentes de carácter oficial afiliados al Fondo, está precedido de un trámite exclusivo regulado en la Ley 91 de 1989 y sus decretos reglamentarios, en cuyo cuerpo no establece ningún plazo adicional para efectos del pago de la prestación reconocida, ni tampoco algún tipo de sanción por mora en la consignación no oportuna de las cesantías parciales o definitivas, lo cierto es que esta Corporación ya se ha pronunciado en casos similares, señalando que de cara a los principios constitucionales de justicia e igualdad, sí resulta posible aplicar a los docentes oficiales lo consagrado en la Ley 1071 de 2006<sup>18</sup> en aras de evitar un trato discriminatorio en relación con el resto de servidores públicos.

Ello por cuanto el procedimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005<sup>19</sup> registra un vacío normativo en relación con el plazo para dicho pago<sup>20</sup>, circunstancia que sumada a la ausencia de norma especial en el mismo decreto que autorice el cobro de intereses moratorios u otro mecanismo que les permita resarcir el perjuicio que supone la falta o mora en el pago, pone en desventaja a los docentes oficiales frente a la generalidad de los servidores públicos, creando así una situación de desigualdad que no tiene justificación jurídica alguna.

---

<sup>18</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.

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."

<sup>19</sup> Artículos 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto 2831 de 2005.

<sup>20</sup> Conforme a la normativa especial que rige para los docentes oficiales, se torna claro que a partir de la Ley 91 de 1989 el pago de las prestaciones sociales de estos funcionarios corre a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mientras que los actos administrativos de reconocimiento deben ser elaborados y suscritos por la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada que corresponda, previo sometimiento a un proceso de aprobación por parte de la sociedad fiduciaria que administra el fondo respectivo, quien finalmente realizará el pago respectivo.

Una vez radicada la solicitud, y dentro de los 15 días siguientes, la Secretaría de Educación debe expedir el proyecto de acto administrativo que resuelva sobre la procedencia o no del reconocimiento de la prestación, y dentro del mismo término remitirlo a la sociedad fiduciaria para su aprobación.

Recibido el proyecto de acto administrativo por la sociedad fiduciaria, ésta tiene 15 días para aprobar o improbarlo, y en este último evento indicar a la Secretaría de Educación los precisos motivos de esa determinación para los fines pertinentes.

Devuelto el proyecto de acto administrativo a la Secretaría de Educación, se deberá suscribir el acto administrativo respectivo y una vez en firme remitirlo nuevamente a la Fiduciaria dentro de los 3 días siguientes, junto con la respectiva constancia de ejecutoria.

No obstante, se destaca que dicha normativa no tiene regulación frente al plazo para el giro de los recursos en favor del beneficiario, ni las consecuencias legales en caso de mora en el pago.

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGO VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Así, en sentencia de quince (15) de abril de dos mil quince (2015), explicó este Tribunal:<sup>21</sup>

*“[E]l análisis del cuadro permite advertir que si bien ambos ordenamientos definen términos para resolver la petición de reconocimiento de cesantías, garantizando con ello certidumbre en la definición del derecho; **por el contrario, en tratándose del pago efectivo de la prestación, el procedimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005 para el reconocimiento de la prestación por parte del FNPSM registra un vacío normativo en relación con el plazo para dicho pago, circunstancia que sumada a la ausencia de norma especial en el mismo decreto que autorice el cobro de intereses moratorios u otro mecanismo que les permita resarcir el perjuicio que supone la falta o mora en el pago, pone en desventaja a los docentes oficiales frente a la generalidad de los servidores públicos a quienes se les aplica el trámite previsto en la Ley 1071 de 2006.***

En esas circunstancias es claro que el sistema de reconocimiento y pago de las cesantías del Decreto 2831 de 2005 supone para los docentes una situación de desfavorabilidad, que se contrapone al carácter especial que le reconoce la jurisprudencia constitucional a dicho sistema, puesto que la especialidad presupone que las garantías en él reconocidas tienen que ser iguales o superiores a las previstas en el régimen general.

(...)

**De este modo, la medida adoptada por la Sala frente al problema de la ausencia de regulación en la norma especial (Decreto 2381 de 2005) acerca de la oportunidad en que debe ocurrir el pago de las cesantías de los docentes afiliados al FNPSM una vez reconocidas, se sustenta en consideraciones de justicia e igualdad, en el entendido de que no puede dejarse sin amparo normativo una situación de hecho que sí la tiene para la generalidad de los servidores, puesto que al margen de las responsabilidades administrativas en que puedan incurrir los funcionarios que intervienen en el proceso de reconocimiento y pago de la prestación en caso de mora, los docentes no puede quedar sometidos a una indeterminación frente al pago de su prestación una vez reconocida, so pretexto de controles legales y presupuestales.**

Por tanto, luego del vencimiento de los plazos establecidos para que a nombre del FNPSM la Secretaría de Educación y la FIDUPREVISORA S.A. expidan y aprueben los actos administrativos definitivos de reconocimiento de cesantías, se reitera: 15 días para emitir y remitir el proyecto de acto administrativo, 15 días para su aprobación, 5 días para su ejecutoria, y 3 días para su remisión a efectos de pago, para un total de 38 días; se siguen 45 días dentro de los cuales deberá realizarse el pago de la prestación, so pena de incurrir en mora y pagar la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo en los términos del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006:

(...)

Ahora, que si la mora ocurre desde antes del reconocimiento de la prestación por falta de expedición oportuna del acto definitivo de reconocimiento, o porque éste no se expida, el cómputo comprenderá los 38 días del trámite de reconocimiento y remisión del acto definitivo a la FIDUPREVISORA S.A. para efectos del pago, más los 45 días indicados, para un total de 83 días, contados desde la radicación de la petición; porque como lo ha orientado la jurisprudencia del Consejo de Estado, frente al cómputo de los términos de la Ley 1071 de 2006 en esas circunstancias, “no se compadece con el sentido de la normatividad mencionada que la indemnización por la falta de pago oportuno de cesantías se genere sólo ante el incumplimiento del término de 45 días contados a partir del momento en que se encuentre en firme el acto administrativo que las reconozca, porque se dejaría desamparado al ex servidor en el evento en que la administración tarde (...) para expedirlo.”<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Radicación: 19001-33-31-002-2011-00402-01. Demandante: Elsa Doris Joaqui Zúñiga. Demandado: Nación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), Departamento del Cauca. M.P. Carmen Amparo Ponce Delgado.

<sup>22</sup> Nota original de la sentencia de 11 de agosto de 2013 (exp. 1496-11), CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren: “Ha sido lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado. V.gr sentencia de la Subsección B, del 24 de abril de 2008, radicado interno 7008-2005, CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante, que a su vez hace mención a la sentencia del 7 de diciembre de 2000, Subsección A, radicado interno 2020-00, CP Dr. Alberto Arango Mantilla, y a la sentencia del 12 de diciembre de 2002, Subsección B, radicado interno 1604-01, CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante.”



Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGO VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

*Finalmente debe indicarse que aunque la expedición y aprobación del acto administrativo definitivo de reconocimiento y el consecuente giro de los recursos, son de competencia de la Secretaría de Educación y la FIDUPREVISORA S.A., respectivamente, en todo caso, el reconocimiento de la sanción moratoria estará a cargo de la Nación-FNPSM, por ser la entidad responsable del reconocimiento y pago de las cesantías de acuerdo con la Ley 91 de 1989, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas de los empleados y trabajadores de las primeras.” (Negrilla y subraya la Sala)*

Agrega la Sala, que no puede entenderse que el pago de las cesantías parciales reconocidas a la parte actora debía estar sometido a un turno según el estricto orden de recepción de la petición y la existencia de disponibilidad presupuestal, toda vez que esta prestación es un derecho económico reconocido legalmente al trabajador y que no puede ser desconocido por el empleador, so pena de vulnerar derechos fundamentales, pues constituye el ahorro hecho por el trabajador durante el lapso laborado.

La Corte Constitucional en Sentencia de Unificación **SU-336 de 2017**<sup>23</sup>, avaló la aplicación de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías en favor de los educadores estatales, explicando que si bien no se encuentran contemplados dentro de ninguna de las categorías de servidores públicos, lo cierto es que de conformidad con el artículo 125 superior, los *empleados públicos* conforman una categoría residual, a la que pertenecerían todos aquellos funcionarios del Estado que no encuadran en ninguno de tales grupos. De ese modo, la Corporación entendió a los docentes como **“empleados oficiales de régimen especial”**. En la referida providencia se concluyó lo siguiente:

*“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.*

*Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.*

*Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.*

**9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:**

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

---

<sup>23</sup> M.P. Iván Humberto Escrucera Mayolo

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGO VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

*al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.*

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

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

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

*(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.*

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

De esta manera, la pauta adoptada por esta Corporación frente al problema de la ausencia de regulación en la normativa especial frente al plazo oportuno dentro del cual se debe materializar el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se fundamenta en los principios de justicia e igualdad, así como de la condición más beneficiosa para el trabajador, toda vez que no resulta válido dejar sin amparo normativo una situación que sí está regulada para la generalidad de los servidores, pues al margen de las responsabilidades administrativas en que puedan incurrir los funcionarios que intervienen en el proceso de reconocimiento y pago de las cesantías - parciales en este caso-, el derecho de los docentes no puede estar sometido a una indeterminación respecto de su pago, so pretexto de controles legales y presupuestales, siempre y cuando se establezca la mora en el caso concreto.

Finalmente, la Corporación considera indispensable señalar que en reciente sentencia de unificación jurisprudencial fechada 18 de julio de 2018, expediente No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015), C.P. William Hernández Gómez, el Consejo de Estado, además de enfatizar sobre la aplicación de la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 a los docentes<sup>24</sup> que se encuentran afiliados al Fondo de

---

<sup>24</sup> "[...] 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, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

Por lo anterior, **la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006**, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos"

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
 Demandante: ALBA MILA GALLEGO VIDAL  
 Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
 Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Prestaciones del Magisterio, recoge los términos que deben vigilar las diferentes situaciones fácticas - hipótesis que se presentan en el reconocimiento de la sanción moratoria reclamada por el personal docente, cuando se comprueba el pago tardío de las cesantías, las cuales se agruparon en nueve casos diferentes que se pueden presentar, así:

*“Sobre el particular, la Sección Segunda evidencia con relación al reconocimiento de la sanción moratoria tanto a docentes del sector oficial, como a la generalidad de los servidores públicos, que aún falta por precisar el momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora en el evento en que la administración guarde silencio frente a la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas, o se pronuncie de manera tardía.*

(...)

*Todo lo explicado, respecto de las normas previstas en el CPACA se puede evidenciar en el siguiente cuadro:*

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
<b>ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)</b>	<b>Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del termino de pago</b>	<b>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</b>	<b>45 días posteriores a la ejecutoria</b>	<b>70 días posteriores a la petición</b>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

### 3.6. El caso concreto

Así las cosas, contrario a lo planteado por la parte recurrente, sí resulta procedente, tal y como lo dispuso el A quo, ordenar el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías establecido en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, en tanto, no puede entenderse que el pago de las cesantías definitivas de la hoy demandante, debía estar sometido a un turno según el estricto orden de recepción de la petición, ni mucho menos a la existencia de disponibilidad presupuestal para el efecto.

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGO VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

No obstante lo anterior, atendiendo las particularidades del *sub examine*, se deben verificar los términos del reconocimiento de la sanción moratoria a partir de las previsiones jurisprudenciales decantadas, así, se tiene que la señora ALBA MILA GALLEGO VIDAL solicitó el reconocimiento de sus cesantías definitivas el día 4 de noviembre de 2015 – en vigencia de la Ley 1437 de 2011, y el acto de reconocimiento únicamente fue expedido hasta el 30 de enero de 2017, es decir, de manera extemporánea, resaltando que en el contenido del mismo no se sustenta de ninguna manera la tardanza de la expedición, por ende, se verifica que la regla que debe seguir el reconocimiento de la sanción moratoria se ajusta a la segunda hipótesis planteada en la sentencia de unificación *ut supra*, la cual describe el alto tribunal así:

**“i) Hipótesis de falta de pronunciamiento, o pronunciamiento tardío.-**

(...)

*En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán **15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento** (Art. 4 L. 1071/2006<sup>25</sup>), **10 del término de ejecutoria de la decisión** (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011<sup>26</sup>) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 5]<sup>27</sup>, y **45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución**. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006<sup>28</sup>.”*

En razón de lo anterior, una vez comprobado que el 4 de noviembre de 2015 la demandante solicitó ante el FPSM sus cesantías definitivas, se tiene que el término

---

<sup>25</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>26</sup> «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

[...]

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

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

<sup>27</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>28</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.»

Expediente:	19001 33 31 002 2018 00068 01
Demandante:	ALBA MILA GALLEGO VIDAL
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

de 70 días con que contaba la administración para pagar las cesantías deprecadas se debe discriminar de la siguiente manera:

- Radicación de la solicitud: 4 de noviembre de 2015
- Fecha límite para expedición del acto – 15 días: 26 de noviembre de 2015
- 10 días de ejecutoria: 11 de diciembre de 2015
- Fecha límite de pago – 45 días posteriores: 17 de febrero de 2016

Así, esta Corporación no comparte íntegramente la contabilización de términos realizada por el A quo, relativa al reconocimiento de la sanción moratoria desde el 17 de febrero de 2016, toda vez que acorde a los parámetros previstos en la sentencia de unificación de julio de 2018 dictada por el Consejo de Estado, el día 70 hábil de que trata la contabilización de términos anteriormente expuesta, abarca hasta el 17 de febrero de 2016, inclusive, es decir, que los días de sanción moratoria deben iniciar a partir del 18 de febrero de 2016, situación que obliga a la modificación de la decisión de primera instancia.

Aunado a lo anterior y acorde las previsiones aplicables, también se concluye que la sanción moratoria se genera hasta un día antes del pago, así, se observa que el A quo concluyó que el mismo se había realizado el 4 de mayo de 2017 según el desprendible de pago del Banco BBVA sucursal Popayán obrante en la foliatura, no obstante, dicho término tampoco es compartido por la Sala, toda vez que el pago se debe contabilizar desde el momento en que la entidad encartada pone a disposición de la beneficiaria el monto de sus cesantías definitivas reconocidas, y no desde la fecha en que aquella los retira de la entidad bancaria.

De conformidad con lo anterior, se acredita diáfananamente a partir del mismo recibo del BBVA (Fl. 28), que el FPSM desde el 21 de abril de 2017 puso a disposición de la señora GALLEGO VIDAL la suma de \$19.898.361 por concepto de cesantías definitivas en la entidad bancaria para su retiro.

Así las cosas, contrario a lo planteado por la primera instancia y acogiendo el precedente de unificación de 2018, se tiene que la liquidación de la sanción moratoria de la demandante debe contabilizarse al vencimiento de los 70 días siguientes a la solicitud de cesantías, y hasta el día anterior en que la entidad demandada puso a su disposición el monto reconocido por dicho concepto, lo cual para el caso concreto, permite concluir que el periodo de sanción moratoria a reconocer abarca desde el 18 de febrero de 2016 y hasta el 20 de abril de 2017, a razón de un día de salario por día, conforme al salario devengado por la señora GALLEGO VIDAL para el momento de su retiro definitivo.

Por lo anterior, la Sala modificará la sentencia apelada, en tanto a la luz del nuevo criterio jurisprudencial del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no resultaba procedente desconocer los términos de contabilización de la sanción moratoria a que tiene derecho la parte actora en su calidad de docente, los cuales debían ser ajustados conforme lo descrito en la parte considerativa de esta providencia.

### **3.7. Sobre la condena en costas de primera instancia**

La entidad demandada solicita revocar la condena en costas impartida en primera instancia, exponiendo que su actuar durante el decurso procesal había sido adecuado y acorde a derecho, sin realizar actos dilatorios ni temerarios

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGU VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

encaminados a perturbar el procedimiento, por lo cual no debía ser acreedora de la sanción que implicaba la condena en costas.

Al respecto, es preciso indicar que conforme lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, se condena en costas a la parte vencida, acogándose el criterio objetivo<sup>29</sup>. Por ende, el Juez al momento de dictar sentencia está en la obligación de pronunciarse respecto de este punto, salvo que se trate de procesos en que se ventile un interés público.

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en las normas referenciadas la Sala encuentra que la condena en costas se encuentra plenamente justificada, pues solo es menester del Juez, como bien lo realizó, el verificar cual fue la parte vencida, en aplicación del criterio objetivo.

Adicionalmente, el presente asunto no se encuentra dentro de las excepciones a su causación, toda vez que en el mismo no se ventila un interés público, encontrando entonces la Sala acertada la condena en costas impuesta en primera instancia.

### **3.8. Costas en segunda instancia**

En los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de General del Proceso.

Por su parte el artículo 365 del Código General del Proceso, señala: “*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 3. En la providencia del superior que confirmen todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas de la segunda (...)*”.

Como en el proceso uno de los argumentos de la apelación estribaba precisamente en la forma de reconocimiento de la sanción moratoria de la actora, y dado que la sentencia proferida por el A quo será objeto de modificación en este punto, la Sala no impondrá condena en costas en la segunda instancia.

## **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO.- MODIFICAR el NUMERAL TERCERO** de la Sentencia No. 123 del veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, el cual quedará así:

**“TERCERO.-** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda –Subsección A, Sentencia del 7 de abril de 2016, No. Interno: 1291-2014, C. P. William Hernández Gómez.

Expediente: 19001 33 31 002 2018 00068 01  
Demandante: ALBA MILA GALLEGO VIDAL  
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG  
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Asunto: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

del derecho, **CONDENAR** a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a la señora ALBA MILA GALLEGO VIDAL, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en el periodo comprendido entre el día **18 de febrero de 2016 y hasta el 20 de abril de 2017**, según la parte considerativa de la providencia."

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en todo lo demás el fallo apelado.

**TERCERO.-** Sin costas en la segunda instancia, conforme lo expresado en precedencia.

**CUARTO.- NOTIFÍQUESE** la presente sentencia a las partes de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

### **CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha.

**Los Magistrados,**



**JAIRO RESTREPO CÁCERES**



**CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ**



**CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**