



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar
Demandado: Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio)

Temas: Sanción moratoria por pago tardío de cesantías parciales

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandante y de la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) contra la sentencia proferida el 9 de abril de 2018 por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se declaró probada, parcialmente, la excepción de prescripción de la sanción moratoria.

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, la señora Luz Mary Sapuy Cuellar, por conducto de apoderado, formuló demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

en orden a que se declare la nulidad de la Resolución 0154 del 18 de enero de 2016, a través de la cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, a partir del momento en que vencieron los 65 días hábiles siguientes a la radicación de la reclamación de las cesantías parciales y hasta cuando se haga efectivo su pago.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó **(i)** condenar a la entidad demandada a pagar la sanción por la mora en la cancelación de sus cesantías parciales, conforme a lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006; **(ii)** ordenar el cumplimiento del fallo en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011; y **(iii)** disponer los ajustes de valor respecto de la condena al tenor de lo establecido en el artículo 187 *ibidem*.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

(i) El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado a través del artículo 3 de la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística y, en el artículo 15, parágrafo 2.º, de la referida norma se le asignó la competencia de pagar las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

(ii) El 4 de abril de 2011, la demandante, en su condición de docente, solicitó ante la Nación (Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) el reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, respecto de las cuales obtuvo pronunciamiento favorable a través de la Resolución 2596 del 21 de junio de 2013 y se pagaron el 3 de septiembre de 2013, por intermedio de la entidad bancaria.

(iii) Al verificar las fechas de solicitud, reconocimiento y pago de las cesantías parciales, se advirtió que el término de 65 días para cancelarlas vencía el 8 de julio



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

de 2011, es decir, transcurrió un lapso superior al previsto en la ley para proceder al pago; por tal razón, formuló solicitud encaminada a obtener la sanción moratoria, y, en respuesta, se expidió la resolución demandada.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995; y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado de la demandante manifestó lo siguiente:

(i) La autoridad encargada del pago de las cesantías a los docentes ha estado desconociendo las normas que rigen lo relativo al pago oportuno de esa prestación.

(ii) Ante tales circunstancias se expidieron las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 que regularon lo concerniente al pago de las cesantías parciales y definitivas de los empleados públicos y fijaron un término de 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y 45 días siguientes, para proceder a su cancelación; sin embargo, la Nación (Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) ha desconocido dichos términos, circunstancia que acarrea la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

(iii) En su condición de docente, como su prestación fue reconocida con posterioridad a la Ley 91 de 1989, le aplica la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que determinan los plazos para pagar oportunamente las cesantías y establecen una penalidad a cargo del empleador incumplido, en el equivalente a un día de salario por cada día de retraso, hasta cuando se haga efectivo el pago, disposiciones que sirven de soporte a las pretensiones deprecadas en el *sub lite*.

1.2. Contestación de la demanda



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

La Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y la Fiduprevisora, a través de su apoderado, contestó la demanda¹ y se opuso la prosperidad de sus pretensiones. En síntesis, expuso lo siguiente:

(i) De acuerdo con las competencias establecidas en el Decreto 2831 de 2005, el pago de las prestaciones sociales de los docentes compete al Fondo, pero la atención de la solicitud corresponde a las entidades territoriales certificadas. La norma en mención creó un procedimiento especial para el reconocimiento de las prestaciones de los docentes, en el que están definidas las etapas, los términos y demás formalidades para ese fin, lo que quiere decir que aquellos están excluidos de la aplicación de las normas que rigen, de manera ordinaria, las cesantías. Además, el acto de reconocimiento de las cesantías no fue expedido por el Ministerio, por lo tanto, no contiene la manifestación de su voluntad en torno a la penalidad pretendida.

(ii) En razón de lo expuesto, deben prosperar las excepciones de falta de integración del contradictorio con la entidad territorial a cargo del trámite de la petición dirigida a reconocer las cesantías; buena fe; régimen prestacional independiente inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006, al gremio docente; prescripción; inexistencia de vulneración de los principios legales; ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva; e inexistencia del demandado por falta de relación del Ministerio con la expedición del acto de reconocimiento del derecho.

(iii) Al referir lo relativo a la Fiduprevisora, señaló que de conformidad con el contrato de fiducia mercantil suscrito entre esta y la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) «es sin lugar a dudas que la función de FIDUPREVISORA S.A. es solamente la de administrar los recursos que integran el citado Fondo, realizando gestiones de administración y pagos, pero

¹ Folios 103 a 105 y 106. Se precisa que el abogado presentó 2 memoriales, uno, en condición de representante del Ministerio de Educación (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y otro, en representación de la Fiduprevisora.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

carece de facultades para ordenar o disponer de los recursos que integran el fondo, pues como en todo (sic) los negocios basados en la figura del contrato de fiducia mercantil, solo se reciben instrucciones del fideicomitente y el fiduciario solo desde ese momento puede actuar de conformidad a las mismas ya que siempre y en todos los casos LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. actúa COMO VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO».

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante sentencia proferida el 9 de abril de 2018,² anuló el acto acusado, declaró la prescripción parcial de la sanción moratoria reclamada y ordenó el reconocimiento de tal penalidad por la tardanza en el pago de las cesantías parciales a favor de la demandante, por el lapso comprendido entre el 15 de diciembre de 2012 y el 2 de septiembre de 2013, con sustento en lo siguiente:

(i) Según lo probado en el expediente, es claro que la entidad demandada incurrió en mora para el reconocimiento y pago de las cesantías a favor de la demandante, pues, según la fecha de reclamación y los términos dispuestos por la ley, debió cancelar la prestación, a más tardar, el 11 de julio de 2011 y solo lo hizo el 3 de septiembre de 2013, con lo cual incurrió en mora y la consecuente sanción.

(ii) No obstante, como se produjo la prescripción parcial de la sanción, atendiendo la fecha de la reclamación en sede administrativa —15 de diciembre de 2015—, se debe declarar probada la excepción extintiva, en forma parcial y reconocer la sanción, únicamente, por el lapso comprendido entre el 15 de diciembre de 2012 y el 2 de septiembre de 2013.

1.4. El recurso de apelación

² Folios 278 a 297.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

1.4.1. La demandante

La señora Luz Mary Sapuy Cuellar, por intermedio de su apoderada,³ interpuso recurso de apelación,⁴ que sustentó en los siguientes términos:

(i) Existen tres razones fundamentales que controvierten la decisión del *a quo*; la primera, que la sanción por mora en el pago oportuno de las cesantías no prescribe, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de la máxima autoridad de lo contencioso administrativo;⁵ la segunda, que dicha penalidad no está prevista en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y, la tercera, que la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006 no es una prestación social.

(ii) En el caso bajo análisis la reclamación se formuló dentro de la debida oportunidad, esto es, cuando la obligación se hizo exigible, en el entendido de que el pago inoportuno de las cesantías se efectuó el 3 de septiembre de 2013 y la sanción se reclamó el 15 de diciembre de 2015, es decir, dentro de los 3 años siguientes. Por esa razón, no era del caso declarar parcialmente probado el fenómeno extintivo.

(iii) Como la sanción moratoria por el reconocimiento tardío de las cesantías no está consagrada ni en el Decreto 3135 de 1968 ni en el Decreto 1848 de 1969, el término para contabilizar la prescripción es el señalado en el artículo 2536 del Código Civil, que comprende 10 años desde la exigibilidad de la obligación.

(iv) Ahora bien, para determinar el periodo durante el cual corrió la sanción, los 45 días para efectuar el pago no se deben contabilizar desde la notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, sino que también se debe considerar el tiempo de tardanza en que incurrió la administración para la expedición de aquel; una vez

³ El poder se otorgó a dos abogados, un hombre y una mujer, el primero presentó la demanda y realizó otras actuaciones en primera instancia y, la segunda, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

⁴ Folios 170 a 189.

⁵ Se cita la sentencia del 4 de marzo de 2010, emitida en el radicado 85001 23 31 000 2003 00015 01, número interno 1413-08, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

vencido el plazo de que disponía para ese efecto, empezar el conteo del término para el pago, y, a partir de ahí, definir la sanción.

1.4.2. La Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio)

La entidad demandada, por conducto de su apoderado, interpuso recurso de apelación,⁶ con base en los argumentos que se enuncian a continuación:

(i) El Ministerio de Educación no está legitimado para actuar y responder por la condena porque no interviene para la expedición del acto ni en el reconocimiento de la prestación, en virtud del contrato de fiducia pública suscrito con la Fiduprevisora S.A. para tal efecto, así como los deberes atribuidos a los patrimonios autónomos, de conformidad con lo estatuido en el Decreto 2555 de 2010, quienes gozan de capacidad para comparecer directamente a los procesos judiciales en su contra.

(ii) Adicional a lo anterior, en aplicación de lo previsto en el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009, en todos los casos en que una autoridad pública deba reconocer intereses por mora, producto del incumplimiento de obligaciones a su cargo, la sanción por dicho concepto no puede exceder el doble del interés bancario corriente, de manera que en el evento de que se demuestre la mora, se debe aplicar la disposición anterior.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes demandante y demandada guardaron silencio durante esta etapa procesal.⁷

1.6. El Ministerio Público

⁶ Folios 298 y 299.

⁷ Folio 333.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

El agente del Ministerio Público no rindió concepto.⁸

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer **(i)** si los docentes pueden ser beneficiarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 ante el incumplimiento en el pago de sus cesantías parciales; **(ii)** si la Nación (Ministerio de Educación—Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) debe ser la destinataria de la condena; **(iii)** si no debió aplicarse el fenómeno extintivo en los términos en que se hizo, por parte del tribunal de instancia, pues debió preferirse el término que, al respecto, consagra el ordenamiento civil; **(iv)** si la sanción aludida puede ser sustituida por los intereses moratorios establecidos en el artículo 88 de la Ley 1328 de 2009; y **(v)** si el tribunal analizó la figura de la prescripción conforme a la normativa vigente.

2.2. Marco normativo

La Ley 6.^a 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.

⁸ Folio 333.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

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 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»⁹, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»;¹⁰ 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 cesantías¹¹, y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la

⁹ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

¹⁰ Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.

¹¹ Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

protección contra la pérdida de su valor adquisitivo¹². Además, en los artículos 6 y 7 *ibidem*, fijó un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la 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 parágrafo, 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

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



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

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 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 trabajador¹³.

La Ley 1071 de 2006, adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, **en torno al pago de las cesantías definitivas y parciales**¹⁴ 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

¹³ Gaceta del Congreso año IV – núm. 225 del 5 de agosto de 1995.

¹⁴ 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.».



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

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 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 a los docentes oficiales, 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 sociales¹⁵ 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

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



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

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.

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».

Finalmente, la Ley 1328 de 2009 «[p]or la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones» en su artículo 88 señala:

Artículo 88. Intereses con cargo a obligaciones de la Nación. En todos los eventos en los que la Nación o las entidades públicas, de cualquier orden, deban cancelar intereses por mora causados por obligaciones a su cargo, la indemnización de perjuicios o la sanción por mora no podrá exceder el doble del interés bancario



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

corriente vigente al momento de la fecha establecida legalmente para realizar el pago.

De igual forma, toda suma que se cobre a la Nación o a las entidades públicas como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria adeudada en virtud de un mandato legal se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación.

2.3. Hechos probados

De conformidad con el acervo probatorio, que obra dentro del proceso, se puede establecer lo siguiente:

(i) El 4 de abril de 2011,¹⁶ la demandante formuló solicitud orientada al reconocimiento y pago de sus cesantías parciales, con el objeto de realizar reparaciones locativas.

(ii) El 21 de junio de 2013,¹⁷ el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Secretaría de Educación del departamento del Huila) expidió la Resolución 2596, a través de la cual reconoció las cesantías parciales a favor de la señora Luz Mary Sapuy Cuellar, con destino a reparaciones locativas. Dicho acto se notificó personalmente a la destinataria el 2 de julio siguiente.

(iii) El 19 de febrero de 2016,¹⁸ la directora de afiliaciones y recaudos de la Fiduprevisora expidió certificación en torno a la fecha en que se pusieron a disposición de la demandante los recursos que corresponden a sus cesantías parciales, así:

En atención a su solicitud de la referencia, nos permitimos certificarle que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le programo (sic) un pago de CESANTÍAS PARCIAL (sic) reconocida por la Secretaría de Educación, a la docente LUZ MARY SAPUY CUELLAR [...] mediante Resolución No. 2596 de fecha 21 de JUNIO 2013 y se ordena el pago en la nómina del 03 DE SEPTIEMBRE 2013 por valor \$13,162,916, a través del B. AGRARIO TIMANA – HUILA [...]

¹⁶ Según las consideraciones de la resolución que obra en folio 22.

¹⁷ Folios 22 a 27.

¹⁸ Folio 28.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

(iv) El 15 de diciembre de 2015,¹⁹ la demandante, por intermedio de apoderada, solicitó ante la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno de sus cesantías parciales.

(v) El 18 de enero de 2016,²⁰ el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Secretaría de Educación del departamento del Huila) expidió la Resolución 0154, mediante la cual negó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago inoportuno de las cesantías parciales.

2.4. El caso concreto. Análisis de la Sala

2.4.1. Alcance de la apelación. Competencia del juez de segunda instancia para pronunciarse sobre la excepción de prescripción

El artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, señala que, en los aspectos no contemplados en ella, se debe hacer remisión a lo previsto en el ordenamiento procesal civil, en cuanto sea compatible con las actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La Sala, con base en tal remisión, en decisiones previas,²¹ se sujetó, en materia de competencia del superior, a lo previsto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, y, en ese orden, se circunscribió a analizar «los reparos concretos formulados por el apelante».

No obstante lo anterior, en esta ocasión, replantea su postura, para realizar una interpretación armónica, entre lo señalado en las dos disposiciones mencionadas, y lo dispuesto en el artículo 187, inciso 2.º de la Ley 1437 de 2011 que permite al juez de segunda instancia «estudi[ar] y decid[ir] todas las excepciones propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus».

¹⁹ Folios 32 a 35.

²⁰ Folios 18 a 20.

²¹ Números internos: 5831-18 y 3717-18, entre otros.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

Tal cambio obedece al análisis de la intención del legislador,²² con tal previsión, que consistió en otorgar al juez de segunda instancia la facultad de decidir sobre dichos medios exceptivos, en la medida en que se corresponde con el «deber y la facultad oficiosa que en esta materia otorga[ba] al juez administrativo los incisos 2.º y 4.º del artículo 164 del [Decreto 01 de 1984]».

De otro lado, el estudio gramatical de la norma, en particular, de la expresión «sin perjuicio de»²³ sugiere no ir en detrimento del principio de la *non reformatio in pejus*, lo que se traduce en que el estudio de las excepciones, propuestas o no, debe garantizar que «el superior que conoce de una decisión judicial por apelación, tiene limitada su actividad de manera tal que lo resuelto por el inferior en beneficio del recurrente debe permanecer incólume»,²⁴ y, en tal medida, se «impone al juez el deber de abstenerse de agravar la situación definida en la sentencia [de] primera instancia».²⁵

En este orden de ideas, la interpretación histórica, gramatical, teleológica y

²² De acuerdo con el «INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY 315 DE 2010 CÁMARA DE REPRESENTANTES, 198 DE 2009 SENADO por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo» rendido el 23 de noviembre de 2010, en los siguientes términos: «Por ello, a continuación, se presenta el pliego de modificaciones, con la explicación previa de los cambios que se proponen al articulado aprobado en el primer debate en la Comisión Primera de la Cámara así:

[...]

El artículo 187, sobre el contenido de la sentencia, **se adiciona para preceptuar que en la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y cualquiera otra que el fallador encuentre probada, sin que el silencio del inferior impida que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus, disposición que corresponde al deber y la facultad oficiosa que en esta materia otorga al juez administrativo los incisos 2.º y 4.º del artículo 164 del actual Código Contencioso Administrativo.** [...]» [Se destaca]

²³ La locución prepositiva «sin perjuicio de» significa: **1.** «sin excluir la posibilidad de». Diccionario Fraseológico Documentado del Español Actual, Manuel Seco, Olimpia Andrés y Gabino Ramos. Segunda edición. JdeJ Editores. Página 644. **2.** «Expresión concesiva de sentido semejante a aunque». Maria Moliner. Cuarta edición. Editorial Gredos 2016. Página 1973. **3.** «Sin ir en detrimento o en contra de». El gran diccionario de uso del español actual. Director: Aquilino Sánchez. Madrid. Sociedad General Española de Librería. 2001. Página 1592.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC12024-2015, radicación 73001 31 03 003 2009 00387 01, M. P. Margarita Cabello Blanco.

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de Contencioso Administrativo, sentencia del 7 de octubre de 2014, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2010-01284-00 (REV).



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

sistemática que precede conlleva que, en adelante, el estudio de la excepción de prescripción procede, de manera oficiosa, en tanto que se encuentre probada y que la decisión sobre ella no vaya en detrimento del derecho concedido, en primera instancia, **al apelante único**. Ahora bien, en casos como el presente, en que la apelación se propuso por **ambas partes**, es viable analizar el fenómeno prescriptivo en forma oficiosa, teniendo en consideración que el principio de la *non reformatio in pejus*, solo está garantizado para proteger el derecho del apelante único. En ese escenario se analizará la controversia.

2.4.2. Estudio de fondo del recurso

En primer lugar, se precisa que la demandante solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria producto de la tardanza en que incurrió la administración en reconocer y pagar **sus cesantías parciales**, al tenor de lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006, de manera que el primer tema a abordar consiste en determinar si, en su condición de docente, es beneficiaria 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,²⁶ en sentencia que se transcribe a continuación:

En la sentencia C-741 de 2012²⁷ 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, párrafo 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.

[...]

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C-486/16 M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁷ Cita propia del texto transcrito: MP. Nilson Pinilla Pinilla. SV. Jorge Iván Palacio Palacio.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

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.

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,²⁸ 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

²⁸ Corte Constitucional, sentencia SU 336/17, M.P. Iván Humberto Escruería Mayolo.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

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 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,²⁹ en 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 discurrió:

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).

[...]

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01, número interno 4961-15.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

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.

De manera que, aplicando el precedente de unificación jurisprudencial anotado, se debe concluir que la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 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, sin que sea dable excusarse en razones de orden presupuestal, para abstenerse del cumplimiento de un término definido por el legislador, en el cual se deben hacer las gestiones correspondientes para lograr el pago oportuno.

Precisado lo anterior, el segundo problema jurídico a resolver consiste en definir lo relativo a la autoridad responsable del pago de la indemnización por mora en la consignación de las cesantías a los docentes, comoquiera que la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), en su recurso, consideró que no le asiste tal obligación. Sobre esa materia, esta Subsección³⁰ ha sostenido:

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

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

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

Si bien el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019³¹ y ésta última reguló el tema en su artículo 57, dicha disposición no rige el asunto objeto de estudio porque la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el 18 de julio de 2013 y la sanción moratoria se causó del 30 de octubre de 2013 al 9 de julio de 2015, es decir, con anterioridad a la expedición de la mencionada ley.

En conclusión, en el *sub examine*, será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo.

El anterior criterio sirve de soporte para concluir que, en el asunto de la referencia, al tratarse de un reconocimiento de sanción moratoria causada con anterioridad a la Ley 1955 de 2019,³² «[p]or [la] cual se expide el Plan Nacional De Desarrollo 2018-2022» la obligación de asumir la condena reside en la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), tal como lo consideró el *a quo*, en cuanto la Ley 91 de 1989, en su artículo 3.º, creó el aludido fondo, y le atribuyó la responsabilidad de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes, y si bien es cierto su creación fue como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, también lo es

³¹ Cita propia del texto transcrito: «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022».

³² Se precisa que el párrafo de su artículo 57 radica la responsabilidad del pago de la sanción moratoria tanto en el ente territorial como en el FNPSM, de acuerdo a la autoridad que hubiera incurrido en tardanza de la gestión de las cesantías de los docentes, según sus competencias, así: «PARÁGRAFO. **La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.** En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.». [Se resalta]



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

que se encuentra adscrito al Ministerio de Educación Nacional y es este quien ejerce su representación judicial, toda vez que no cuenta con personería jurídica.

Adicional a ello, el periodo durante el cual se ordenó la sanción moratoria en esta *litis* —del 15 de diciembre de 2012 al 2 de septiembre de 2013—³³ fue anterior a la expedición y entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019³⁴ «[p]or [la] cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022» y solo a partir de esta se atribuye la responsabilidad de pago de la sanción moratoria con cargo a las entidades territoriales intervinientes en el trámite del reconocimiento de las cesantías a los docentes, razones suficientes para considerar que no es procedente el planteamiento de la autoridad demandada, para revocar la sentencia de primera instancia.

Lo anterior, no sin antes señalar que, si bien la autoridad recurrente se fundó en la existencia de un contrato de fiducia, con sustento en el cual pretende hacer radicar en la Fiduprevisora la responsabilidad para actuar en el proceso, al tenor de lo

³³ Según lo ordenado por el *a quo* en el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia. No obstante, se precisa que en dicha providencia se aclaró que la mora empezó a correr desde el 12 de julio de 2011, pero se declaró parcialmente prescrito el derecho respecto de la penalidad causada entre dicha fecha y el 14 de diciembre de 2012, como se determinó en el numeral tercero de la parte resolutive de dicha providencia (folio 272 vto.).

³⁴ Se precisa que el párrafo de su artículo 57 radica la responsabilidad del pago de la sanción moratoria tanto en el ente territorial como en el FNPSM, de acuerdo a la autoridad que hubiera incurrido en tardanza de la gestión de las cesantías de los docentes, según sus competencias, así: «**PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.** En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.». [Se resalta]



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

dispuesto en el artículo 2.5.2.1.1.³⁵ del Decreto 2555 de 2010,³⁶ también lo es que, por un lado, dentro de las pruebas solicitadas y aportadas³⁷ por la Nación (Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) al *sub lite* no se allegó copia del aludido contrato de fiducia a fin de verificar los términos que en él se pactaron, carga probatoria que le era exigible al tenor de lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso,³⁸ y, por otro lado, el apoderado de la entidad demandada, al contestar el libelo, actuó en una doble condición, como representante de la Nación (Ministerio de Educación) y de la Fiduprevisora y, en torno a esta última, manifestó enfáticamente que el encargo fiduciario solo tiene como propósito administrar los recursos, pero no ordenar y disponer de ellos y que, en todo caso, en aquella gestión actúa como vocera de la aludida cartera ministerial,³⁹ razones que impiden dar viabilidad a su argumento.

Ahora bien, la entidad demandada argumentó que los intereses moratorios con cargo a alguna autoridad de derecho público, se rigen por la Ley 1328 de 2009, artículo 88, y, por ende, no se debe aplicar la sanción a que aluden las Leyes 244

³⁵ **Artículo 2.5.2.1.1** Derechos y deberes del fiduciario. Los patrimonios autónomos conformados en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, aun cuando no son personas jurídicas, se constituyen en receptores de los derechos y obligaciones legales y convencionalmente derivados de los actos y contratos celebrados y ejecutados por el fiduciario en cumplimiento del contrato de fiducia.

El fiduciario, como vocero y administrador del patrimonio autónomo, celebrará y ejecutará diligentemente todos los actos jurídicos necesarios para lograr la finalidad del fideicomiso, comprometiendo al patrimonio autónomo dentro de los términos señalados en el acto constitutivo de la fiducia. Para este efecto, el fiduciario deberá expresar que actúa en calidad de vocero y administrador del respectivo patrimonio autónomo.

En desarrollo de la obligación legal indelegable establecida en el numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio, el Fiduciario llevará además la personería del patrimonio autónomo en todas las actuaciones procesales de carácter administrativo o jurisdiccional que deban realizarse para proteger y defender los bienes que lo conforman contra actos de terceros, del beneficiario o del constituyente, o para ejercer los derechos y acciones que le correspondan en desarrollo del contrato de fiducia.

Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales.

³⁶ Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

³⁷ En la contestación de la demanda tan solo se solicitó «requerir de manera oficiosa a la Secretaría de Educación respectiva los antecedentes administrativos relacionados con el objeto del presente litigio, lo anterior, con consecuencia de la imposibilidad de allegarlo por no obrar este dentro de los archivos del Ministerio de Educación Nacional» (folio 105 vto.).

³⁸ Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

³⁹ En el acápite 1.2. numeral (iii) de esta providencia, se transcribió le pertinente.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

de 1995 y 1071 de 2006; sin embargo, la Sala debe señalar que no es de recibo tal consideración, pues, en asuntos como el analizado, se aplica el criterio de especialidad de la ley, de manera que para resolver la pretensión de la demandante, la materia relativa a la tardanza en el pago de las cesantías parciales está prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, mientras que la invocada por la entidad demandada rige en materia financiera, de seguros y del mercado de valores, y, por tal motivo, la norma que se invoca en el recurso de apelación no cubre la situación planteada en la demanda y que fue decidida por el *a quo* con base en la normativa que sí es aplicable, como se analizó con antelación.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el reparo planteado por la demandante, en el sentido de que el fenómeno prescriptivo se contabilice conforme a los términos establecidos en el Código Civil pues aquel que está señalado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 no es aplicable en el *sub lite*, la Sala debe indicar que tal discusión ya fue analizada en sentencia de unificación por esta Corporación,⁴⁰ y, en esa materia, se definió que la norma que se debe emplear, para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁴¹ que consagra 3 años desde que la obligación se hizo exigible, para que se configure el fenómeno extintivo. Así se expuso:

[...] La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969⁴², previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.

En consecuencia, se fijó la siguiente regla de unificación:

⁴⁰ Sentencia CE-SUJ2 004 del 25 de agosto de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁴¹ Valga aclarar que esa fue la disposición normativa utilizada por el tribunal para estudiar el fenómeno prescriptivo, como consta en el folio 271 vuelto.

⁴² Cita propia del texto transcrito: «Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).»



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

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

Siguiendo la anterior postura, no es viable acoger el planteamiento de la demandante, en el sentido de que se tome la legislación civil para contabilizar el fenómeno prescriptivo en su caso, pues lo relativo a esa materia —la norma aplicable en cuanto al término prescriptivo— ya fue definido por esta Corporación.

Finalmente, debe verificarse si el análisis realizado por el *a quo*, en torno a la figura prescriptiva, atendió las normas aplicables sobre la materia, en particular, lo previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo,⁴³ según el cual «[l]as acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que **se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible**». En ese sentido, para el caso concreto, se tiene que la petición en sede administrativa encaminada a obtener el reconocimiento de las cesantías parciales, se radicó el 4 de abril de 2011,⁴⁴ de modo que los 15 días con que la administración contaba para expedir el acto administrativo pertinente, vencían el 27 de abril de 2011, lo que conlleva afirmar que la Resolución 2596 del 21 de junio de 2013,⁴⁵ notificada el 2 de julio siguiente, a través de la cual se reconoció la prestación parcial a favor de la demandante, fue expedida en forma extemporánea.

En esas condiciones, de haberse expedido oportunamente el acto, esto es, el 27 de abril de 2011, su ejecutoria se hubiera producido a los 5 días siguientes,⁴⁶ es decir, el 4 de mayo de 2011; por lo tanto, los 45 días para el pago oportuno vencían el 11 de julio de 2011;⁴⁷ no obstante, este tan solo se produjo el 3 de septiembre de 2013,

⁴³ Que es la norma que rige la prescripción de la sanción moratoria, tal como se determinó en la Sentencia de Unificación CE- SUJ 2 - 004 – 16 del 25 de agosto de 2015, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, en la que se fijó la siguiente regla: «2.- La sanción o indemnización moratoria sí está sometida al fenómeno de prescripción trienal y la norma aplicable para ese efecto, es el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral».

⁴⁴ Según las consideraciones de la resolución que obra en folio 22.

⁴⁵ Folios 22 a 27.

⁴⁶ Teniendo en cuenta que dichos términos transcurrieron en vigencia del Decreto 01 de 1984, toda vez que la Ley 1437 de 2011, entró a regir el 2 de julio de 2012, es decir, con posterioridad a la fecha en que debía expedirse oportunamente el acto.

⁴⁷ Tal como lo considero el *a quo*.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

lo que corrobora la extemporaneidad en la cancelación de la prestación. De manera que la entidad demandada incurrió en mora, entre el 12 de julio de 2011⁴⁸ y el 2 de septiembre de 2013.⁴⁹

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la reclamación en sede administrativa dirigida a obtener la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías parciales, se observa que esta se radicó el 15 de diciembre de 2015,⁵⁰ ante la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), lo que quiere decir que la petición se formuló cuando se habían excedido los 3 años desde que la obligación se hizo exigible y ello conlleva la configuración de la prescripción extintiva de la sanción moratoria.

En efecto, y tal como se enunció con antelación, la mora empezó a causarse desde el 12 de julio de 2011; por lo tanto, a partir de ese momento se hizo exigible y, en tales condiciones, debía reclamarse ante la administración, a más tardar, el 12 de julio de 2014; sin embargo, se repite, la petición en la que se exigió su reconocimiento se radicó el 15 de diciembre de 2015, cuando se habían vencido los términos de que disponía la demandante para reclamar dicha penalidad.

Valga aclarar que la anterior interpretación obedece a la aplicación de las reglas fijadas en las Sentencias de Unificación CE- SUJ 2 - 004 – 16 del 25 de agosto de 2016 y CE-SUJ-SII-022-2020 del 6 de agosto de 2020, última en la que se determinó lo siguiente:

El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, **es desde su causación y exigibilidad**, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva. [Resalta la Sala]

⁴⁸ Día siguiente al vencimiento de los 45 días de que se disponía para realizar el pago, contados en el escenario de la expedición oportuna del acto de reconocimiento.

⁴⁹ Día anterior a aquel en que se puso a disposición de la demandante el monto reconocido por concepto de su prestación parcial.

⁵⁰ Folios 32 a 35.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

De manera que en las providencias de unificación antes citadas, entre otras providencias emanadas de la Sección Segunda de esta Corporación, se le ha dado el alcance transcrito al término prescriptivo de que trata el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, y se ha concluido que el conteo de los 3 años para su configuración surge desde el vencimiento de los precisos términos con que el empleador cuenta para expedir el acto de reconocimiento y el posterior pago de la prestación y vence al momento en que se cumplen los 3 años subsiguientes, so pena de la configuración del fenómeno extintivo.

Así las cosas, en el *sub lite* procede revocar la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declarar probada, de oficio, la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria.

2.5. Condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016,⁵¹ respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación atiende un criterio objetivo valorativo. Objetivo, en el sentido de que toda sentencia dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, pues se requiere que el juez revise si ellas se causaron (pago de gastos ordinarios del proceso, actividad profesional realizada dentro de él), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o la temeridad de las partes. Conforme a las anteriores reglas, y según lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso,⁵² la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia, pues la interpretación en torno al fenómeno extintivo fue producto de sentencias de unificación dictadas en el curso del proceso, además, las partes no actuaron en esta instancia.⁵³

3. Conclusión

⁵¹ 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.

⁵² «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso [...] 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

⁵³ No presentaron alegatos de conclusión, como consta en el informe secretarial visible en folio 333.



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala considera que **(i)** los docentes sí son beneficiarios de la Ley 1071 de 2006, para efecto del reconocimiento de la sanción moratoria ante el incumplimiento en el plazo para el pago de las cesantías parciales; **(ii)** la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) sí sería la entidad legitimada para responder por la condena impuesta por el *a quo* en lo que respecta a la sanción moratoria ordenada a favor de la señora Luz Mary Sapuy Cuellar; **(iii)** no es del caso reemplazar la sanción moratoria por los intereses previstos en una norma que rige en materia mercantil; **(iv)** no procede aplicar la legislación civil en materia del término para la configuración del fenómeno extintivo; **(v)** no obstante lo anterior, se configuró la prescripción extintiva de la sanción moratoria porque no se reclamó su reconocimiento dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad y ello conlleva declarar probada, la excepción que, al respecto, propuso la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio); y **(vi)** no es viable condenar en costas de segunda instancia.

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

FALLA

Primero. Revocar la sentencia proferida el 9 de abril de 2018, por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual se declaró la nulidad del acto acusado, la prescripción parcial de la penalidad reclamada y se ordenó el reconocimiento parcial de la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías parciales en la demanda formulada por Luz Mary Sapuy Cuellar contra la Nación (Ministerio de



Radicado: 41001 23 33 000 2016 00311 01 (3929-2018)
Demandante: Luz Mary Sapuy Cuellar

Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), según lo expuesto en las consideraciones que anteceden. En su lugar, se dispone:

Declarar probada la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria, propuesta por la Nación (Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), conforme a lo manifestado en la parte motiva de este proveído.

Segundo. Abstenerse de condenar en costas de segunda instancia, según lo expuesto con antelación.

Tercero. Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ
Firmado electrónicamente
(con aclaración de voto)

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente
(con aclaración de voto)

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.

DDG