

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

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 47001-23-33-000-2019-00043-01 (3373-2020)
Demandante: NUBIA CÁCERES CÁCERES
Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO¹, MUNICIPIO DE CIÉNAGA

Temas: Sanción moratoria Ley 50 de 1990. Docentes oficiales. Aplicación de la sentencia unificación del 25 de agosto de 2016, aclarada a través de proveído unificador del 6 de agosto de 2020.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-118-2022

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, Despacho 01, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Nubia Cáceres Cáceres en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011², formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones³

1. Declarar la nulidad del «oficio sin número notificado el día 02 de agosto de 2018» proferido por el municipio de Ciénaga, Magdalena, que dio respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995, así como aquellas que han ocasionado el incumplimiento de la consignación en el respectivo fondo. Asimismo, negó el desembolso de la sanción moratoria derivada de la aludida falta.
2. Declarar la nulidad del acto ficto derivado del silencio administrativo que se configuró el 23 de octubre de 2018 con ocasión de una nueva petición presentada por la demandante, en los mismos términos anteriores.

¹ En adelante FOMAG.

² «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», en adelante CPACA.

³ Folios 1 a 2.

3. A título de restablecimiento del derecho, condenar a las autoridades demandadas a reconocer y pagar las cesantías anualizadas adeudadas a la señora Nubia Cáceres Cáceres en los años 1993 a 1995, y las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación año a año de las mismas.
4. Ordenar el pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, que surge desde la omisión de la consignación de las cesantías causadas en los años 1993 a 1995, con permanencia en el tiempo hasta que se efectuó el abono correspondiente de la misma.
5. Conminar al pago de los intereses moratorios que surjan a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se haga efectiva la cancelación de la sanción moratoria.

Supuestos fácticos relevantes⁴

1. La señora Nubia Cáceres Cáceres laboró al servicio del municipio de Ciénaga desde el año 1993 y hasta el año 1995; a la fecha de radicación de la demanda se desempeña ante el departamento del Magdalena.
2. Manifestó que el municipio de Ciénaga no consignó dentro del plazo fijado las cesantías correspondientes a los años de 1993 a 1995.
3. Mediante escrito del 23 de julio de 2018 la demandante solicitó ante el aludido ente territorial el reconocimiento y pago de las cesantías no consignadas en las vigencias de 1993 a 1995.
4. Con ocasión de ello, fue expedido el oficio sin número notificado el 2 de agosto de 2018, que desató de manera negativa el requerimiento de la peticionaria.
5. El 23 de julio de 2018 se presentó reclamación administrativa ante el FOMAG, con pedimentos idénticos a los señalados en precedencia. Frente a esta solicitud se configuró el silencio administrativo por parte de la entidad.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»⁵, porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al emitir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por los sujetos procesales se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y claro para fundamentar adecuadamente la sentencia.

⁴ Folios 2 a 3.

⁵ Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).

Fecha de la audiencia inicial: 24 de septiembre de 2019.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Las autoridades demandadas no formularon excepciones en los escritos de contestación de la demanda, y el *a quo* tampoco advirtió de oficio la configuración de alguna.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[...] El Tribunal deberá determinar si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de las CESANTÍAS ANUALIZADAS correspondiente a los años 1993 a 1995. En caso afirmativo, deberá examinarse cuál es la entidad competente para efectuar el pago de las cesantías reclamadas por la docente.

En este punto, el Tribunal estudiará si le es aplicable a la demandante el sistema anualizado de cesantías sin retroactividad o, por el contrario, si le es aplicable el sistema de retroactividad de cesantías.

Igualmente, se deberá establecer si la actora tiene derecho a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías relacionadas previamente.

Por último, deberá analizarse si en el presente asunto operó el fenómeno jurídico de la prescripción. [...]». (Folios 137 vuelto a 138 y en cd visible a folio 141 del cartulario).

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

SENTENCIA APELADA⁶

El *a quo* profirió sentencia escrita el 11 de diciembre de 2019 en la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primera medida, hizo referencia al marco normativo y conceptual que gobierna al régimen de cesantías para el personal docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; en el sentido de precisar que las Leyes 6ª de 1945, 65 de 1946 y 91 de 1989, fueron las normas que se encargaron de prever la forma de atender las prestaciones sociales de los docentes y, de manera específica, cómo deberían reconocerse las cesantías de dichos funcionarios.

En concordancia con lo anterior, advirtió que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 conservarían el régimen retroactivo de cesantías, mientras que los maestros vinculados a partir del 1.º de enero de 1990, así como para los docentes de carácter nacional vinculados con anterioridad a esta última fecha, se definió el régimen de liquidación anual de dicha prestación sin retroactividad y sujeto al pago de intereses.

⁶ Folios 260 a 270.

De otro lado, expuso que de conformidad con la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del Consejo de Estado, en la cual se definió la naturaleza del empleo docente como la de servidor público, esta llevó a concluir, entre otros aspectos, que en lo que concierne al reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevé la Ley 50 de 1990, esta solo cobija a los empleados del orden territorial que se encuentren afiliados a un fondo privado de cesantías, pues en lo que respecta a los maestros oficiales vinculados a partir de 1990, a ellos los ampararía el régimen prestacional de los servidores del orden nacional, aunado al hecho que se encuentran afiliados al FOMAG, por lo que no tienen derecho a dicho pago.

Ahora, en cuanto al *sub iudice*, efectuó un análisis del material probatorio de la demanda para concluir que, en esta oportunidad es el municipio de Ciénaga quien debe responder por el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías deprecado, habida cuenta de que la afiliación de la demandante al FOMAG se realizó tan solo hasta el 1.º de enero de 1996, lo que quiere decir que las prestaciones causadas con anterioridad a la señalada fecha, estaban a cargo del ente territorial al cual se encontraba adscrita la docente.

En ese orden, puntualizó que a la señora Nubia Cáceres Cáceres sí le asiste el derecho al desembolso de las cesantías que se causaron y no fueron consignadas entre 1993 y 1995, ello bajo el régimen anualizado, ya que su vinculación ocurrió con posterioridad al 1.º de enero de 1990. No así frente a la sanción moratoria instada, por cuanto quedó demostrado que al momento de presentación de la demanda aún se encontraba afiliada al FOMAG, por lo que es dable concluir que no es beneficiaria del gravamen consagrado en la Ley 50 de 1990, habida cuenta de que, en su concepto, esta norma no cobija a los docentes oficiales, como es el caso de la libelista.

Acorde con estos razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia que se resume así: i) declaró la nulidad parcial del oficio del 17 de agosto de 2018 expedido por el municipio de Ciénaga, a través del cual se negó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías causadas en los años 1993 a 1995, y la correspondiente sanción moratoria; ii) a título de restablecimiento del derecho, condenó al municipio de Ciénaga al reconocimiento y pago de las cesantías y sus respectivos intereses del período correspondiente a los años 1993, 1994 y 1995 a favor de la demandante, sumas que deberán ser depositadas ante el FOMAG y que tendrá que ser indexada conforme el artículo 187 del CPACA; y, iii) denegó las demás pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión anteriormente reseñada, para lo cual esbozó que no comparte los argumentos del *a quo* que desestimaron el pedimento del libelo tendiente al reconocimiento de la sanción moratoria. Al respecto, inició su razonamiento al precisar que las cesantías son catalogadas como un derecho de orden público, que gozan de un carácter de irrenunciables e imprescriptibles, por lo que deben ser reconocidas y pagadas por el empleador en las oportunidades que la ley consagra, al tratarse de un ahorro a favor del docente.

Realizó un recuento normativo a fin de diferenciar los regímenes de cesantías que cobijan a los servidores públicos del orden nacional y territorial, así como a los

⁷ Folios 275 a 289.

docentes oficiales afiliados al FOMAG, de cara a ilustrar que, conforme al Decreto 1752 de 2003, el incumplimiento de la obligación de afiliar al maestro oficial al mentado fondo del Magisterio, implicará la responsabilidad del ente territorial nominador por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

Continuó su razonamiento al manifestar que con base en las reglas fijadas por la Corte Constitucional en sentencia de unificación 098 de 2018, es claro que el tribunal de primera instancia no acató los principios de favorabilidad en materia laboral y de inescindibilidad de la norma, por cuanto el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de las cesantías de los servidores públicos sí resulta aplicable a los docentes oficiales.

De otro lado, recordó que existen dos tipos de sanciones moratorias para las cesantías: i) por pago extemporáneo, que refiere a la prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, y ii) por no consignación oportuna, que solo procede para las cesantías liquidadas bajo el sistema anualizado, la que se encuentra regulada por la Ley 50 de 1990 y es aplicada por analogía a los docentes. Por consiguiente, estimó que para el caso que nos ocupa, se solicita la sanción moratoria prevista en el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el sentido de que las entidades demandadas incumplieron con sus obligaciones al no consignar el auxilio de cesantías en los plazos legalmente fijados para las vigencias de 1993 a 1995.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante⁸: reprodujo en su totalidad los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

La **parte demandada** y el **ministerio público** guardaron silencio en esta etapa procesal de conformidad con la constancia secretarial visible a folio 350 del cartulario.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante. De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el cual en el presente caso solo lo formuló la parte demandante.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que debe resolverse en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, el cual se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿Le asiste derecho a la señora Nubia Cáceres Cáceres, en su calidad de docente oficial, a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

⁸ Índice 13 historial actuaciones de SAMAI.

2. ¿Ha operado el fenómeno de la prescripción sobre la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, respecto de las cesantías anualizadas de la demandante, causadas en los años 1993, 1994 y 1995?

Primer problema jurídico

¿Le asiste derecho a la señora Nubia Cáceres Cáceres, en su calidad de docente oficial, a reclamar el pago de la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, por la consignación tardía de las cesantías anualizadas?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación.

El régimen normativo que regula el pago de las cesantías anualizadas y la sanción por la mora en su consignación para los servidores públicos

La Ley 50 de 1990 por medio de la cual se introdujeron reformas al Código Sustantivo del Trabajo, previó en su artículo 99 la forma de liquidar las cesantías en los términos que a continuación se citan:

«Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo_ [...]. (Negrita de la Sala).

Ahora, pese a que la norma transcrita se encontraba destinada específicamente a los trabajadores cobijados por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, la expedición de la Ley 344 de 1996 hizo extensivas a los servidores públicos las disposiciones concernientes a las cesantías. En efecto, la Ley 344 *eiusdem* definió el régimen anualizado de liquidación de cesantías para los servidores públicos que se vincularan a partir de su vigencia, y puntualmente en su artículo 13 previó lo siguiente:

«Artículo 13. **Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:**

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) **Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.**

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.» (Negrita de la Subsección).

Por su parte, el Decreto 1582 de 1998, que reglamentó parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, dispuso en su artículo 1.º que: «El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, **será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990;** y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998. [...]». (Destaca la Sala).

Ahora bien, el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, consagró la causación de una penalidad a cargo del empleador, a título de sanción, por la tardanza en la consignación del auxilio de cesantías al fondo en el cual el empleado se encuentre afiliado, para lo cual estimó la fecha en la que la obligación se haría exigible en los términos que a continuación se señala:

«Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.
[...]

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. [...]».

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, es claro que el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 amparan el auxilio de cesantías a que tienen derecho los servidores públicos, bajo los preceptos de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1582 de 1998, de modo que frente a la mora en la consignación de dicha prestación resulta procedente el pago de una sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo.

De tal suerte, si al 15 de febrero de la siguiente anualidad no se verifica el depósito del monto correspondiente en el fondo de cesantías al que el empleado se encuentre afiliado, el mismo podrá requerir el reconocimiento y pago de la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, antes citado.

Del marco jurídico aplicable a los docentes oficiales en materia de cesantías

En lo que respecta al personal docente, se debe indicar que el artículo 3.º 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 sociales⁹ que se causaran a favor del personal docente nacional y nacionalizado, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida norma, en su artículo 1.º, numeral 3.º, 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.º *ibidem* reguló lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, en los siguientes términos:

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

[...]

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

En lo que tiene que ver con el reconocimiento de las cesantías, el artículo 15 *ibidem* prescribió lo siguiente:

«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.» (Resaltado intencional).

⁹ De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 señaló 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».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, con el Decreto Nacional 3752 de 2003 se dispuso:

«Artículo 1°.- Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°.- La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

Parágrafo 2°.- Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el FONPET al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo.» (Subrayas de la Sala).

En armonía con el marco normativo reseñado en precedencia, la Subsección había sostenido la tesis de que los docentes oficiales, si bien servidores públicos en toda

regla, no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 les hizo extensivas las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello era «sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989», lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional, al estudiar el ajuste del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 a los postulados de la Carta, pues en sentencia C-928 de 2006¹⁰ señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no era igual al dispuesto en la Ley 50 de 1990. En aquella ocasión, puntualizó además que ello redundaba en una violación del derecho a la igualdad porque «simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos¹¹ es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna».

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado¹² han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

En efecto, sobre ese particular, la Corte Constitucional en sentencia SU-098 de 2018¹³ sostuvo que el «hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política».

De igual manera, en la citada sentencia, la Corte señaló que aunque los jueces han adoptado una postura jurídicamente razonable y justificada al negar el derecho a la sanción moratoria, esta excluye otra posible interpretación, en virtud de la cual sí los ampara la sanción moratoria por la no consignación de cesantías de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la cual es «más favorable respecto de los derechos laborales de los docentes oficiales», máxime cuando «el ámbito de aplicación de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 se extiende a todos los empleados públicos. Así lo establece el Decreto 1252 de 2000». Y finalmente, concluyó:

«[...] Realizada la anterior aclaración, esta Corporación considera que, en el régimen anualizado, aplicable al caso de los docentes vinculados después de 1990 y 1996, es lógico que se exija la afiliación y el pago oportuno del auxilio de cesantías, ya que la consignación es la manera de garantizar el acceso a la prestación. Sin duda, este sistema solo puede ser equitativo si las personas pueden contar con su pago de forma oportuna para poder disponer de la prestación en cualquiera de los eventos en que se permite, esto es, ante el

¹⁰ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹ Refiriéndose a diferentes prestaciones, entre ellas las cesantías.

¹² Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04617-01, Sección Tercera, M.P. y del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

¹³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

desempleo, para financiar la educación propia, de compañeros permanentes, de los hijos o dependientes y para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda.

Adicionalmente, cabe anotar que, como quedó visto, una interpretación restrictiva de la aplicación de la sanción moratoria incurriría en un trato desigual de los docentes frente a otros trabajadores del Estado que gozan de la sanción como garantía de la prestación. Esta distinción viola el derecho a la igualdad toda vez que los docentes tendrían un derecho limitado por tener una categoría específica dentro de los trabajadores estatales, lo cual no constituye un motivo válido en sí mismo para negar su acceso.

[...]

Como se advirtió, los docentes se encuentran en la categoría de los empleados públicos y no existe razón que justifique que en su calidad de trabajadores no tengan derecho, de la misma forma que los demás servidores públicos, a que sus prestaciones sociales sean canceladas en tiempo. Una interpretación contraria no protegería a estas personas en la misma forma que a otros servidores públicos, lo cual tendría como consecuencia la restricción de su posibilidad de gozar de la garantía del pago oportuno del auxilio de cesantías y, a su vez, de las protecciones ya mencionadas que se derivan de esa prestación.

[...]

Sumado a lo anterior, el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que hipótesis como las que ahora se encuentran bajo estudio pueden desconocer el derecho a la igualdad.

[...]

De conformidad con todo lo expuesto, en consonancia con el principio de favorabilidad procede aplicar lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 ya que la Ley 91 de 1989 no contempla de manera expresa sanción por la no consignación de las cesantías en el FOMAG. [...]» (Resalta la Subsección).

Recientemente, en sentencia SU-332 de 2019¹⁴ la Corte Constitucional también concluyó que:

«[...] 52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que (i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores, protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. [...]».

En los términos expuestos, y en punto al *sub lite*, es dable concluir que a la señora Nubia Cáceres Cáceres, en su calidad de docente oficial demostrada conforme al acta de posesión 267 del 3 de septiembre de 1993, mediante la cual fue nombrada como educadora en la Escuela Rural Mixta La Candelaria (folio 96), sí le es aplicable la sanción moratoria por la no consignación de cesantías, en atención a lo previsto en el numeral 3.º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a *contrario sensu* A lo dispuesto por el *a quo* quien estimó que la demandante no se hizo beneficiaria de la aludida

¹⁴ Corte Constitucional, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

indemnización por su condición de maestra estatal y por haberse encontrado afiliada al FOMAG para el año 1996.

En conclusión: esta Sección Segunda ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Por ende, se aplicará el anterior criterio a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de la sanción pretendida en la demanda, en los términos del segundo problema jurídico planteado al inicio de estas consideraciones.

Segundo problema jurídico

¿Ha operado el fenómeno de la prescripción sobre la sanción moratoria prevista en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 y el Decreto 1582 de 1998, respecto de las cesantías anualizadas de la demandante, causadas en los años 1993, 1994 y 1995?

Al respecto, la Sala sostendrá la siguiente tesis: de conformidad con los elementos probatorios que obran en el plenario, y a la luz de la sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, aclarada a través de proveído unificador del 6 de agosto de 2020, la sanción por mora en la consignación del auxilio de cesantías reclamada en el *sub lite* se encuentra prescrita, pues la fecha que determina la exigibilidad de la obligación, y por ende el momento a partir del cual procede la reclamación de la penalidad mencionada, corresponde al día en que se configura la mora, esto es, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar la consignación.

La postura adoptada en la sentencia unificación del 25 de agosto de 2016, aclarada a través de sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020

En lo que atañe a la ocurrencia del fenómeno de la prescripción extintiva frente a la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio de las cesantías anualizadas, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó el criterio jurisprudencial a través de la sentencia del 25 de agosto de 2016¹⁵, aclarada en providencia, también de unificación, del 6 de agosto de 2020¹⁶. En dicha oportunidad, señaló que la penalidad en comento está sometida a la prescripción trienal y que el momento a partir del cual procede la reclamación de la misma corresponde al día en que se configura la mora respecto de la obligación originaria, esto es, desde el 15 de febrero del año en que se debió realizar la consignación de las cesantías anualizadas.

De conformidad con la tesis de unificación, pese a no existir una norma expresa que contemple un término de prescripción para la penalidad ante la tardanza en el depósito de las cesantías anualizadas a que tiene derecho el trabajador, sobre dicha sanción opera el fenómeno de prescripción trienal, como se indica a continuación:

«[...] Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, **no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él**; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador,

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad.: 08001-23-31-000-2011-00628-01 (0528-2014).

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad.: 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-2016).

están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

“Artículo 151. -Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, 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. [...]» (Negrita fuera del texto).

Ahora, frente al momento en que surge el derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por mora de que trata el numeral 3.º, del artículo 99 de la Ley 50 de 1991, la providencia de unificación del 6 de agosto de 2016, sentó la siguiente regla jurisprudencial: «[...] **la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora, so pena de que se aplique la figura extintiva respecto de las porciones de sanción no reclamadas oportunamente.** [...]».

Línea interpretativa que tuvo como fundamento los siguientes planteamientos:

«[...] De acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el legislador impuso al empleador una fecha precisa para que consigne las cesantías anualizadas de sus empleados, esto es, el 15 de febrero del año siguiente a aquél en que se causaron, y precisa que *“el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”*.

Determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación, implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento.

Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

La anterior interpretación además es consecuente con el hecho de que de conformidad con lo previsto en el inciso 1 del artículo 104 de la Ley 50 de 1990, el empleador debe entregar al trabajador un certificado sobre la cuantía de la liquidación realizada con corte a 31 de diciembre de cada año, y teniendo en consideración que los Fondos administradores de cesantías están en la obligación de informar al afiliado, los saldos de su cuenta individual.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que si el empleado conoce la liquidación anual que efectúa el empleador y el saldo de su cuenta individual de cesantías, forzoso es concluir que tiene conocimiento del hecho mismo de la consignación anualizada o la omisión de la misma por parte de su empleador, lo que implica que tiene conocimiento de que este ha incurrido en mora y por tal motivo se impone a su cargo la obligación de reclamarla oportunamente, so pena de que se aplique en su contra el fenómeno de la prescripción. [...]». (Resalta la Subsección).

De los apartes transcritos se desprende de manera inequívoca que la sanción por mora, prevista ante la eventualidad del retardo o la no consignación del auxilio de cesantías por parte del empleador al empleado, se encuentra sometida al acaecimiento del fenómeno de la prescripción extintiva, para lo cual el término a tener en cuenta es el previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. Asimismo, se concluye que el momento que determina el surgimiento del derecho a reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por mora, es aquel en el cual se hace exigible la obligación de dar, en este caso de depositar el valor de las cesantías, cuya procedencia opera de pleno derecho al encontrarse dicha obligación sometida al plazo previsto en la ley, esto es, desde el 15 de febrero del año siguiente al de la causación de las cesantías.

Para el efecto, cabe señalar que, la aclaración realizada mediante la sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 surgió en razón a la dicotomía que se dio al aplicar el proveído unificador del 25 de agosto de 2016, dado que en unas ocasiones se contabilizó el término prescriptivo trienal desde el día en que la obligación se hizo exigible en adelante y en otras desde el momento en que se realizó la respectiva reclamación administrativa hacia atrás. Por tal motivo, el criterio unificador en esta última oportunidad consistió principalmente en indicar que la penalidad en mención prescribe a los tres años desde que surgió la obligación. Por lo anterior, una de las reglas de unificación jurisprudenciales que allí se fijaron fue la siguiente:

«[...] (i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990-, es desde su causación y exigibilidad, es decir, 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. [...]».

Vale mencionar que al proferirse la sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020 se le dio efectos retrospectivos, es decir, que se aplica a todos los casos pendiente de resolverse tanto en sede administrativa como en sede judicial, como el presente asunto.

De acuerdo con las consideraciones previamente planteadas, en el asunto *sub examine* se observa lo siguiente:

- Mediante acta de posesión 267 del 3 de septiembre de 1993, la señora Nubia Cáceres Cáceres fue nombrada como educadora en la Escuela Rural Mixta La Candelaria, ello en virtud del Decreto 289 del 2 de septiembre del mismo año (folio 96).

- A través de la Resolución 0301 del 13 de marzo de 2015 expedida por la Secretaría de Educación del departamento del Magdalena, se ordenó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales para compra de vivienda a favor de la demandante (folios 39 a 40), para lo cual se tuvieron en cuenta los siguientes interregnos y valores:

REPORTES ANUALES DE CESANTÍAS	VALOR
Cesantías año 1996	\$270.539
Cesantías año 1997	\$330.942
Cesantías año 1998	\$456.043
Cesantías año 1999	\$511.370
Cesantías año 2000	\$558.779
Cesantías año 2001	\$610.434
Cesantías año 2002	\$599.420
Cesantías año 2003	\$695.948
Cesantías año 2004	\$758.842
Cesantías año 2005	\$801.243
Cesantías año 2006	\$1.277.344

- Luego, la libelista presentó reclamaciones administrativas ante el municipio de Ciénaga, Magdalena, y el FOMAG, el 23 de julio de 2018, en las cuales instó el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas adeudadas para las vigencias de 1993, 1994 y 1995, así como el desembolso de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, modificada por la Ley 244 de 1995, por la omisión en la consignación del referido auxilio en esos períodos (folios 33 a 36 y 41 a 44).
- La anterior solicitud fue desatada de manera desfavorable por parte del municipio de Ciénaga (folios 49 a 51), al sostener:

«[...] Por otra parte, se observa que, en el caso en comento, se configura la figura jurídica de la prescripción, en virtud del transcurso del tiempo, de suerte que se adquieren derechos reales y se extinguen las obligaciones.

Al respecto es importante precisar que en materia de la sanción que se deriva del pago inoportuno de las cesantías, se debe aplicar el término de prescripción establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, es decir, tres (3) años, contados a partir de que la respectiva obligación se hizo exigible.

En la situación sub lite, los derechos laborales reclamados por la señora NUBIA CACERES CACERES, relacionados con el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías anualizadas de los años, 1993, 1994, Y 1995, sin que la señora NUBIA CACERES CACERES, presentara reclamación alguna ante el municipio de Ciénaga, dentro de los tres años siguientes, se encuentran prescritos.

De lo anterior, se coligen dos situaciones: 1) Al peticionario (a) no le asiste el derecho reclamado por cuanto el régimen invocado en su solicitud para el pago de la sanción moratoria e indexación del no pago oportuno de las cesantías anualizadas, no es aplicable a los docentes; y 2) Dado que no se hizo reclamación alguna dentro del término establecido, sobre los derechos que hoy pretende, ha operado el fenómeno de la prescripción. [...]».

Pues bien, tal como se ha indicado previamente, en la demanda y en punto a los argumentos esbozados en el recurso de alzada, lo pretendido por la señora Cáceres Cáceres es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías en las anualidades de 1993, 1994 y 1995, de manera que, para los precisos efectos del *sub lite*, la última vigencia causada corresponde a la del año 1995.

Ahora, tal como lo indicó el tribunal de primera instancia, es pertinente aclarar que fue hasta el año 1996 que el municipio de Ciénaga afilió a la demandante ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello tal como se desprende del Oficio 886 del 17 de octubre de 2019 (folio 206 vuelto). En consecuencia, una consecuencia lógica de ello es que durante las vigencias anteriores (1993 a 1995), era el mentado ente territorial el encargado de la liquidación del auxilio de cesantías de la docente; aspecto que, en todo caso, no fue objetado por las partes durante el curso procesal.

En esa medida, el plazo con el que contaba el municipio de Ciénaga para consignar a la demandante el auxilio de cesantías causado en el año 1995 vencía el 14 de febrero de 1996, en los términos señalados por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de manera que la mora o retardo para el efecto comenzaba a contar desde el día siguiente, 15 de febrero de 1996, y así mismo ocurría para el comienzo del cómputo de la prescripción extintiva para su reclamo, según se indicó en la tesis de unificación expuesta en precedencia.

Por consiguiente, como se encuentra demostrado de la relación probatoria que antecede, las solicitudes elevadas por la demandante ante las entidades demandadas que perseguían el pago de las acreencias derivadas del pago tardío de las cesantías anualizadas fueron presentadas entre el 23 de julio de 2018, y que en los términos que acaban de indicarse la prescripción trienal frente a dicho concepto se configuró el 15 de febrero de 1999, resulta imperioso concluir que el derecho que le asistía a la demandante para reclamar la sanción moratoria de las cesantías para el año 1995, y por fuerza las que le antecedieron, se encuentra extinto.

Bajo dicha intelección, si bien la parte activa en su recurso de apelación argumentó que no ocurrió el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de la sanción moratoria esta Subsección encuentra acreditados los elementos de juicio necesarios para declarar que se configuró dicho medio exceptivo sobre la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio de cesantías correspondiente a los años 1993, 1994 y 1995.

En este punto se torna imperioso aclarar que, si bien el *a quo* negó la prosperidad de este pedimento bajo el argumento de que la aplicación de la Ley 50 de 1990, en cuanto a la sanción moratoria consagrada en el artículo 99, no se hace extensiva a los docentes oficiales, como es el caso de la libelista, lo cierto es que la negativa propia de acceder a esta petición debe mantenerse incólume, de conformidad con los motivos expuestos en el presente proveído.

En conclusión: de conformidad con la línea jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado, en el asunto de marras no procede el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de la señora Nubia Cáceres Cáceres, por cuanto se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción trienal frente a las acreencias reclamadas para las anualidades de 1993, 1994 y 1995.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden, la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, habida cuenta que si bien en principio prosperaron los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en punto a la aplicación de la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción frente al derecho reclamado, lo que impone mantener la negativa frente al reconocimiento de la sanción moratoria.

De la condena en costas

Esta subsección¹⁷ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁸, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación

¹⁷ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

¹⁸ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público¹⁹.

Por tanto, bajo este hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas en esta instancia a la parte demandante a pesar de resultar vencida en la misma, en la medida que conforme al numeral 8.º del artículo 365 del CGP, no se comprobó su causación, por cuanto las autoridades demandadas no presentaron alegatos de conclusión en sede de apelación.

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: Confirmar la sentencia del 11 de diciembre de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, Despacho 01, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Nubia Cáceres Cáceres contra la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Ciénaga, por los argumentos desarrollados en el presente proveído.

Segundo: Sin condena en costas de segunda instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen y háganse las anotaciones pertinentes en la plataforma «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Ausente en comisión

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.



¹⁹ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]»