



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

<b>Acción o medio de control. Nulidad y Restablecimiento del Derecho.</b>
<b>Radicado.</b> 19001333300720120014801
<b>Demandante.</b> Hugo Henry Alvarado Ruiz
<b>Demandado.</b> Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otros.
<b>Fecha de la sentencia.</b> Febrero 7 de 2019.
<b>Magistrado ponente.</b> CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ.
<b>Descriptor 1. Derecho de petición.</b>
<b>Restrictor 1.</b> Respuesta de fondo.
<b>Descriptor 2. Acto administrativo.</b>
<b>Restrictor 2.</b> Elementos que lo configuran.
<b>Descriptor 3. Sanción moratoria.</b>
<b>Restrictor 4.</b> Pago tardío de cesantías.
<b>Restrictor 5.</b> Ley 1701 de 2006, norma aplicable a docentes.
<b>Tesis 1.</b> El oficio contentivo de la respuesta dada por la Secretaría de Educación del Cauca al administrado, es impreciso y carente de una clara respuesta, en consecuencia no puede considerarse como un acto administrativo.
<b>Tesis 2.</b> La respuesta evasiva a la petición del administrado configuró el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, siendo este último el acto pasible de control judicial.
<b>Tesis 3.</b> Se configuró el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, siendo este último el acto pasible de control judicial.
<b>Tesis 4.</b> La normativa especial que rige al personal docente presenta un vacío frente a la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales o definitivas; ello por cuanto dicha sanción fue regulada de manera posterior al régimen de los docentes. Por respeto al principio de igualdad, la jurisprudencia ha interpretado que a partir de la

vigencia de la Ley 1071 de 2006, el tema de sanción moratoria debe aplicarse también al personal docente.

**Tesis 5.** No puede entenderse que el pago de las cesantías parciales reconocidas al actor debía estar sometido a un turno según el estricto orden de recepción de la petición y la existencia de disponibilidad presupuestal para el efecto, toda vez que esta prestación es un derecho económico reconocido legalmente al trabajador y que no puede ser desconocido por el empleador, so pena de vulnerar derechos fundamentales.

**Tesis 6.** No puede tenerse como fecha de pago el retiro del dinero por ventanilla efectuado por el demandante, sino la fecha en la que la entidad efectuó el pago o consignación, la que, según el recibo expedido por el Banco, correspondió al 28 de noviembre de 2011.

**Tesis 7.** No hay lugar a la indexación de la sanción moratoria.

**Conclusión.** Se causó un período de mora desde el 20 de agosto hasta el 27 de noviembre de 2011, día anterior a aquél en que se realizó el pago de las cesantías parciales, generándose un retardo de 100 días.

**Resumen del caso.** El actor solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales con destino a reparaciones locativas. La Secretaría de Educación del Cauca, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidó la cesantía parcial en su favor, informándole que sería pagado por la fiduciaria La Previsora S.A., de acuerdo al turno correspondiente y siempre que existiera disponibilidad presupuestal. El pago se hizo efectivo de manera tardía. El actor solicitó la cancelación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales. Al peticionario no se resolvió de fondo la solicitud impetrada. El actor considera que se configuró un silencio administrativo negativo. El a quo declaró la caducidad de la acción.

**Problema jurídico.** La sentencia aborda dos aspectos referidos a este tópico:

1. Analizar si el contenido del Oficio emanado del Departamento del Cauca - Secretaría de Educación - Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio, constituye un acto administrativo.
2. Definir, si el demandante, en su condición de docente oficial afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es beneficiario del régimen de sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías regulado en la Ley 244 de 1995 (modificada por la Ley 1701 de 2006).

**Decisión.** Revoca decisión de caducidad emitida por el a quo y accede a pretensiones.

### **Razón de la decisión.**

#### **Sobre la respuesta a la petición presentada por el administrado.**

*“De esta manera, entonces, la Secretaría de Educación del Cauca no aclaró si era la competente para resolver sobre el pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías reconocidas al demandante, ni analiza dicho tema, pues, se refiere a intereses moratorios y remite a la Fidupervisora S.A. como la encargada de aprobar y realizar los respectivos pagos. Esas imprecisiones llevan a que no resuelva claramente el derecho de petición, ya que da una serie de razones que sustentan distintas conclusiones: que no es competente para resolver el asunto, que la encargada de resolverlo es Fidupervisora S.A., que no puede reconocer intereses de mora y que su actuación está ajustada a derecho y, por tanto, que no puede acceder a lo pedido.*

*“Esas imprecisiones y elusiones impiden que emerja clara una respuesta implícita en el citado oficio y que, en consecuencia, este no pueda devenir en acto administrativo.*

*“Dicho de otra manera, si bien la Secretaría Departamental de Educación del Cauca, era la encargada de emitir la respuesta en nombre del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cierto es que su oficio contiene evasivas frente al reconocimiento de la sanción moratoria solicitada por el actor. Sus argumentos se dirigieron exclusivamente al trámite que adelanta la Fidupervisora S.A. al momento de efectuar el pago de las cesantías, pero nada dijo sobre si procedía o no el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas.*

*“De esta manera, no resolvió de fondo y sin evasivas la petición de la parte actora, esto es, no negó específicamente el reconocimiento de la sanción moratoria y, contrario a lo planteado por la primera instancia, sí se configuró el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, siendo este último el acto pasible de control judicial.*

(...)

#### **“De la aplicación de la sanción moratoria en el caso de los docentes.**

*“Según se vio, la normativa especial que rige al personal docente presenta un vacío frente a la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales o definitivas; ello por cuanto dicha sanción fue regulada de manera posterior al régimen de los docentes. Empero, una vez creada en el año 1995, fue voluntad del legislador que todos los servidores públicos se beneficiaran de su consagración en lo relativo a las cesantías definitivas; y a partir de la vigencia de la Ley 1071 de 2006, también en lo referente a las cesantías parciales.*

*“La Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-336 de 2017, avaló la aplicación de la referida sanción en favor de los educadores estatales, explicando que, si bien no se encuentran contemplados dentro de ninguna de las categorías de servidores públicos, lo cierto es que de conformidad con el artículo 125 Superior, los empleados públicos conforman una categoría residual, a la que pertenecerían todos aquellos funcionarios del Estado que no encuadran en ninguno de tales grupos. De ese modo, calificó a los docentes como “empleados oficiales de régimen especial”*

*(...)*

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

*“Así las cosas, sí resulta válido ordenar el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías establecido en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, subrogado por la 1071 de 2006, en tanto, no puede entenderse que el pago de las cesantías parciales del hoy demandante debía estar sometido a un turno según el estricto orden de recepción de la petición, ni mucho menos a la existencia de disponibilidad presupuestal para el efecto.*

*“Si bien el ramo docente se encuentra bajo el régimen especial de la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 2831 de 2005, que no contempla expresamente la figura, en virtud del derecho a la igualdad resulta imperioso aplicar lo consagrado en la Ley 1071 de 2006, en la medida que no existe justificación para que el legislador creara una norma especial que señalara un tratamiento discriminatorio para un número significativo de sus trabajadores. (...)*

*“De los elementos de prueba antes señalados, se evidenció que la solicitud de liquidación de cesantías parciales se efectuó el 13 de mayo de 2011, según se observa en el acto administrativo de reconocimiento de la señalada prestación social. De manera que el Secretario de Educación del Departamento del Cauca, contaba con el plazo de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, el cual venció el 03 de junio de 2011, pero como se evidenció, la Resolución No. 1072, solo fue proferida hasta el 23 de agosto de 2011, esto es, después de que feneciera la oportunidad legal.*

*“Con base en ello, correspondería a la Sala aplicar la subregla fijada en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, según la cual, cuando se expide el acto administrativo por fuera del término de ley, la sanción moratoria corre 65 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento –toda vez que la petición del reconocimiento de la*

*prestación, se radicó en vigencia del C.C.A.-, término que corresponde a 15 días para expedir la resolución (Art. 4° Ley 1071 de 2006); 05 días de ejecutoria del acto (Decreto 01 de 1984, artículo 51); y 45 días para efectuar el pago (Art. 5 L. 1071 de 2006); término que corrió hasta el 19 de agosto de 2011.*

*“Así, se causó un período de mora desde el 20 de agosto hasta el 27 de noviembre de 2011, día anterior a aquél en que se realizó el pago de las cesantías parciales, generándose un retardo de 100 días.*

*“En este punto resulta pertinente aclarar que no se puede tener como fecha de pago el retiro del dinero por ventanilla efectuado por el demandante, sino la fecha en la que la entidad efectuó el pago o consignación, la que, según el recibo expedido por BBVA, correspondió al 28 de noviembre de 2011.*

***“(…) Sobre la Indexación***

*“Como se indicó en precedencia, conforme a la sentencia C-448 de 1996 de la Corte Constitucional y la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, no hay lugar a la indexación de la sanción moratoria “porque ésta penaliza la negligencia del empleador en la obligación de reconocer y pagar oportunamente las cesantías a sus empleados, que en términos monetarios constituyen sumas de dinero mayores a la actualización a valor presente.*

*“Además, la sentencia que reconoce la sanción simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley que deba ser objeto de indexación.*

*“Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.*

**Observación del Despacho del Magistrado ponente sobre la relevancia de la sentencia.**

En esta providencia se analizó la naturaleza de los oficios como actos demandables y el núcleo esencial del derecho de petición. Se revocó la sentencia que había declarado la caducidad del medio de control a partir de un oficio que no dio respuesta de fondo a la petición elevada por la parte actora. Se aplicó el precedente de unificación del Consejo de Estado en materia de sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de un docente.

**Nota de Relatoría.** Sobre el **descriptor sanción moratoria**, aplicado a docentes y en el mismo sentido decisonal, pueden apreciarse las siguientes providencias:

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Segunda instancia /Sentencia de agosto 9 de 2019/ Pago de Cesantías – sanción moratoria/ Confirma-Accede.** El reconocimiento, liquidación y pago de la cesantía a cargo de las entidades estatales no puede someterse a la existencia de apropiaciones presupuestales, resultando abiertamente inconstitucional justificar la tardanza del pago en la falta de disponibilidad presupuestal, argumento que por demás desconoce los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador consagrados en el art. 53 de la Carta. De ahí que, para la Sala es claro que al no establecer el legislador ninguna salvedad frente a la estructuración de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, se incurrió en falsa motivación de los actos enjuiciados, y de contera se soslayó el derecho de la trabajadora a recibir dentro del término legal la prestación mencionada. Elcy Victoria Cerón Muñoz vs Nación – Ministerio Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. **M.P. David Fernando Ramírez Fajardo.**

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO- Segunda Instancia/Sentencia de agosto 9 de 2018, Cesantías - Sanción moratoria.** La actora en calidad de docente en la planta de personal del departamento del Cauca, Secretaría de Educación, pretende la nulidad del oficio mediante el cual se le negó la sanción moratoria por el pago de las cesantías, y la nulidad del acto ficto frente a la petición que presentó ante la Entidad. **Confirma – accede.** Del material probatorio no es posible determinar que por culpa de la parte demandante la entidad no resolviera la solicitud del reconocimiento de las cesantías dentro de los términos legales; en consecuencia la usuaria debió hacer uso del recurso de reposición dado que se presentó inconsistencia en la liquidación de sus cesantías. **Modifica.** Se ordena se profiera acto administrativo en el que se reconozca y pague a la actora el pago de la sanción moratoria por concepto de las cesantías. Teodolinda Ramírez Castillo vs Nación- Ministerio De Educación – Fomag. **M.P. Naun Mirawal Muñoz Muñoz.**

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/Sentencia del 8 de abril de 2016 Sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías/Sanción moratoria para el ramo docente – Aplicación de la Ley 1071 de 2006 por derecho a la igualdad respecto de los demás servidores públicos/ El reconocimiento, liquidación y pago de la cesantía a cargo de las entidades estatales no puede someterse a la existencia de apropiaciones presupuestales/ Revocó decisión del a quo, declaró nulidad de los actos fictos negativos y el restablecimiento del derecho a través del pago de la sanción moratoria por pago tardío de sus cesantías parciales/19001333100420140001101/ Noris Dilia Agredo Carvajal vs Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. **M.P. David Fernando Ramírez Fajardo. Publicada en el Boletín 2 de 2016, título 2.****

Sobre el mismo descriptor **sanción moratoria** por no pago oportuno de cesantías

*respecto de docentes, ver en el mismo sentido: **sentencia del 30 de abril de 2015** (sistema escritural), expediente 19001333100220110040201, Actora: Elsa Doris Joaquín Zúñiga contra Nación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, **M.P. Carmen Amparo Ponce Delgado.***



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

-SALA DE DECISIÓN 001 - ORALIDAD

SENTENCIA No. 014

Popayán, siete (07) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez  
Radicación: 19001-33-33-007-2012-00148-01  
Demandante: Hugo Henry Alvarado Ruiz  
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otros.  
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 28 de julio de 2017, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual declaró probada de oficio la excepción de caducidad del medio de control.

## I. ANTECEDENTES

## 1. LA DEMANDA, la fundamenta la parte actora así:

### 1.1. PRETENSIONES (fol. 38-40 c. ppal. 1)

HUGO HENRY ALVARADO RUIZ solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) acto ficto por configuración del silencio administrativo negativo derivado de la petición presentada el 27 de diciembre de 2011, ante la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; ii) acto ficto por configuración del silencio administrativo negativo frente a la petición radicada ante la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca el 27 de diciembre de 2011; iii) Oficio No. 2012EE06129 del 10 de febrero de 2012, iv) Oficio No. 2012EE14433 del 08 de marzo de 2012 y v) 2012EE14178 del 13 de marzo de 2012, expedidos por “Fiduprevisora” S.A., mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías parciales.

Que a título de restablecimiento del derecho, y como pretensión principal, se reconozca y pague la sanción moratoria, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 20 de agosto de 2011 (día siguiente al cumplimiento de los 65 días que tenía la entidad) hasta el 20 de diciembre de 2011 (día anterior al pago efectivo de la obligación), para un total aproximado de 123 días; que para dicha liquidación se debe tener en cuenta el salario de liquidación, utilizado por la entidad para liquidar las cesantías parciales, esto es, \$1.617.443.00, para un salario diario de \$53.914.7.

Que de manera subsidiaria se reconozca y pague la sanción moratoria, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 13 de septiembre de 2011 (día siguiente a la ejecutoria de la resolución de reconocimiento de cesantías parciales) hasta el 20 de diciembre de 2011 (día anterior al pago efectivo de la obligación), para un total aproximado de 99 días, a razón de un día de salario por cada día de mora.

Que las cantidades liquidadas que se reconozcan sean indexadas conforme el IPC.

1.2. Como HECHOS, alegó los siguientes: (fol. 40-43 c. ppal. 1)

Que mediante que mediante oficio radicado con el No. CES-014684 del 13 de mayo de 2011, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales con destino a reparaciones locativas.

Que mediante Resolución No. 1072 del 23 de agosto de 2011, la Secretaria de Educación del departamento del Cauca, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liquidó la cesantía parcial en su favor por valor de \$10'898.715, respecto del cual no se ordenó efectuar ningún descuento y que sería pagado por la fiduciaria La Previsora S.A., de al turno correspondiente y siempre que existiera disponibilidad presupuestal.

Que dicho acto fue notificado personalmente el 05 de septiembre de 2011, quedando ejecutoriado el día 12 del mismo mes y año, ya que no renunció a los términos de ejecutoria.

Que el pago de la prestación a través del banco BBVA, se hizo efectivo el 21 de diciembre de 2011.

Que mediante oficios del 21 y 22 de diciembre de 2011, dirigidos a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Fiduprevisora S.A. y Departamento del Cauca - Secretaria de Educación, solicitó la cancelación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales.

Que la Nación - Ministerio de Educación, a través del Oficio No. 2012EE862C1 del 05 de enero de 2012, remitió la petición a la Fiduprevisora S.A.

Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Oficio FNPSM- 0022 del 03 de enero de 2012, informó a la demandante el

procedimiento para el reconocimiento y liquidación de las cesantías definitivas, pero no resolvió de fondo la solicitud impetrada.

### 1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

#### 1.3.1 NORMAS VIOLADAS:

Artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 53 y 228 de la Carta Política.  
Ley 244 de 1995; artículos 4° y 5° de la Ley 1071 de 2006; artículos 717, 2234, 1551, 2232, 1617, 1653-1658, 1649 y 2465 del Código Civil.

#### 1.3.2 CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Que el pago de las cesantías contrarió los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006, que establece un término de 15 días hábiles para el reconocimiento de la cesantía y 45 días para el pago contados a partir del acto que ordene la liquidación; términos que no fueron cumplidos por la parte demandada.

### 2. LA CONTESTACIÓN

#### 2.1. DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fol. 147-154 c. ppal. 1)

Que el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas solicitadas por los docentes afiliados al Fondo, está sujeto a un procedimiento especial que debe ser atendido en orden riguroso de acuerdo a la radicación de las solicitudes presentadas; esto significa que el pago de la nómina se realiza en orden cronológico de aprobación y recepción de resoluciones, y el desembolso de las prestaciones depende de la disponibilidad presupuestal proveniente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Recalcó además que la sanción moratoria no está consagrada en la normativa especial que rige a los docentes, situación que impide a su vez el reconocimiento.

Propuso como excepciones las de i) falta de requisitos formales del acto administrativo; ii) falta de legitimación en la causa por pasiva; iii) ineptitud de la demanda frente a la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; iv) inexistencia de la obligación con fundamento en la ley; v) pago de la obligación contenida en el acto administrativo; vi) prescripción.

## 2.2. DE LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA (fol. 172-188 c. ppal. 1)

Se opuso a las pretensiones indicando que reconoció, en nombre de la Nación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cesantías parciales que habían sido previamente solicitadas por el actor, respetando en dicho trámite las normas aplicables a la materia.

Propuso como excepciones las de i) inexistencia de la obligación a cargo del Departamento del Cauca, debido a que es en cabeza del FPSM, administrado por la Fiduprevisora S.A., que se encuentra el reconocimiento de las prestaciones sociales del Magisterio y la entidad territorial, se encuentra en una situación intermedia en el sentido de acercar más a la administración al usuario final; y ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que el ente territorial no se obliga, ni compromete sus recursos para el pago de las prestaciones sociales de los docentes, pues actúa en nombre y representación del FPSM, sin que sea necesaria la comparecencia de la entidad departamental en este proceso.

## 3. SENTENCIA APELADA (fol. 327-331 c. ppal. 2)

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán mediante sentencia del 18 de julio de 2017, declaró probada de oficio la excepción de caducidad del medio de control y ordenó reconocer a favor de la parte demandada la suma del 3% del valor de las pretensiones.

Decisión que fundamentó en los siguientes términos:

Que si la FIDUPREVISORA S.A. no tiene competencia para reconocer directamente cesantías a los docentes, tampoco la tiene para resolver, con

vocación definitiva, el reconocimiento de la sanción económica derivada del no pago oportuno de las mismas; por consiguiente, los oficios Nos. 2012EE06129 del 10 de Febrero de 2012, 2012EE14433 del 08 de marzo de 2012 y 2012EE14178 del 13 de marzo de 2012, no constituyen verdaderos actos administrativos susceptibles de demanda.

Que si bien el 21 de diciembre de 2011, el actor formuló petición ante el Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cierto es que el Subdirector de Monitoreo y Control del Ministerio de Educación Nacional, mediante Oficio No. 2012EE862 del 05 de enero de 2012, solamente informó al demandante que había remitido la petición al despacho de la Directora Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se pronunciara de fondo, por lo que tampoco podría ser entendido como el acto demandable.

Que el demandante acudió a la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca en representación del FNPSM mediante petición radicada el 27 de diciembre de 2011, bajo el No. 75962, reclamando el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, petición por la que se expidió el Oficio No. FNPSM-0022 del 03 de enero de 2012, mediante el cual se dio respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento de sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, acto que debía ser tenido como enjuiciable en el presente asunto.

Que dicho acto fue recibido por el demandante el 11 de enero de 2012, por lo que *“el término de cuatro (4) meses establecido en literal d), numeral 2º del artículo 164 del CPACA., corrió hasta el 12 de mayo de 2012, la solicitud de conciliación se radicó el 23 de abril de 2012 y se expidió la constancia el 11 de Julio del mismo año (fl. 26 C. Ppal.); en consecuencia, el plazo para presentar la demanda, se vencía el 30 de julio de 2012 y como la demanda se radicó en la oficina judicial de la DESAJ el 06 de agosto de 2012 (fl. 59 C. Ppal.), esto es, por fuera del plazo antedicho, y de ahí que deba declararse la caducidad del medio de control de nulidad.”*.

4. LA APELACIÓN (fol. 342-346 c. ppal. 2)

La parte actora solicitó la revocatoria del fallo de instancia argumentando:

Que el Oficio No. FPSM-0022 del 03 de enero de 2012, proferido por el Departamento del Cauca - Secretaría de Educación- Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio, no puede entenderse como una respuesta de fondo a la petición que presentó el actor el 21 de diciembre de 2011, *“toda vez que de la lectura minuciosa del escrito se tiene que la entidad SED no contesta de fondo la petición, SINO que simplemente se limita a referirse a la Fiduprevisora, pero no reconoce ni niega la prestación, por lo tanto esta manifestación de la entidad constituye lo que en derecho se denomina Silencio Administrativo Negativo”*.

Que en el año 2012, la respuesta de la Oficina de Prestaciones de la Secretaría de Educación Departamental, era la misma para los docentes que solicitaban el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, *“y en todos esos casos, respecto de esa misma respuesta se solicitó en la demanda la nulidad del acto ficto por configuración del silencio administrativo negativo, prosperando las pretensiones, en tanto que en primera instancia como en segunda instancia se estuvo de acuerdo que dicha respuesta no era una contestación de fondo y por lo tanto no se reprochó el que se hubiera demandado como acto ficto por configuración del silencio administrativo negativo”*.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que sí se configuró el silencio administrativo negativo, debía accederse a las pretensiones de la demanda.

## 5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El Departamento del Cauca (fol. 14 del cuaderno de segunda instancia), luego de afirmar estar de acuerdo con lo plasmado en la sentencia de instancia, solicitó la desvinculación de dicha entidad en el presente asunto.

La Nación-Ministerio de Educación-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fol. 13-18 del cuaderno de segunda instancia) solicitó la confirmación del fallo de instancia, recalcando que el régimen de cesantías aplicable al demandante, así como su reconocimiento y pago,

corresponde al establecido en la Ley 91 de 1989 y sus decretos reglamentarios, norma de carácter especial que, entre otras obligaciones, impone la vinculación de los docentes al referido fondo, estableciendo términos especiales y, sin que en su regulación se establezcan auxilios, derechos o sanciones como las reclamadas en el *sub lite*.

## 6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público no rindió concepto en esta etapa procesal.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

### 2. ASPECTOS PREVIOS

El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra limitada “a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único”.<sup>1</sup>

Circunstancia que aparece consignada en los artículos 320<sup>2</sup> y 328<sup>3</sup> del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada.

---

<sup>1</sup> El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 6 abril de 2018, Radicación: 05001 2331 000 2001 03068 01, exp. 46005.

<sup>2</sup> ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

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

Corresponde a la Sala determinar, en primer término, si se encuentra o no configurada la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, o si por el contrario, como lo plantea la parte recurrente, dicho término no resulta aplicable toda vez que se discute la existencia de un acto ficto derivado del silencio administrativo negativo.

En caso de que prospere dicho cargo, se analizará si resulta procedente el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por la tardanza en el pago de las cesantías parciales reconocidas a Hugo Henry Alvarado Ruiz.

### 3. EL ACTO ENJUICIABLE Y EL EJERCICIO OPORTUNO DEL MEDIO DE CONTROL

3.1. La parte actora solicitó que se declare la nulidad del: i) acto ficto por configuración del silencio administrativo negativo derivado de la petición presentada el 27 de diciembre de 2011, ante la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; ii) acto ficto por configuración del silencio administrativo negativo frente a la petición radicada ante la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca el 27 de diciembre de 2011; iii) Oficio No. 2012EE06129 del 10 de febrero de 2012, iv) Oficio No. 2012EE14433 del 08 de marzo de 2012 y v) 2012EE14178 del 13 de marzo de 2012, expedidos por “Fiduprevisora” S.A., mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías parciales.

---

<sup>34</sup>ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

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

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

No obstante, el *A quo* indicó que el actor, mediante escrito radicado bajo el No. 75962 del 27 de diciembre de 2011, pidió ante la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, y frente al cual se expidió el Oficio No. FNPSM-0022 del 03 de enero de 2012, con el que, afirma, se dio respuesta negativa expresa al demandante.

El recurrente señala que el Oficio No. FPSM-0022 del 03 de Enero de 2012, proferido por el Departamento del Cauca - Secretaría de Educación- Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio, no puede entenderse como una respuesta de fondo a la petición que presentó el actor el 21 de diciembre de 2011, *“toda vez que de la lectura minuciosa del escrito se tiene que la entidad SED no contesta de fondo la petición, SINO que simplemente se limita a referirse a la Fiduprevisora, pero no reconoce ni niega la prestación, por lo tanto esta manifestación de la entidad constituye lo que en derecho se denomina Silencio Administrativo Negativo”*.

3.2. Aclara la Sala que, es la dependencia territorial -en este caso el departamento del Cauca- el que de acuerdo con la Ley 962 de 2005<sup>4</sup> y su Decreto Reglamentario 2831 de 16 de agosto del mismo año, tiene la competencia para recibir y tramitar las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales docentes (pensiones, cesantías, prestaciones de salud, etc.), e incluso expedir los actos administrativos negando o reconociéndolas, pero siempre a nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que conserva la titularidad de la competencia y, por tanto, la obligación de pago de las prestaciones docentes; todo ello en virtud de la delegación que debe efectuar el Ministerio de Educación Nacional por disposición legal.

De esta manera, los oficios No. 2012EE06129 del 10 de febrero de 2012, 2012EE14433 del 08 de marzo de 2012 y 2012EE14178 del 13 de marzo de 2012, expedidos por “Fiduprevisora” S.A., no corresponden a actos

---

<sup>4</sup> Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos

enjuiciables en el presente caso, habida cuenta que, se itera, es la entidad territorial la competente para expedir los correspondientes actos administrativos de reconocimiento de las cesantías e incluso de reconocimiento de la respectiva sanción moratoria. Además, la alzada no refiere inconformidad alguna sobre el particular.

De la misma forma, si bien el 21 de diciembre de 2011, el actor formuló petición ante el Ministerio de Educación Nacional, lo cierto es que no es este el encargado de resolverla y, además, el Subdirector de Monitoreo y Control, mediante Oficio No. 2012EE862 del 05 de enero de 2012, solamente informó que *“conforme lo establece el artículo 33 del CCA, este Ministerio remitió al despacho de la Directora Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que se pronuncie de fondo”*; por lo que tampoco podría ser considerado como el acto demandable. Aspecto que tampoco se discute en apelación.

3.3. Ahora, debe determinarse si el acto enjuiciable en el presente asunto corresponde al Oficio No. FPSM - 0022 del 03 de enero de 2012, emanado del Departamento del Cauca - Secretaría de Educación - Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el que se dio respuesta a la solicitud elevada por la parte actora (fol. 15 c. ppal. 1) o, como lo afirma esta, el ficto por configuración del silencio administrativo negativo, frente a la petición del 27 de diciembre de 2011.

3.4. La doctrina ha señalado que se entiende por acto administrativo toda declaración de voluntad, juicio, cognición o deseo que se profiera de manera unilateral, en ejercicio de la función administrativa, y que produzca efectos jurídicos (es decir, que cree, modifique o extinga una situación jurídica) sobre un asunto determinado [BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. (2014). Manual del Acto Administrativo. (6ª Ed., p. 112). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.].

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ha adoptado la clasificación de actos administrativos de acuerdo al contenido de su decisión, indicando que se clasifican en definitivos y preparatorios o de trámite, y ha precisado que son definitivos

*“los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”<sup>5</sup>; de manera que, los de trámite, si bien contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del definitivo, no concluyen per se la actuación administrativa.*

Así, el Consejo de Estado, con apoyo de la doctrina<sup>6</sup> y la jurisprudencia de su Sección Segunda<sup>7</sup>, concluyó que *“son demandables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo únicamente aquellos actos que produzcan efectos jurídicos por medio de los cuales se concluya el procedimiento administrativo o los que hagan imposible su continuación”<sup>8</sup>.*

3.5. En el presente asunto, debe analizarse si el contenido del Oficio No. FPSM - 0022 del 03 de enero de 2012, emanado del Departamento del Cauca - Secretaría de Educación - Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio, constituye un acto administrativo. Para ello, considera la Sala pertinente analizar su contenido, cuyo tenor se transcribe a continuación (fol. 15 c. ppal. 1):

*“SEÑOR(a):  
HUGO HENRY ALVARADO  
CALLE 3 # 5-56  
Popayán – Cauca*

*REF: AGOTAMIENTO VÍA GUBERNATIVA HUGO HENRY ALVARADO*

*YULDER PALECHOR RAMIREZ, profesional universitario del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Cauca, comedidamente me permito dar oportuna contestación al derecho de petición de la referencia.*

---

<sup>5</sup> ARTÍCULO 43. ACTOS DEFINITIVOS. Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.

<sup>6</sup> Rodríguez R., Libardo (2013). Derecho Administrativo General y Colombiano (Decimoctava ed.). Bogotá D.C.: TEMIS S.A.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Magistrado ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 19 de febrero de 2015. Radicación 25000232500020110032701 (3703-2013). Omar Alexander Cutiva Martínez contra Distrito Capital – Secretaría de Gobierno y otro.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, auto del 22 de febrero de 2018, radicado: 15001-23-33-000-2015-00170-01(1897-15)

*Informarle que la Fiduprevisora S.A. procede con los pagos prestacionales de acuerdo al derecho y con la mayor celeridad posible, dependiendo de los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, creándose así turnos en los que la atención está sujeta a la disponibilidad presupuestal, de este modo mal podrían generarse intereses moratorios y contradicciones a principios constitucionales y jurisprudenciales.*

*Pero también es cierto que en el momento en que la Fiduprevisora S.A. preserva los turnos de atención y la asignación presupuestal es la legalmente destinada, está amparando el principio fundamental de igualdad de los docentes, Asegurando también a quien sea primero en el tiempo, sea primero en derecho.*

*Por otro lado, de acuerdo con la ley 91 de 1.989, que ordena la creación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a su vez se manifiesta que su administración estará en manos de una entidad fiduciaria, hoy Fiduprevisora S.A. la cual según el decreto 2831 de 2.005, es la encargada de aprobar las prestaciones y de los respectivos pagos.”.*

Frente a los oficios, ha indicado la doctrina que son actos administrativos cuando exteriorizan de manera directa la decisión o respuesta a un asunto, es decir, que al mismo tiempo sirven para instrumentalizar o plasmar la decisión, y para comunicarla al interesado<sup>9</sup>. Lo relevante, entonces, es determinar si comportan o no una decisión frente a la situación particular debatida en sede administrativa.

El Consejo de Estado, en una providencia donde se debatía la naturaleza de unos oficios demandados como actos administrativos, señaló lo siguiente:

*“Ahora bien, en el auto apelado se consideró que ambos oficios no eran actos administrativos demandables en tanto que ninguno de ellos crearon, modificaron o extinguieron una situación jurídica particular, sino que se limitaron a informar al demandante que la asignación de retiro incluyó los factores certificados en la hoja de servicios.*

*Por tal razón concluyó que para que prosperaran las pretensiones de la demanda debía solicitarse la modificación de la hoja de servicios, asunto*

---

<sup>9</sup> BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. (2014). Manual del Acto Administrativo. (6ª Ed., p. 211). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

*cuya competencia es de la Policía Nacional y no de la Caja de Sueldos de Retiro por cuanto esta última únicamente reconoce la prestación.*

*De acuerdo con lo anterior, una vez revisados los actos demandados el despacho considera que estos sí produjeron efectos jurídicos. En efecto, más allá de haber indicado en ambos oficios que dichas respuestas se circunscribían a informarle al demandante que la liquidación de su asignación de retiro se realizó teniendo en cuenta los factores contenidos en la hoja de servicios, lo cierto es que de ambas respuestas se desprende la negativa de la entidad a reliquidar la asignación (objeto de la demanda).*

*Ahora, respecto a la modificación de la hoja de servicios, si bien es cierto que la liquidación de la asignación de retiro se fundamenta en la información contenida en esta, el hecho de no solicitar su cambio no es óbice para que la parte pueda acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y en todo caso, de ser requerido por el juez este debe dar la oportunidad a la parte para que subsane el defecto de su demanda través de su inadmisión.*

*En consecuencia, los actos administrativos demandados sí son objeto de control judicial por cuanto produjeron efectos jurídicos, que en este caso se tradujeron en la negativa a reliquidar la asignación mensual de retiro en favor del demandante incluyendo los factores prestacionales contenidos en el artículo 100 del Decreto 1213 de 1990. Por este motivo no era procedente el rechazo de plano de la demanda con fundamento en el numeral 3 del artículo 169 del CPACA". (Se subraya).*

Las anteriores consideraciones, en principio, resultarían aplicables al caso concreto, pues, el Oficio No. FPSM - 0022 del 03 de enero de 2012, i) fue expedido por la entidad con capacidad decisoria, esto es, por la Secretaría de Educación Departamental en nombre del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ii) y emitido para responder la solicitud del parte actora, quien pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales y, además, iii) con la referencia de que agotaba la "VÍA GUBERNATIVA HUGO HENRY ALVARADO", y iv) la precisión de que la Fiduprevisora S.A. pagaba las prestaciones "de acuerdo al derecho y con la mayor celeridad posible, dependiendo de los recursos provenientes del Ministerio de Hacienda y Crédito Público", y de que, contrario a lo solicitado por el actor, "mal podrían generarse intereses moratorios y contradicciones a principios constitucionales y jurisprudenciales" (se subraya), máxime cuando los turnos en que se efectuaba el pago de las cesantías, se amparaban en "el

*principio fundamental de igualdad de los docentes, asegurando también a quien sea primero en el tiempo, sea primero en derecho.”.*

Siguiendo los derroteros de la jurisprudencia del Consejo de Estado citada, *prima facie*, se podría concluir, como se hizo en primera instancia, que la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, por el Oficio No. FPSM - 0022 del 03 de enero de 2012, sí dio al actor una respuesta cuando afirmó que: i) con aquel se entendía agotada la vía gubernativa; ii) que buscaba “*dar oportuna contestación a la petición de la referencia*”, que no era otra que la atinente al reconocimiento de la sanción moratoria; iii) que el pago de las cesantías definitivas procedía “*de acuerdo al derecho y con la mayor celeridad posible*” dependiendo de la disponibilidad presupuestal y el turno asignado, y iv) que “*mal podrían generarse intereses moratorios y contradicciones a principios constitucionales y jurisprudenciales*”.

Y aunque a tal respuesta solo le faltaba negar explícitamente el reconocimiento de lo reclamado por el peticionario, tal omisión podría excusarse argumentando que todo lo consignado en el párrafo anterior constituye una serie de razones que llevarían a ese resultado. Conclusión que tiene asidero normativo, en la medida que los actos administrativos, lo mismo que las sentencias, deben motivarse y que, por tanto, estarían integrados por la decisión propiamente dicha y una serie de razones que la sustentan. Estas respecto de aquella tendrían un vínculo interno indisoluble que conformaría la llamada *ratio decidendi*<sup>10</sup>.

De esta suerte si la autoridad administrativa da razones claras y pertinentes en el contexto de la petición que le eleva el ciudadano, la conclusión emergerá igualmente clara así no la señale en forma expresa. *A contrario sensu* si falta claridad en sus razones, no precisa el contexto del derecho de

---

<sup>10</sup> Al respecto, la Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. «*Si la parte de las sentencias que tiene fuerza normativa son los principios y reglas jurídicas, ello significa que no todo el texto de su motivación resulta obligatorio. Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados obiter dicta o afirmaciones dichas de paso, y los ratione decidendi o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho. Sólo estos últimos resultan obligatorios, mientras los obiter dicta, o aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión, constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial en los términos del inciso 2º del artículo 230 de la Constitución Política.*»

petición y elude la situación planteada, no es posible entender satisfecho el derecho de petición.

En efecto, el artículo 23 de la Constitución Política prevé que todas las personas tienen derecho a presentar peticiones respetuosas por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha precisado que el núcleo esencial de este derecho se satisface con: *“(i) la posibilidad efectiva de elevar, en términos respetuosos, solicitudes ante las autoridades, sin que éstas se nieguen a recibirlas o se abstengan de tramitarlas; (ii) la respuesta oportuna, esto es, dentro de los términos establecidos en el ordenamiento jurídico, con independencia de que su sentido sea positivo o negativo; (iii) una respuesta de fondo o contestación material, lo que implica una obligación de la autoridad a que entre en la materia propia de la solicitud, según el ámbito de su competencia, desarrollando de manera completa todos los asuntos planteados (plena correspondencia entre la petición y la respuesta) y excluyendo fórmulas evasivas o elusivas.”*<sup>11</sup>. (Se subraya).

Se recalca, entonces, que para considerar que la respuesta emitida por la entidad satisface el núcleo esencial del derecho de petición y que pueda ser catalogada como de fondo, debe desarrollar de manera completa los asuntos planteados en la solicitud, excluyendo fórmulas evasivas o elusivas. En otros términos, la obligación de la entidad estatal no cesa con una aparente resolución a lo reclamado por un ciudadano, ya que es necesario, además, que dicha solución remedie sin confusiones el fondo del asunto, que esté dotada de claridad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto.

En el presente caso, el actor solicitó el *“PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA, por no haberseme pagado las cesantías parciales reconocidas por el FNPSM mediante resolución No. 1072 del 23 de agosto de 2011 dentro del término de los 45 días que establece la ley 1071 de 2006”* (fol. 12 c. ppal. 1). De manera que la respuesta que le correspondía emitir a la entidad, debía referirse directamente a la negativa o

---

<sup>11</sup> Cfr. Sentencias T-251 de 2008, T-487 de 2017 y T-077 de 2018.

reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006.

Y pese a que en el Oficio No. FPSM - 0022 del 03 de enero de 2012, según lo dicho, contiene una serie de razones que podrían llevar a la negativa de lo reclamado, resulta impreciso y elusivo respecto de lo reclamado, pues, lejos de referirse a la sanción moratoria menciona *“intereses moratorios y contradicciones a principios constitucionales y jurisprudenciales”*, y elude el tema de si el ciudadano, aquí demandante, tiene o no el derecho a la sanción reclamada, ya que al respecto le indica que *“la Fiduprevisora S.A. preserva los turnos de atención y la asignación presupuestal es la legalmente destinada, está amparando el principio fundamental de igualdad de los docentes, Asegurando también a quien sea primero en el tiempo, sea primero en derecho”*, y luego concluye que *“de acuerdo con la ley 91 de 1.989, que ordena la creación del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a su vez se manifiesta que su administración estará en manos de una entidad fiduciaria, hoy Fiduprevisora S.A. la cual según el decreto 2831 de 2.005, es la encargada de aprobar las prestaciones y de los respectivos pagos”*.

De esta manera, entonces, la Secretaría de Educación del Cauca no aclaró si era la competente para resolver sobre el pago de la sanción moratoria por la no cancelación oportuna de las cesantías reconocidas al demandante, ni analiza dicho tema, pues, se refiere a intereses moratorios y remite a la Fiduprevisora S.A. como la encargada de aprobar y realizar los respectivos pagos. Esas imprecisiones llevan a que no resuelva claramente el derecho de petición, ya que da una serie de razones que sustentan distintas conclusiones: que no es competente para resolver el asunto, que la encargada de resolverlo es Fiduprevisora S.A., que no puede reconocer intereses de mora y que su actuación está ajustada a derecho y, por tanto, que no puede acceder a lo pedido.

Esas imprecisiones y elusiones impiden que emerja clara una respuesta implícita en el citado oficio y que, en consecuencia, este no pueda devenir en acto administrativo.

Dicho de otra manera, si bien la Secretaría Departamental de Educación del Cauca, era la encargada de emitir la respuesta en nombre del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo cierto es que su oficio contiene evasivas frente al reconocimiento de la sanción moratoria solicitada por el actor. Sus argumentos se dirigieron exclusivamente al trámite que adelanta la Fiduprevisora S.A. al momento de efectuar el pago de las cesantías, pero nada dijo sobre si procedía o no el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas.

De esta manera, no resolvió de fondo y sin evasivas la petición de la parte actora, esto es, no negó específicamente el reconocimiento de la sanción moratoria y, contrario a lo planteado por la primera instancia, sí se configuró el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, siendo este último el acto pasible de control judicial.

3.6. Así, teniendo en cuenta que se juzga la legalidad de un acto administrativo ficto negativo, de acuerdo con el artículo 164 num. 1 lit. d) de la Ley 1437 de 2011<sup>12</sup>, el medio de control de nulidad y restablecimiento no está sometido a término de caducidad y, por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia en tanto que declaró probado ese fenómeno jurídico y, en su lugar, se analizará el fondo de la controversia planteada.

#### 4. ASPECTOS PREVIOS

El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra limitada “a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único”.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

d) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo;”.

<sup>13</sup> El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 6 abril de 2018, Radicación: 05001 2331 000 2001 03068 01, exp. 46005.

Circunstancia que aparece consignada en los artículos 320<sup>14</sup> y 328<sup>15</sup> del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada.

Corresponde a la Sala determinar, si es procedente el reconocimiento de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por la tardanza en el pago de las cesantías parciales reconocidas a Hugo Henry Alvarado Ruiz.

## 5. DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES EN EL SECTOR DOCENTE.

Para el caso de los docentes oficiales, con la Ley 91 de 1989 se 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, y cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tiene más del 90% del capital.

La misma disposición estableció que el Fondo *“atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley”*, causadas a partir de la fecha de promulgación de la ley -artículo 2º-, y de los que se

---

<sup>14</sup> ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

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

<sup>15</sup>ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

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

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

vinculen con posterioridad a la misma fecha, previendo allí mismo la afiliación automática de todos ellos.

En principio, el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 91 de 1989 establecía como objetivo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el realizar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado; al igual que radica en la oficina de prestaciones sociales del respectivo Fondo Regional, al tenor de lo dispuesto en el Decreto No. 1775 de 1990, la competencia para recibir y tramitar las solicitudes de prestaciones, expidiendo el respectivo acto, previo visto bueno de la entidad fiduciaria encargada de administrar los recursos del mentado fondo.

No obstante, con la expedición de la Ley 962 de 2005 “*Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos*”, la competencia para tramitar y reconocer las prestaciones de los docentes se radicó en cabeza de las Secretarías de Educación<sup>16</sup>, conservando, eso sí, la obligación de pago en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones. Esta disposición fue reglamentada, a su vez, por el Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, en el que se estableció el trámite que debe prestarse a tales solicitudes.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> En el artículo 56 de dicha norma, se estipula:

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

<sup>17</sup> *“Artículo 2º. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la*

---

*sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.*

*Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

*Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:*

*1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*

*2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*

*3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*

*4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.*

*5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.*

*Parágrafo 1°. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*Parágrafo 2°. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.*

Conforme a la normativa especial que rige para los docentes oficiales, se torna claro que a partir de la Ley 91 de 1989 el pago de las prestaciones sociales de estos funcionarios corre a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mientras que los actos administrativos de reconocimiento deben ser elaborados y suscritos por la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada que corresponda, previo sometimiento a un proceso de aprobación por parte de la sociedad fiduciaria que administra el fondo respectivo, quien finalmente realizará el pago respectivo.

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

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

Devuelto el proyecto de acto administrativo a la Secretaría de Educación, se deberá suscribir el acto administrativo respectivo y una vez en firme remitirlo

---

*Artículo 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.*

*Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.*

*Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley”.*

nuevamente a la Fiduciaria dentro de los 3 días siguientes, junto con la respectiva constancia de ejecutoria.

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

## 6. MARCO LEGAL DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO DE LAS CESANTÍAS, AL TENOR DE LAS LEYES 244 DE 1995 Y 1071 DE 2006.

La Ley 244 de 1995<sup>18</sup> fijó los términos perentorios para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas -inicialmente- de los servidores públicos de los órganos y entidades del Estado, estableciendo una sanción por la mora en el pago de dicha prestación<sup>19</sup>.

No obstante, con la expedición de la Ley 1071 de 2006 “*Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación*”, se adicionó y modificó la

---

<sup>18</sup> Por medio de la se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.

<sup>19</sup>“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal 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 informárselo al penitenciaro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar. Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.*

*Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

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

anterior regulación, haciéndola extensiva a las cesantías parciales en los siguientes términos:

*“Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto reglamentar el reconocimiento de cesantías definitivas o parciales a los trabajadores y servidores del Estado, así como su oportuna cancelación.*

*Artículo 2°. Ámbito de aplicación. 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.*

*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.*

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

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

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

*Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías*

*definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

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

Así, se tiene que la Ley 1071 de 2006 amplió la posibilidad del reconocimiento de sanción moratoria frente al trámite de solicitud de cesantías parciales, pero manteniendo la regulación concerniente a los términos para resolver la solicitud de cesantías definitivas o parciales: 10 días para ordenar correcciones o adiciones a la solicitud si a ello hubiere lugar, 15 días para resolver la solicitud, 5 días de ejecutoria y 45 para el pago efectivo; es decir, que en regularidad de circunstancias entre la radicación de la solicitud y el pago de la prestación deben transcurrir máximo 65 días<sup>20</sup>.

De igual manera, se reitera que la sanción corresponde a un día de salario por cada día de retardo, para cuya acreditación basta certificar el no pago dentro de aquéllos términos; aunque en este punto debe aclararse que la pauta jurisprudencial orienta que cuando la mora ocurre en la expedición del acto de reconocimiento, el cómputo de los términos se inicia a partir de la fecha de radicación de la solicitud, a razón de 65 días, puesto que *“no se compadece con el sentido de la normatividad mencionada que la indemnización por la falta de pago oportuno de cesantías se genere sólo ante el incumplimiento del término de 45 días contados a partir del momento en que se encuentre en firme el acto administrativo que las reconozca,*

---

<sup>20</sup>“...existe línea jurisprudencial de la Sección Segunda en el sentido que el término para efectuar el pago efectivo de las cesantías es de 65 días hábiles siguientes al día de la presentación de la solicitud, si ésta reúne los requisitos necesarios para su reconocimiento. Este término comprende quince (15) días hábiles para expedir la Resolución de liquidación de las cesantías definitivas, cinco (5) días hábiles de su ejecutoria, y cuarenta y cinco (45) días hábiles para efectuar el pago de la prestación social.” (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 11 de julio de 2013, expediente 1496 11)

*porque se dejaría desamparado al ex servidor en el evento en que la administración tarde más de los 15 días para expedirlo<sup>21</sup>.”<sup>22</sup>*

## 7. DE LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA EN EL CASO DE LOS DOCENTES.

Según se vio, la normativa especial que rige al personal docente presenta un vacío frente a la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales o definitivas; ello por cuanto dicha sanción fue regulada de manera posterior al régimen de los docentes. Empero, una vez creada en el año 1995, fue voluntad del legislador que todos los servidores públicos se beneficiaran de su consagración en lo relativo a las cesantías definitivas; y a partir de la vigencia de la Ley 1071 de 2006, también en lo referente a las cesantías parciales.

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

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

---

<sup>21</sup> Nota original: “*Ha sido lo tiene establecido la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado. V. gr sentencia de la Subsección B, del 24 de abril de 2008, radicado interno 7008-2005, CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante, que a su vez hace mención a la sentencia del 7 de diciembre de 2000, Subsección A, radicado interno 2020-00, CP. Dr. Alberto Arango Mantilla, y a la sentencia del 12 de diciembre de 2002, Subsección B, radicado interno 1604-01, CP Dr. Jesús María Lemos Bustamante.*”

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 11 de julio de 2013, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente nº 1496-11.

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

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

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

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

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

*(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].*

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

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

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

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

*(...)*

*Lo anterior no es óbice para que la Corte en esta oportunidad unifique su postura sobre el particular y concluya que los docentes oficiales deben ser considerados como empleados públicos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no estipulado en el régimen especial, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.”*

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

En ese sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de julio de 2018<sup>24</sup>, unificó su jurisprudencia para indicar que “a los docentes les son aplicables

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

*las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional<sup>25</sup>. En dicha providencia se establecieron las siguientes reglas:*

*“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.*

*194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley<sup>25</sup> para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.*

*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”.

En dicha sentencia se aclaró que el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, desconocía la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía que resultan aplicables al sector docente oficial, por lo que debía inaplicarse en desarrollo de la llamada «*excepción de ilegalidad*», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, para dar cabida a la norma general que establece el trámite para el reconocimiento de la sanción moratoria, esto es, la contenida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

## 8. EL CASO CONCRETO

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

Si bien, en principio, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales a los docentes de carácter oficial afiliados al Fondo, está precedido de un trámite exclusivo regulado en la Ley 91 de 1989 y sus decretos reglamentarios, en cuyo cuerpo no establece ningún plazo adicional para efectos del pago de la prestación reconocida, ni tampoco algún tipo de sanción por mora en la consignación no oportuna de las cesantías parciales o definitivas, lo cierto es que, conforme al criterio de unificación ya esbozado, sí resulta posible aplicar a los docentes oficiales lo

consagrado en la Ley 1071 de 2006<sup>26</sup>, en aras de evitar un trato discriminatorio en relación con el resto de servidores públicos.

Ello por cuanto el procedimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005<sup>27</sup> registra un vacío normativo en relación con el plazo para dicho pago<sup>28</sup>, circunstancia que sumada a la ausencia de norma especial en el mismo Decreto que autorice el cobro de intereses moratorios u otro mecanismo que les permita resarcir el perjuicio que supone la falta o mora en el pago, pone en desventaja a los docentes oficiales frente a la generalidad de los

---

<sup>26</sup> “Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

<sup>27</sup> Artículos 2°, 3°, 4° y 5° del Decreto 2831 de 2005.

<sup>28</sup> Conforme a la normativa especial que rige para los docentes oficiales, se torna claro que a partir de la Ley 91 de 1989 el pago de las prestaciones sociales de estos funcionarios corre a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, mientras que los actos administrativos de reconocimiento deben ser elaborados y suscritos por la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada que corresponda, previo sometimiento a un proceso de aprobación por parte de la sociedad fiduciaria que administra el fondo respectivo, quien finalmente realizará el pago respectivo.

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

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

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

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

servidores públicos, creando así una situación de desigualdad que no tiene justificación jurídica alguna.

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

Así las cosas, sí resulta válido ordenar el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías establecido en el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, subrogado por la 1071 de 2006, en tanto, no puede entenderse que el pago de las cesantías parciales del hoy demandante debía estar sometido a un turno según el estricto orden de recepción de la petición, ni mucho menos a la existencia de disponibilidad presupuestal para el efecto.

Si bien el ramo docente se encuentra bajo el régimen especial de la Ley 91 de 1989, reglamentada por el Decreto 2831 de 2005, que no contempla expresamente la figura, en virtud del derecho a la igualdad resulta imperioso aplicar lo consagrado en la Ley 1071 de 2006, en la medida que no existe justificación para que el legislador creara una norma especial que señalara un tratamiento discriminatorio para un número significativo de sus trabajadores.

8.3. Ahora, conforme al criterio de unificación antes explicado, debe revisarse el procedimiento efectuado para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales del actor, a efectos de determinar la efectiva configuración de la sanción moratoria pretendida en el presente asunto. En el proceso, se encuentra acreditado lo siguiente:

- Copia de la Resolución No. 1072 del 23 de agosto de 2011, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, mediante la cual se ordenó el pago de la suma equivalente a \$10'898.715 por concepto de liquidación de cesantías parciales con destino a reparaciones locativas, por

prestar sus servicios como docente entre el 12 de abril de 1996 y el 30 de octubre de 2010 (fol. 4-6 c. ppal. 1). El anterior acto administrativo se notificó personalmente al titular el 05 de septiembre de 2011 (fol. 6 c. ppal. 1).

En el cuerpo del referido acto, aparece que la petición de reconocimiento de las cesantías parciales fue radicada por el actor bajo el número CES-014684 del 13 de mayo de 2011.

- Certificado de transacción de pago del Banco BBVA, de cuyo cuerpo se extrae que, si bien el actor retiró dicho dinero el 21 de diciembre de 2011, se estableció como “*OBSERVACIÓN 2*” la de “*CON FECHA DE PAGO 2011 11 28*”; esto es, que el pago de las cesantías parciales por valor de \$10'898.715, estuvo a disposición del demandante desde el 28 de noviembre de 2011 (fol. 7 c. ppal. 1).

De los elementos de prueba antes señalados, se evidenció que la solicitud de liquidación de cesantías parciales se efectuó el 13 de mayo de 2011, según se observa en el acto administrativo de reconocimiento de la señalada prestación social. De manera que el Secretario de Educación del Departamento del Cauca, contaba con el plazo de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, el cual venció el 03 de junio de 2011, pero como se evidenció, la Resolución No. 1072, solo fue proferida hasta el 23 de agosto de 2011, esto es, después de que feneciera la oportunidad legal.

Con base en ello, correspondería a la Sala aplicar la subregla fijada en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, según la cual, cuando se expide el acto administrativo por fuera del término de ley, la sanción moratoria corre 65 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento –toda vez que la petición del reconocimiento de la prestación, se radicó en vigencia del C.C.A.-, término que corresponde a 15 días para expedir la resolución (Art. 4° Ley 1071 de 2006); 05 días de

ejecutoria del acto (Decreto 01 de 1984, artículo 51<sup>29</sup>); y 45 días para efectuar el pago (Art. 5 L. 1071 de 2006); término que corrió hasta el 19 de agosto de 2011.

Así, se causó un período de mora desde el 20 de agosto hasta el 27 de noviembre de 2011, día anterior a aquél en que se realizó el pago de las cesantías parciales, generándose un retardo de 100 días.

En este punto resulta pertinente aclarar que no se puede tener como fecha de pago el retiro del dinero por ventanilla efectuado por el demandante, sino la fecha en la que la entidad efectuó el pago o consignación, la que, según el recibo expedido por BBVA, correspondió al 28 de noviembre de 2011.

8.4. Frente al salario a tener en cuenta para la liquidación de la sanción, el Alto Tribunal aclaró en la sentencia de unificación que *“en lo referente a las cesantías parciales, la asignación básica para la liquidación de la sanción será la que devengue el servidor al momento de la causación de la mora, a diferencia de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las definitivas, que estará constituida por la devengada para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social”*.<sup>30</sup> (Se subraya).

---

<sup>29</sup> «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.

[...]

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

[...]»

<sup>30</sup> Incluso al momento de resumir las consideraciones expuestas en la sentencia de unificación respecto del salario que debía tenerse en cuenta para liquidar la sanción moratoria, el Consejo de Estado reseñó el siguiente cuadro:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

Para el caso concreto, contrario a lo planteado por la parte actora en la demanda, la liquidación se debe efectuar, como lo unificó el Alto Tribunal, con la asignación básica diaria que percibía el demandante al momento de la causación de la mora, esto es, la devengada en el año 2011.

De esta manera, teniendo en cuenta que la asignación básica diaria recibida por el actor en el año 2011, equivalía a \$53.914,76 (fol. 8 c. pbas. 1), el total a reconocer por la sanción moratoria corresponde a \$5'391.476.

8.5. Por otra parte, respecto a la indexación de la sanción moratoria, el Consejo de Estado indicó en la misma providencia lo siguiente:

*“189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico.*

*190. Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación.*

*191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual,*

---

Incluso, en el análisis del caso concreto, en dicha providencia se concluyó *”En cuanto a la asignación básica para la liquidación de la sanción, como se expuso en precedencia, se aplica la regla fijada en esta sentencia y por ende, será la correspondiente a la fecha en que finalizó la relación laboral del demandante, por ser el momento a partir del cual se hizo exigible el reconocimiento de las cesantías definitivas, esto es, la devengada en el año 2012”*. (Se destaca)

*la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA”.*

Como se indicó en precedencia, conforme a la sentencia C-448 de 1996 de la Corte Constitucional<sup>31</sup> y la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, no hay lugar a la indexación de la sanción moratoria “*porque ésta penaliza la negligencia del empleador en la obligación de reconocer y pagar oportunamente las cesantías a sus empleados, que en términos monetarios constituyen sumas de dinero mayores a la actualización a valor presente*”.

Además, la sentencia que reconoce la sanción simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley que deba ser objeto de indexación.

Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.

Por ello, se revocará la sentencia apelada para en su lugar acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## 9. COSTAS

El artículo 365 del Código General del Proceso, señala: “*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte*

---

<sup>31</sup> “...Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella.”

*vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (...)*". Y como en este caso el recurso de apelación resultó desfavorable a la parte demandada, esta debe igualmente ser condenada en costas y se fijarán como agencias en derecho el equivalente al 0.5 % del valor de las pretensiones reconocidas.

De conformidad con lo señalado en el artículo 366 del CGP, las agencias en derecho deberán liquidarse por el Juzgado de origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el superior, para lo cual deberá seguir las reglas previstas en la citada disposición.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

REVOCAR la sentencia del 28 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán, al tenor de las razones antes expuestas. En consecuencia, se dispone:

PRIMERO: Declarar la nulidad del acto ficto por configuración del silencio administrativo negativo frente a la petición radicada ante la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca el 27 de diciembre de 2011, mediante el cual el Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Cauca le negó el reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías parciales al actor.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio, a pagar a Hugo Henry Alvarado Ruiz con C.C. 76.306.675, la suma de CINCO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$5'391.476) M/CTE, a título de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, comprendida entre el 20 de agosto y el 27 de noviembre de 2011, al tenor de las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192, 195 y observando lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

Radicación: 19001-33-31-007-2012-00148-01  
Demandante: Hugo Henry Alvarado Ruiz  
Demandado: Nación-Ministerio de Educación Nacional y otros  
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA  
Página 45

CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ