



129

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO  
SISTEMA ORAL**

Yopal – Casanare, nueve (9) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Acto ficto o presunto derivado de una petición de reconocimiento de la sanción moratoria (por el no pago oportuno de sus cesantías parciales) consagrada en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 del 31 de julio de 2006. Reiteración de precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado.

Demandante: FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL  
Demandada: NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Radicación: 850013333002-2015-00020-00

Procede este estrado judicial a dictar la sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos.

**OBJETO DE LA DEMANDA:**

FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL a través de apoderado judicial demanda a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Yopal, solicitando a esta jurisdicción que mediante el trámite contencioso administrativo se acceda a sus pedimentos que se contraen a la nulidad de actos administrativos fictos o presuntos producto del silencio administrativo negativo, resultante de la no respuesta a la solicitud de concesión de indemnización moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías parciales.

**PRETENSIONES:**

Plantea textualmente las siguientes:

## "II. DECLARACIONES (Art 162 No 2)

1. Que se declare la **NULIDAD DEL ACTO FICTO O PRESUNTO** mediante el cual se configuró por el **MUNICIPIO DE YOPAL** el silencio administrativo negativo, al no dar respuesta dentro de los términos legales al derecho de petición radicado el día **05 de septiembre de 2011** -- mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria a que tiene derecho mi mandante por el no pago oportuno de sus cesantías parciales reconocidas en la Resolución No. 1307 del 14 de octubre de 2010.
2. Que se declare la **NULIDAD DEL ACTO FICTO O PRESUNTO** mediante el cual se configuró por el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** el silencio administrativo negativo, al no dar respuesta dentro de los términos legales al derecho de petición radicado el día **17 de mayo de 2013** -- mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria a que tiene derecho mi mandante por el no pago oportuno de sus cesantías parciales reconocidas en la Resolución No. 1307 del 14 de octubre de 2010.
3. Que se declare la **NULIDAD DEL ACTO FICTO O PRESUNTO** mediante el cual se configuró por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** el silencio administrativo negativo, al no dar respuesta dentro de los términos legales al derecho de petición radicado el día **17 de mayo de 2013** -- mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción moratoria a que tiene derecho mi mandante por el no pago oportuno de sus cesantías parciales reconocidas en la Resolución No. 1307 del 14 de octubre de 2010.

## III. CONDENAS

1. Que como consecuencia de las (sic) anterior dedaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a las Demandas (sic) **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – MUNICIPIO DE YOPAL, RECONOCER, LIQUIDAR Y PAGAR A MI MANDANTE LA SANCIÓN MORATORIA ESTABLECIDA EN LAS LEYES 244 DE 1995 y 1071 DE 2006, por el no pago oportuno de sus cesantías; sanción que equivale a un días de salario por cada día de retraso en el pago, desde los 65 días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud de mi representado, hasta el día en que se efectúe el pago.**
2. Que la suma reconocida sea, actualizada de conformidad con lo previsto en el Inciso Final del Artículo 187 del **C.P.A.C.A.**, y se reajuste su valor desde la fecha en que se hicieren exigibles hasta la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo.
3. Que se condene en costas a la demandada.
4. Que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en el término previsto en el Artículo 192 del **C.P.A.C.A.**"

## ANTECEDENTES:

Narra la demanda en sus hechos que al hoy demandante, las demandadas le reconocieron unas **CESANTÍAS PARCIALES**, a través de la Resolución No. 1307 del 14 de Octubre de 2010.

Aduce que el demandante radicó solicitud de **CESANTÍAS PARCIALES** el día 27 de Julio de 2010 y solo hasta el día 14 de Octubre de 2010 se expidió el

acto de reconocimiento violando con ello los términos establecidos en la ley 244 modificada por la ley 1071 de 2006.

Añade que desde la fecha de ejecutoria del mencionado acto administrativo transcurrieron más de 45 días para que le cancelaran sus cesantías parciales y solo hasta el día 5 de abril de 2011 se las cancelaron.

Ante lo anterior, el hoy demandante requirió el pago de la sanción moratoria por el no pago de sus cesantías parciales, lo que hizo a través de escrito del 5 de Septiembre de 2011 ante el Municipio de Yopal.

Igualmente se requirió de forma independiente a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 17 de Mayo de 2013; sin embargo, aduce que dichas entidades no dieron respuesta a lo requerido, pues solo se limitaron a remitir el requerimiento a la Fiduprevisora y esta última en acto no demandable dio respuesta a lo solicitado.

#### **CONCEPTO DE VIOLACIÓN:**

La parte actora hace mención de las normas que considera violadas, señalando que la infracción al ordenamiento jurídico tiene sustento en el cargo de violación directa a las leyes 244 de 1995, 1071 de 2006 y 115 de 1994.

Seguidamente transcribe apartes de la ley 1071 de 2006 y jurisprudencia del máximo organismo de lo contencioso administrativo que hace relación a sentencia del 31 de enero del año 2008 *cesantías de tipo definitivo* por retiro, aplicable al caso examinado de acuerdo a su criterio e interpretación.

#### **ACTUACIÓN PROCESAL**

- La demanda que dio origen al proceso contencioso fue presentada por el apoderado de la parte actora ante la Oficina de Apoyo de Servicios Judiciales de Yopal, el 13 de Enero de 2015, como consta en la caratula que antecede al folio 1 del cuaderno principal.

- Sometida a reparto en la referida fecha, correspondiendo por sorteo a este Juzgado y entregada en la secretaría el 15 de Enero de 2015, para luego ser ingresada al Despacho el día 10 de Febrero de 2015 (fls. 20 y 21 c.1).
- Mediante proveído del 20 de febrero de 2015 se profirió auto inadmisorio por falencias allí enlistadas (fl. 22 c.1.).
- Subsanada la falencia enunciada, con auto del 27 de Marzo de 2015 (fl. 27 y vto. c.1.), se dispuso ADMITIR la demanda, ordenando las notificaciones y traslados de rigor.
- Mediante proveído del 10 de Julio de 2015, se corrigió una imprecisión del Despacho en la individualización de la parte demandada (fl. 34 y vto. c.1.).
- Verificada la notificación personal (artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del C.G.P.) del auto admisorio (fls. 35 al 45 c.1.), se constata que el MUNICIPIO DE YOPAL y el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – “FNPSM”, constituyeron apoderado, contestaron el libelo, manifestándose respecto a los hechos, las pretensiones y proponiendo excepciones, de las cuales, el Secretario del Despacho corrió el respectivo traslado (fl. 79 c.1), sin que la parte demandante se hubiere pronunciado, quedando trabada la Litis.

**Contestación del Ministerio de Educación Nacional y Fiduciaria la Previsora S.A.:** (fls. 50 – 54 c.1).

A través de apoderado judicial (que ostenta la representación judicial de ambas entidades) concurren a esta etapa procesal, señalando como argumentación principal de su defensa, lo siguiente:

*“El acto ficto presunto mediante el cual se configura el silencio administrativo negativo que conllevo a la negación del pago de la sanción moratoria, aparentemente por el no pago oportuno del pago parcial de las cesantías, no fue expedido por mi representada Ministerio de Educación Nacional, toda vez que la entidad encargada de administrar los recursos del fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio es la FIDUPREVISORA S.A.*

*Quiere decir, que la demandada MEN en el presente proceso no intervino en gestión alguna respecto al trámite de solicitud de la prestación ni es un ente pagador de los recursos del fondo.*

*El Despacho debe diferenciar los sujetos procesales que tienen vocación procesal para ser parte pues uno es el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL –MEN- quien tiene capacidad procesal para ser parte en representación de La Nación, y por eso se le suele demandar como Nación Ministerio de Educación Nacional, y otro EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES*

SOCIALES DEL MAGISTERIO, (FOMAG) que como cuenta especial de la Nación, constituida bajo la modalidad de un contrato fiduciario forma un PATRIMONIO AUTONOMO no tiene capacidad para ser parte procesal sino solo a través de la entidad fiduciaria que lo administra, que en este caso es la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

Debe tenerse en cuenta que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como patrimonio autónomo, los recursos que lo conforman tienen destinación y propósito especial cual es el de pagar las prestaciones que las entidades territoriales reconozcan a su planta de docentes, por lo tanto en (sic) MEN no tienen responsabilidad en tal pago.

También, hay que advertir que el administrador del FOMAG, como sociedad fiduciaria no es tampoco el sujeto procesal mismo que puede ser demandado en relación con las obligaciones que corresponden al patrimonio autónomo del contrato fiduciario constituido con el nombre de FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG, sino solo bajo esa particular y especial condición que se ha denominado en los tribunales como “vocero del patrimonio autónomo” y en razón de llevar la personería del patrimonio autónomo para la protección y defensa de los bienes fideicometidos, pero ello no convierte a la sociedad fiduciaria en sujeto directo de la demanda.

Luego no es correcto considerar, como equivocadamente lo hizo el demandante, al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y al MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL como un solo ente y por tanto como un solo sujeto procesal. De manera que si se ha querido, por la demandante, demandar al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha debido hacerlo a través de la Fiduciaria La Previsora S.A. pero solo, única y exclusivamente, como vocera o administradora de los recursos del FOMAG, porque una es la sociedad fiduciaria y otra el Fideicomiso, que forma el patrimonio autónomo pero que no es parte del patrimonio o haber social de la sociedad fiduciaria.”

Así mismo, se deja constancia que teniendo en cuenta que el Municipio de Yopal fue excluido de la Litis dentro del desarrollo de la Audiencia Inicial (consagrada en el artículo 180 del CPACA), se considera innecesario hacer alusión a los argumentos defensivos expuestos por dicho ente territorial.

.- Auto fechado 18 de Diciembre de 2015 (ff. 81 y vto c.1.), mediante el cual se tuvo por contestada la demanda por parte del Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – La Fiduprevisora S.A. y Municipio de Yopal, reconociendo personería para actuar a sus apoderados; en igual forma, convoca a las partes y al Ministerio Público a diligencia de *Audiencia Inicial*.

El día 27 de Abril de 2016 (ffs. 84 al 91 c.1.), se realizó **Audiencia Inicial** en la cual se trataron los temas de: Saneamiento del proceso; Resolución de Excepciones Previas, donde se declaró la prosperidad de la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva del Municipio de Yopal; Procedencia de la Conciliación, luego, Fijación del Litigio, Decreto de Pruebas y Fijación de Fecha y Hora para Audiencia de Pruebas.

El día 19 de Mayo de 2016 (fls. 120 al 121 c.1.), se llevó a cabo **Audiencia de Pruebas** que básicamente giró alrededor de recaudo e incorporación de pruebas documentales decretadas a petición de la parte actora y fijación de fecha y hora para realización de Audiencia de Alegatos y Juzgamiento. Con base en el inciso final del artículo 181 del CPACA se consideró innecesaria la práctica de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y en consecuencia, ordena a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes y en el mismo término el agente del Ministerio Público podrá presentar su concepto, advirtiéndole a las partes que la sentencia se proferirá dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término concedido para alegatos.

***Se advierte que las partes y el señor agente del Ministerio Público guardaron silencio en esta especial etapa, previa a la definición del litigio.***

### **CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la *dignidad humana* (art. 1 C.N.) desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diverso índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de administrar justicia.

Este estrado judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, procede al estudio del tema central del debate (en armonía con lo normado en el artículo 187 ibidem), teniendo en cuenta que las excepciones previas propuestas fueron debidamente resueltas y las decisiones allí adoptadas se encuentran debidamente ejecutoriadas y en firme.

De igual forma, en aplicación al contenido del artículo 207 del CPACA, efectúa el control de legalidad respectivo y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado.

**Problema Jurídico planteado:**

Se trata de determinar si los actos administrativos fictos o presuntos, emitidos por la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y el F.N.P.S.M. que produjeron silencio administrativo negativo respecto a la petición de reconocimiento de indemnización por mora en el pago de cesantías parciales del docente FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL, solicitado el 17 de Mayo de 2013, se encuentran viciados de nulidad; y por ende es procedente su restablecimiento al demandante en cuanto a reconocerle sanción moratoria alguna por el probable no pago oportuno de sus cesantías parciales; o si por el contrario dichos actos administrativos se encuentran acordes con la normatividad vigente que regula dicha materia.

**Probanzas arrimadas al expediente que constituyen la verdad procesal:**

.- Copia de escritos dirigidos al MUNICIPIO DE YOPAL, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y al F.N.P.S.M., invocando Derecho de Petición firmados por quien profija los pedimentos del docente FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL, radicados en fechas 5 de Septiembre de 2011 y 17 de Mayo de 2013, respectivamente, solicitando a esas entidades reconocer, liquidar y pagar a la demandante la sanción moratoria establecida legalmente por la demora en la expedición del acto administrativo y por el no pago oportuno de las cesantías (fls. 6 al 8 c.1.).

.- Oficio dirigido al apoderado del docente FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL, suscrito por la Directora de Prestaciones Económicas de la firma Fiduprevisora S.A. (fl. 10 y vto. c.1.), que señaló en la parte pertinente:

*"El pago correspondiente a la CESANTÍA PARCIAL POR REPARACION – PRESUPUESTO ORDINARIO, mediante Resolución No. 1307 del 14 de Octubre de 2010 expedida por la Secretaría de Educación a la cual se encuentra vinculado, se colocó a disposición del beneficiario a partir del 5 de Abril de 2011 en el banco BBVA Colombia – 981 – YOPAL, sin que se evidencie en la base de datos actos administrativos aclaratorios ni el reintegro de la misma." (Subraya y Negrilla fuera de texto)*

.- Oficio dirigido al apoderado del docente FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL, suscrito por funcionario del Ministerio de Educación Nacional, mediante el cual le informa que los derechos de petición allí relacionados, se enviaron a la Fiduprevisora S.A. que administra los recursos del F.N.P.S.M. (fl. 11 y vto. c.1.).

.- Copia auténtica de la Resolución No. 1307 del 14 de Octubre de 2010 “*Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Parcial para Reparaciones Locativas*” suscrita por el Secretario de Despacho de la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Yopal, con su respectiva notificación al interesado realizada el 19 de ese mes y año (fls. 13 al 16 c.1.).

.- Copia de transacción bancaria en la entidad BBVA sucursal Yopal de fecha 13 de abril de 2011 – NÓMINA DE CESANTÍAS - FONDO MAGISTERIO – nombre de beneficiario FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL (fl. 17 c.1.), donde se reporta “*CON FECHA DE PAGO 2011 04 05*” (Subraya y Negrilla fuera de texto).

.- Constancia de fecha 22 de Septiembre de 2014, expedida por la Procuraduría 72 Judicial I Para Asuntos Administrativos, que da cuenta del agotamiento del requisito de procedibilidad (fl. 18 c.1.).

.- CD contentivo de los antecedentes administrativos de los actos fictos acusados, suministrado por el apoderado judicial del Municipio de Yopal (fl. 78 c.1.).

Con las anteriores probanzas, nos ocuparemos de determinar si el demandante tiene derecho a que la demandada le indemnice por la mora en el pago de unas cesantías parciales solicitadas desde el 27 de Julio de 2010, puestas a disposición del beneficiario el 5 de Abril de 2011 y efectivamente pagadas y/o reclamadas el 13 de abril de 2011, emolumento que fue reconocido mediante acto administrativo del 14 de Octubre de 2010.

#### **APLICACIÓN DE NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA AL CASO CONCRETO**

Las pretensiones de la demanda están encaminadas a la nulidad de los actos administrativos fictos o presuntos producto del silencio administrativo negativo de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y F.N.P.S.M. y como restablecimiento obtener el reconocimiento y pago de una indemnización moratoria por el no pago oportuno de unas *cesantías parciales* que había solicitado el actor el 27 de Julio de 2010 y según la demanda y anexos sólo fueron puestas a disposición del beneficiario hasta el 5 de abril de 2011. Lo anterior, con fundamento en la Ley 1071 de 2006 que adiciona y modifica la

Ley 244 de 1995 respecto a la *sanción moratoria* en el pago de las cesantías parciales.

En consecuencia, procede este Despacho a analizar la norma considerada como violada, teniendo en cuenta la jurisprudencia reciente sobre el tema; y, verificar el acervo probatorio aportado al proceso para determinar si al actor le asiste o no el derecho pretendido.

***Régimen de cesantías de los docentes nacionalizados.***

Sea pertinente señalar que la Ley 91 de 1989, por la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, definió como docentes nacionales, los vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional y son docentes nacionalizados, quienes se hayan vinculado por nombramiento de entidades territoriales antes del 1º de enero de 1976, así como también los vinculados a partir de esta fecha de conformidad con la Ley 43 de 1975.

El artículo 1º de la Ley 91 de 1989 dispuso:

*"ARTÍCULO 1o. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

*Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

*Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*

*Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1. de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

*PARÁGRAFO. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*

Como se lee en el párrafo, se dispuso que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad, término que se ha definido con claridad, y que es de suma importancia, para efecto de establecer cómo se hará en adelante, a quién corresponde el pago según las mismas disposiciones, analizando en forma integral la reglamentación, y que también se había referido desde el proceso de la nacionalización de la educación que tuvo ocurrencia con la Ley 43 de 1975.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dice:

*"A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1o. de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

*1o. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de acuerdo con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, se regirán por las normas aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en la ley...*

**...3o. Cesantías:**

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

**B.** *Para los docentes vinculados a partir del 1o. de enero de 1990, y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. ..."*

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 estableció que las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debía ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El mencionado artículo prevé:

*"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."*

De otra parte, 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", establece:

**“ARTÍCULO 1o. 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 2o. 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 3o. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS.** Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2o 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 4o. 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 5o. MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

En sentencias de segunda instancia del Tribunal Administrativo de Casanare<sup>1</sup> como superior funcional de este estrado, ha definido litigios de esta índole con identidad de objeto y similares pretensiones, destacándose lo siguiente:

*“1º Presupuestos de la sanción moratoria. Los aspectos de fondo han sido prolijamente examinados en la jurisdicción del Consejo de Estado y acerca del plazo máximo para reconocer el derecho y pagar el crédito constituido por las liquidaciones parciales y definitivas de cesantías, en los términos de las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, está suficientemente decantado: el plazo máximo para decidir el reconocimiento y pagarlo, es*

<sup>1</sup> Por ejemplo ver sentencia del 10 de febrero de 2011, ponente Dr. Néstor Trujillo G., expediente 2009-00011-01, Demandante: María Isabel Vaca Vega.

de sesenta y cinco (65) días hábiles, contados a partir de la petición del interesado, presentada en legal forma.

La ley 1071 de 2006 eliminó la diferencia entre unas y otras que venía de la primera, aspecto que al parecer no percibió el a-quo según el obiter dicta que consignó en la motivación (folio 54 vuelta); ya no puede llamarse a engaño la autoridad, invocando turnos, disponibilidades presupuestales o flujos de caja, pues para la fecha de estos trámites la garantía legislada llevaba más de una década de vigencia. Y por lo mismo, tampoco puede pretender que podrá seguir soslayando esa perentoria obligación legal con sus servidores con vinculación legal o reglamentaria, ni siquiera cuando está transitoriamente cobijada por beneficios financieros, como la restructuración de pasivos.

Carga de la prueba del pago: Se sabe la fecha exacta de la petición, radicada el 27 de junio de 2008; pero no la de pago, pues la accionada la ubicó entre el 1º de enero y el 30 de abril de 2009, según la secuencia de "nómina de cesantías" que remitió al banco (folios 5 y 6). Era su carga precisar cuándo se atendió efectivamente la obligación, acorde con el art. 177 del C. de P.C., sin que pueda liberarse con el pretexto de poderse indagar con la entidad financiera o los archivos privados: la administración y el control de estos pasivos institucionales es una función estatal, en todo caso propia del empleador de servidores públicos.

Resulta ostensible que transcurrieron más de sesenta y cinco (65) días hábiles a partir de la solicitud, lapso que se cumplió el 1º de octubre de 2008; a partir del 2 de octubre de 2008 y hasta la fecha en que se haya hecho el pago, se causó sanción moratoria, que debió ser cubierta simultáneamente con la obligación principal.

Así lo declarará la sentencia y a título de medidas sustitutivas, anulará el parágrafo 1 (sic) del art. 2º de la resolución demandada y ordenará la liquidación y pago de la sanción moratoria, con arreglo a las facultades que al juez confiere el art. 175 del C.C.A. para el pleno restablecimiento del derecho.

Indexación. Acorde con la orientación del Consejo de Estado y el principio de reparación integral (art. 16 ley 446 de 1998), como el crédito laboral no fue pagado en tiempo sin que se haya ofrecido explicación no probado justificación alguna, será objeto de actualización a valor presente; se aplicará la ecuación  $Ra = Vh * if / li$ , en la que el monto de la sanción moratoria ( $Vh$  nominal) lo será el que resulte de multiplicar un día de salario devengado por la actora en junio de 2008, por el número de días de la mora;  $if$  el IPC del mes de ejecutoria de este fallo; e  $li$ , el mes en que se pagó la cesantía parcial. A partir de ejecutoria, además se causarán intereses moratorios sobre el valor actualizado de la condena (art 177 del C. C.A., acorde con la sentencia C-188 de 1999)".

Recientemente el máximo organismo de lo contencioso administrativo del país<sup>2</sup>, ha examinado el tema y así ha ratificado la tesis que traía desde otrora época dicha corporación y que ha sido aplicada por el Tribunal Administrativo de Casanare, al precisar:

"...Ahora bien, la Sala Plena del Consejo de Estado aclaró a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, en los siguientes términos:

"(...) Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden

<sup>2</sup> Sentencia de 22 de enero de 2015, Consejera Ponente: Dra. SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ, Sección Segunda Subsección B. Radicado No. 73001-23-31-000-2013-00192-01(0271-14). Actor: YANETH LUCÍA GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ. DEMANDADO: Nación-Ministerio de Educación Nacional – F.N.P.S.M. y Municipio de Ibagué.

a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

(...)

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria. (...)»<sup>3</sup>.

En el presente caso se encuentra acreditado que el **27 de enero de 2010** la actora solicitó el reconocimiento de sus cesantías parciales con destino a compra de vivienda, las cuales fueron reconocidas mediante la Resolución No. 71 02255 de **29 de noviembre de 2010**...

(...)

Ahora bien, de conformidad con la certificación expedida por el Banco BBVA, el **15 de julio de 2011** la Fiduciaria La Previsora consignó las cesantías parciales que le fueron reconocidas a la accionante.

El 25 de septiembre de 2012 la demandante solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria originada en el pago tardío del auxilio de cesantías parciales; sin embargo, mediante el Oficio No. 14921 de 26 de octubre de 2012, el Secretario de Educación del Municipio de Ibagué negó dicha petición, exponiendo los siguientes argumentos:

"(...)

El anterior recuento evidencia que la actora radicó la petición prestacional el 27 de enero de 2010 y la administración envió el proyecto de resolución el 16 de abril de 2010 a la Fiduprevisora para su aprobación, es decir, 54 días hábiles después de haberse presentado la solicitud, situación que demuestra la tardanza injustificada de la parte accionada para tramitar el reconocimiento del auxilio de cesantías, pues debió haberlo hecho en un lapso de 15 días hábiles.

(...)

Así las cosas, la petición se radicó el **27 de enero de 2010** y la parte accionada no informó a la interesada oportunamente que la documentación suministrada estuviera incompleta, por lo cual, el acto administrativo de reconocimiento debía emitirse dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, es decir, a más tardar el **17 de febrero de 2010**; sin embargo, el mencionado acto solo fue expedido hasta el **29 de noviembre de 2010**.

A su turno, el pago de las cesantías se hizo efectivo el **15 de julio de 2011**.

Con fundamento en lo anterior se demuestra que la administración omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley tanto para el reconocimiento como para el pago de las cesantías reclamadas por la demandante, es decir, 15 días para expedir el acto de reconocimiento, 5 más que corresponden al término de la ejecutoria y 45 días dentro de los cuales debía realizar el pago. En efecto, de acuerdo con el anterior conteo el pago debió producirse el **3 de mayo de 2010**, pero solo se hizo hasta el **15 de julio de 2011**, por lo cual, se causó la sanción moratoria entre el **4 de mayo de 2010** y **14 de julio de 2011**, tal como lo indicó el A quo.

De otro lado, no es admisible el argumento expuesto por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio según el cual para compensar la demora en el pago de las cesantías lo procedente es ordenar el interés moratorio y no la sanción moratoria reclamada, toda vez que el primero tiene por objeto compensar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda y de ninguna manera sustituye el reconocimiento de la sanción moratoria, pues, como su nombre lo indica, se trata de un correctivo pecuniario a cargo de la administración por incumplir los plazos establecidos por el legislador para reconocer y pagar oportunamente la prestación social en comento.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la sentencia recurrida, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda".

<sup>3</sup> Sentencia de 27 de marzo de 2007, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. No. 760012331000200002513 01 (2777-2004), Actor: José Bolívar Caicedo Ruiz.

Conforme a lo acontecido y de acuerdo a las conclusiones del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Casanare en los fallos que pusieron fin a litigios con pretensiones análogas, este Despacho coherentemente y ante el fundamento de la argumentación que precede al analizar la situación considera que en aplicación de la ley 1071 del 31 de julio 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"*, procederá a examinar la prueba allegada y así establecer si efectivamente hubo mora, establecer el término de la misma y en consecuencia si hay o no razón para declarar la nulidad de los actos demandados.

#### **Conclusión al caso concreto:**

Verificada la situación puesta en conocimiento, al análisis normativo que regula esta clase de asuntos y conforme a las probanzas arrojadas al expediente se tiene que el señor FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL, solicita a la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Yopal el día 27 de Julio de 2010, reconocimiento y pago de una **Cesantía Parcial**; el día 14 de Octubre de 2010 la mencionada dependencia de la Alcaldía de Yopal conforme a las facultades legales que le otorga la ley 91 de 1989 y el decreto 2831 de 2005, además actuando en nombre y representación de la Nación - Ministerio de Educación - FNPSM, expide la Resolución No. 1307 *"Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Parcial para Reparaciones Locativas"* reconociendo una suma como anticipo de cesantía a favor del solicitante, dejando la salvedad en el parágrafo 1º del artículo primero que el pago se realizaría cuando le correspondiera el turno y existiera disponibilidad presupuestal. Dicho acto administrativo fue notificado personalmente a FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL el 19 de Octubre de 2010.

No se encuentra dentro del encuadernamiento probanza alguna, explicación y menos justificación de las demandadas respecto al término transcurrido entre la solicitud y la expedición del acto administrativo que reconoce la cesantía parcial y su pago al docente peticionario.

En síntesis, se demuestra con las pocas probanzas allegadas que Sí hubo mora en el trámite que sobrepasó con creces los sesenta y cinco (65) días hábiles a partir de la solicitud, pues habiendo solicitado su cesantía parcial el

27 de Julio de 2010 solo se expidió el acto administrativo contenido en la resolución No. 1307 que las reconoce el 14 de Octubre de 2010 y su pago se hizo efectivo el 5 de Abril de 2011 (fls. 10 y 17 c.1.), sin que exista otra prueba que señale lo contrario.

Así las cosas, si la petición fue radicada el 27 de Julio de 2010 (como reza el acto que las reconoció), la administración del Municipio de Yopal actuando a nombre de la NACIÓN-MEN tenía hasta el 18 de Agosto de 2010 para expedir el correspondiente acto administrativo, los posteriores 5 días se tienen como de ejecutoria, es decir, hasta el 25 de Agosto de 2010 y la Nación-Ministerio de Educación Nacional –F.N.P.S.M. hasta el 28 de Octubre de 2010 para proceder al pago, pero este solo se hizo el 5 de abril de 2011 (según consta en documentos obrantes a folios 10 y 17 c.1.), por lo cual se causó la sanción moratoria entre *el 29 de Octubre de 2010 y el 4 de abril de 2011 inclusive*.

En estas condiciones, se declarará la nulidad de los actos administrativos fictos o presuntos producto del silencio administrativo negativo de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FNPSM, que no accedieron al pago de sanción moratoria por el no pago oportuno de la cesantía parcial del servidor FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL, y se ordenará a la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la liquidación y pago de la sanción moratoria a su cargo y a favor del actor por pago extemporáneo del auxilio de *cesantía parcial* reconocida en la Resolución 1307 del 14 de Octubre de 2010 expedida a nombre de las demandadas por el Municipio de Yopal a través de su secretaría de educación municipal.

La mora existente conforme al artículo 5º de la ley 1071 de 2006 se daría – pasados 65 días hábiles desde la petición hasta el pago - es decir que la administración tenía hasta el 28 de Octubre de 2010 para los dos eventos en primer lugar expedir el acto de reconocimiento y seguidamente dar cumplimiento al mismo y proceder a pagar la **cesantía parcial**; entonces la mora se cuenta en días hábiles a partir del 29 de Octubre de 2010 hasta el 4 de abril de 2011, por cuando el 5 de abril de 2011 se hizo efectivo el pago de los dineros en el BBVA sucursal Yopal, (documentos obrantes a folios 10 y 17 c.1.); en consecuencia, se ha configurado una mora de 107 días hábiles.

Por lo tanto, como restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación-Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

del Magisterio, la liquidación y pago de la sanción moratoria por el lapso antes mencionado.

**Prescripción:**

No habrá lugar a la prescripción trienal en los términos del Decreto 1848 de 1969, si se tiene en cuenta que el pago de la administración se realizó el 5 de abril de 2011 y las reclamaciones a las demandadas por parte del actor solicitando el pago por morosidad ocurrieron a partir del 17 de mayo de 2013 y la demanda fue instaurada el 13 de enero de 2015, es decir, no habían transcurrido los tres años de que trata el decreto citado.

Ahora bien, conforme a lo precisado por el superior funcional en la sentencia cuyos partes se transcribieron atrás, se dispondrá la actualización a valor presente; aplicándose la ecuación  $Ra = Vh * if / li$ , en la que el monto de la sanción moratoria ( $Vh$  nominal) lo será el que resulte de multiplicar un día de salario devengado por la actora en Abril de 2011, por el número de días de la mora (107);  $if$  el IPC del mes de ejecutoria de este fallo; e  $li$ , el mes en que se pagó la cesantía parcial (abril de 2011). A partir de ejecutoria, además se causarán intereses moratorios sobre el valor actualizado de la condena.

**Costas:**

Considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, pues se hizo presente en el proceso y defendió su tesis jurídica; se dispondrá no condenar en costas a la parte vencida, acorde con los lineamientos consagrados en el artículo 188 del CPACA.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Yopal, administrando justicia en nombre de la república,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** DECLARAR la NULIDAD de los actos fictos o presuntos de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y del F.N.P.S.M., que produjeron silencio administrativo negativo respecto a la petición de

reconocimiento de indemnización por mora en el pago de *cesantías parciales*, del señor FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEGUNDO:** A título de restablecimiento, ORDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a liquidar y pagar la sanción moratoria a su cargo y a favor del señor FRUTO ALEXANDER VALCÁRCEL, identificado con cédula de ciudadanía No. 74.321.260 expedida en Socha, por pago extemporáneo de la cesantía parcial solicitada el 27 de Julio de 2010, posteriormente reconocida en la resolución No. 1307 del 14 de Octubre de 2010, y efectivamente pagada el 5 de abril de 2011 (107 días hábiles de mora) conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia.

El monto de la sanción moratoria deberá ser actualizado a valor presente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, con arreglo a la variación del IPC, de acuerdo a lo indicado en la parte motiva.

**TERCERO:** La condena será liquidada por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO por acto de ejecución y causará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

**CUARTO:** Declarar que no hay lugar a prescripción alguna de diferencia de mesadas en términos del Decreto 1848 de 1969, por lo mencionado en la parte motiva.

**QUINTO:** Disponer que se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término y reglas señaladas en los artículos 189 y 192 del CPACA.

**SEXTO:** Denegar las demás pretensiones de la demanda.

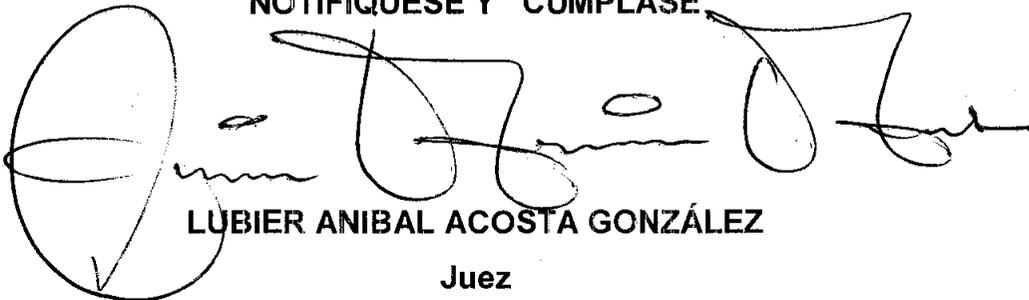
**SÉPTIMO:** No condenar en costas a las demandadas.

**OCTAVO:** Ejecutoriada esta providencia, expídase primera copia con las constancias del Art. 114 del Código General del Proceso al demandante o su apoderado que ha venido actuando en el proceso. Librense las demás comunicaciones de ley.

**NOVENO:** Ordenar la liquidación y devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

**DÉCIMO:** Verificado el cumplimiento de esta sentencia estimatoria conforme a los términos del artículo 298 del C.P.A.C.A., archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema "Justicia Siglo XXI".

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZÁLEZ**  
Juez