

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00023-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Fany Naranjo Bermúdez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – Departamento del Tolima – Secretaría de Educación



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: **73001-33-33-005-2020-00023-00**
Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Fany Naranjo Bermúdez**
Demandado: **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – Departamento del Tolima – Secretaría de Educación**

Advertido que el numeral 1º. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 facultó al juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, y como quiera que en el presente asunto se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión mediante auto proferido el 10 de septiembre de 2021 (renglón 24 carpeta cuaderno principal 1 expediente digital), sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho¹ profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

Antecedentes.

La demanda:

La señora **Fany Naranjo Bermúdez** actuando por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A. promovió demanda contra el **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – Departamento del Tolima – Secretaría de Educación**, tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

Declaraciones y condenas:

1. *“Que se declare la existencia y nulidad del acto ficto presunto, configurado por la no respuesta al derecho de petición del 11 de julio de 2019, por el cual la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima – Secretaría de Educación, resuelven desfavorablemente la solicitud de pago de las cesantías que le fueron reconocidas a la*

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económica, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

señora **Fany Naranjo Bermúdez** mediante la Resolución Nro. 1850 del 12 de marzo de 2018, y de la sanción por mora en el no pago de las mismas.

2. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconocer y pagar a la señora Fany Naranjo Bermúdez, las siguientes sumas de dinero:
 - a) La suma de treinta y ocho millones quinientos treinta y nueve mil pesos moneda corriente (\$38.539.000.000.), por concepto de cesantías parciales reconocidas mediante resolución Nro. 1850 del 12 de marzo de 2018.
 - b) La suma que resulte por concepto de sanción moratoria por el no pago de las cesantías reconocidas en la resolución Nro. 1850 del 2 de marzo de 2018, y por la mora desde el 11 de enero de 2018 has a cuando se haga efectivo el pago sobre salario mensual de \$3.700.000.00 y un salario diario de \$123.000.
3. Como consecuencia de la anterior declaración, a título restablecimiento del derecho, ordenar a la Nación – Ministerio Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento del Tolima - Secretaría de Educación, que reconozca y pague los reajustes de ley; así como el ajuste al valor o indexación laboral por la depreciación de la moneda.
4. Ordenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento del Tolima - Secretaría de Educación - que reconozca y pague los intereses comerciales y moratorias sobre las sumas que resulten adeudadas a que haya lugar.
5. Condenar a la parte demandada al pago de las agencias en derecho y las costas procesales (fls. 5 y 6, renglón 1, carpeta cuaderno principal 1 expediente digital)."

Hechos:

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, narró los siguientes:

1. "Mediante Resolución Nro. 1850 del 12 de marzo de 2018, la entidad accionada reconoció cesantías a favor de la señora Fany Naranjo Bermúdez.
2. De lo anterior, se desprende que el pago pretendido no se ha realizado, ni en materia de capital, ni de intereses moratorias, incumpliendo lo establecido en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, lo que constituye una sanción en contra de la entidad demandada, al tiempo que representa una indemnización a favor del(a) accionante quien se ha visto perjudicada por el no pago de un derecho prestacional como lo son las cesantías.
3. Por conducto de (...) apoderada, la señora Fany Naranjo Bermúdez mediante petición radicada el 11 de julio de 2019 solicitó a la entidad territorial accionada el pago de las cesantías que le fueron reconocidas a la señora Fany Naranjo Bermúdez mediante la Resolución Nro. 1850 del 12 de marzo de 2018, y de la sanción mora en el no pago de las mismas.
4. Dicha solicitud no fue resuelta por la Secretaría de Educación del ente territorial, negándose a reconocer y pagar las referidas peticiones.
6. Para efectos de agotar el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, dentro del término legal presenté solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial Administrativa, la cual fue declarada fallida (fl. 6, renglón 1, carpeta cuaderno principal 1 expediente digital)."

Normas violadas y concepto de violación.

Como normatividad transgredida el profesional en derecho cita los artículos 23, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, modificado por

la Ley 244 de 1995, Ley 91 de 1989, además de la jurisprudencia contenciosa y constitucional C-486 del 7 de septiembre de 2016 y SU-336 de 2017, entre otras.

Expresó que la entidad demandada ha menoscabado las disposiciones que regulan lo relativo al régimen laboral de la demandante, pues ha dejado de emplear la normatividad aplicable al caso en concreto, al desbordar los límites temporales que tenía la entidad para reconocer, desembolsar y pagar las cesantías reconocidas, a tal punto que la demandante se hace acreedora a la sanción mora por el no pago de las cesantías reconocidas, circunstancias estas que vulneran derechos fundamentales de justicia y equidad, entre otros.

Trámite Procesal.

La demanda se presentó el 20 de enero de 2020 (fl. 3 renglón 1, cuaderno principal 1 expediente digital) y el Despacho por auto de 13 de marzo del mismo año la admitió (fls. 45 y 46, renglón 1, cuaderno principal 1 expediente digital), previa subsanación de los defectos anotados en el auto de inadmisión de fecha 29 de enero de 2020 (fls. 33 y 34, renglón 1, cuaderno principal 1 expediente digital), y ordenó su notificación a la parte demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público (renglón 2, cuaderno principal 1 expediente digital).

Surtida en debida forma la notificación las entidades demandadas contestaron oportunamente la demanda, según constancia secretarial vista a renglón 10 del expediente.

Contestación de la Demanda Departamento del Tolima.

Oponiéndose a las pretensiones de la demanda, señala que los hechos del 1º al 6º son ciertos y solicita se denieguen las pretensiones de la demanda por considerar que carecen de fundamentos de hecho y derecho, como quiera que el Departamento del Tolima no es el encargado de reconocer y pagar la prestación solicitada, ya que dicho emolumento está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta adscrita al Ministerio de Educación Nacional, tal como lo ha señalado el concepto del Honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta de fecha 23 de mayo de 2002, Radicado 1423.

Señaló que en los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio que profiera el representante del Ministerio de Educación Nacional ante la entidad territorial a la que se encuentre vinculado el docente, la representación judicial le corresponde al Ministerio de Educación Nacional. A la Fiduciaria la Previsora S.A. le corresponde ejercer la representación extrajudicial y judicial en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso y las disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil.

Quiere decir lo anterior que la obligación del reconocimiento de las cesantías parciales corresponde al Fideicomitente, es decir, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, y una vez efectuado, corresponderá a la Fiduciaria cancelar el valor de la respectiva prestación. Así las cosas, tenemos que como quiera que los demandantes no aportan prueba clara y fehaciente de la responsabilidad del Departamento del Tolima, sus pretensiones carecen de sustento

jurídico, por lo que la administración Departamental demuestra su actuar conforme a la ley, y por lo tanto no resultan procedentes sus pretensiones.

Propuso como medios exceptivos, las denominadas **i. Improcedencia pago sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima**, señala que en caso de considerarse procedente su pago, deberá, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 2563 de 1990 y el artículo 2 de Ley 91 de 1989, ordenarse su pago con cargo a la Nación y, a través del FOMAG y no al Departamento del Tolima; **ii. Cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima**, de manera reiterativa la apoderada del Departamento expone que no existe causa jurídica alguna para que el ente territorial deba asumirlo, pues, es una carga que corresponde asumirla a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG e **iii. Imposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente se le reconocieran al actor por la presunta sanción moratoria**, por cuanto la Corte Constitucional mediante sentencia C-448 de 1996, dejó claro que no es razonable que el trabajador que obtiene el reconocimiento y pago de la sanción por mora si es que esta procede, adicionalmente salga beneficiado con la indexación de esa suma, por lo que concluye la improcedencia de la pretensión, al ser contrarias entre sí de acuerdo a la sentencia antes referenciada (renglón 4 del cuaderno principal 1 expediente digital).

Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio - Fiduprevisora S.A.

Oponiéndose a las pretensiones de la demanda, señala que los hechos 1º, 2º, 4º son ciertos, 3º y 6º no son hechos y el 5º no le consta, solicita se nieguen las pretensiones de la parte demandante y se determine la responsabilidad de la entidad territorial en la causación de la mora, por el incumplimiento en los términos legales para remitir la orden de pago al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y en atención a lo dispuesto en la Ley 1955 del 25 de mayo del 2019, toda vez que no se pueden ordenar pagos judiciales con cargo a los recursos del FOMAG.

Señaló, en principio, que la Ley 91 de 1989, además de diferenciar las categorías en que se agrupan los docentes afiliados al fondo, con el fin de establecer los trámites y las disposiciones que les serán aplicables de conformidad a su fecha y la naturaleza de su vinculación², dispuso que aquellos docentes vinculados con anterioridad a 31 de diciembre de 1989, conservarían el régimen prestacional que gozaban en la entidad territorial a la cual se encontraban adscritos, esto es, la Ley 6 de 1945 y demás normas concordantes y quienes se incorporaron a partir del 1 de enero de 1990, sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados, quienes estarían por

² 1) Docentes nacionalizados, antes territoriales, vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, quienes mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. 2) Docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, sin hacer distinción entre nacionales o nacionalizados, se les aplicará las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, esto es, la Ley 344 de 1996, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 91 de 1989.

normas de los empleados públicos del orden nacional y cuyo sistema de liquidación reviste características de periodicidad³, intereses⁴.

Frente a la pretensión de la sanción por mora en el no pago oportuno de la cesantías, señala que, si bien el Consejo de Estado ha determinado que el personal docente tiene derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, lo cierto es que la misma Corporación ha señalado en pronunciamientos anteriores y posteriores a la sentencia de unificación del 18 de julio del 2018, que dicha sanción fue consagrada únicamente para el régimen de liquidación anualizado y no para el régimen de cesantía retroactiva, de conformidad con la misma Ley 244 de 1995 y en ese sentido señala que deberá determinarse la imputación en el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, más aún, cuando, en virtud del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, no podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Propuso como excepción de mérito **i. Innominada**, solicita al Despacho que declare las excepciones que se encuentren probadas, en virtud del alcance del principio de búsqueda de la verdad formal en materia de excepciones (renglón 8 del cuaderno principal 1 expediente digital).

La audiencia inicial.

Advertido que el numeral 1°. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2.020 facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, en el presente asunto no se llevó a cabo audiencia inicial, razón por la cual mediante auto del 6 de julio de 2.021 se ajustó el trámite para proferir sentencia anticipada y en consecuencia de ello, se fijó el litigio, incorporaron las pruebas allegadas al presente medio de control, se decretaron de oficio las pertinentes, se prescindió de la audiencia inicial (expediente digital, archivo 14).

Ahora bien, mediante auto del 10 de septiembre del 2.021 se prescindió de la prueba de oficio, se declaró precluido el término probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión (expediente digital, archivo 24).

En consecuencia, de la constancia secretarial de fecha 29 de septiembre de 2.021, se advierte que dentro del término concedido, la **parte demandante** allegó escrito (expediente digital, archivo 34).

Alegatos de Conclusión

³ El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación, equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

⁴ Anual sobre el valor acumulado de la cesantía al 31 de diciembre de cada año, más la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Financiera, haya sido el comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Parte demandante.

Señaló que la entidad demandada FOMAG ha omitido la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló el pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, de los 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento. De modo que, el cancelar por fuera de los términos legales genera una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contado hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.

Ahora bien, expuso que en el caso en concreto que se configuran los supuestos de hecho y derecho para el reconocimiento y pago de la sanción solicitada, al comprobarse que la entidad demandada pagó de manera tardía la cesantía previamente reconocida sin justificación alguna, por lo que la demandante cumple con los requisitos exigidos en la ley.

Por último, solicitó la aplicación de la sentencia SU-336 del 18 de mayo de 2017 en el presente caso (expediente digital, archivo 32)

Departamento del Tolima.

No presentó alegatos de conclusión.

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

No presentó alegatos de conclusión.

Ministerio Público.

No allegó concepto de fondo al presente asunto.

Consideraciones

Competencia.

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C. de P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

Problema jurídico.

Conforme se determinó en providencia del 6 de julio de 2021, corresponde al Despacho determinar: ¿Si la señora **Fany Naranjo Bermúdez** tiene derecho a que le sean, además de pagadas las cesantías parciales reconocidas mediante Resolución Nro. 1850 del 12 de marzo de 2018, se le reconozca y pague la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de sus cesantías parciales y, en consecuencia, determinar si el acto ficto o presunto negativo producto de la petición del 11 de julio de 2019, está ajustado o no a derecho?

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho: i) considerará las características del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y su procedencia frente al pago de las cesantías reconocidas, pero no pagadas; ii)

analizará si la sanción moratoria opera de manera automática, de manera que no deba agotarse el requisito de procedibilidad de agotamiento de la actuación administrativa para demandar en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; y iv) el caso concreto.

Tesis parte demandante.

Debe declararse la existencia y nulidad del acto ficto presunto, configurado por la no respuesta al derecho de petición del 11 de julio de 2019, por cuanto la entidad demandada omitió su deber legal de generar el pago de las cesantías dentro del término legal establecido, vulnerando la normatividad aplicable y desconociendo los lineamientos jurisprudenciales impartidos por el H. Consejo de Estado, resultando procedente el pago de la sanción mora de las cesantías no pagadas y las demás pretensiones.

Tesis parte demandada – FOMAG.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, señala que si bien es competente para el reconocimiento y pago de las cesantías, al ostentar funciones compartidas, se debe determinar la responsabilidad de la entidad territorial en la causación de la mora, por el incumplimiento en los términos legales para remitir la orden de pago al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tesis Departamento del Tolima.

Se opone a lo pretendido en el medio de control de la referencia, toda vez que estimó que en los casos en los cuales se debaten cuestiones relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a favor del personal docente, la competencia radica en el Ministerio de Educación Nacional, motivo por el cual afirmó que el pago de lo deprecado en la demanda no radica en el ente territorial que representa.

Tesis del Despacho.

Analizados los argumentos de hecho y derecho de la demanda y la contestación a la demanda, al igual que los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, considera el Despacho que se configuran todos los presupuestos para la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda en lo referente a la sanción solicitada, por cuanto encuentra probada la ilegalidad del acto administrativo demandado, en razón a que infringió las normas en las cuales debería fundarse, dado que efectivamente la entidad demandada incurrió en mora de manera injustificada respecto al pago de la prestación económica reclamada por la demandante.

Finalmente, frente a la pretensión de pago de cesantías se declarará la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción.

Marco Normativo

De la nulidad y restablecimiento del derecho.

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infringió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecucional, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

La señora **Fany Naranjo Bermúdez** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efecto de cuestionar el acto administrativo ficto y/o presunto, contenido en la petición presentada el **11 de julio de 2019**, en cuanto la entidad no se pronunció sobre la solicitud de pago de las cesantías reconocidas mediante Resolución Nro. 1850 del 12 de marzo de 2018 y el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, por el no pago oportuno de una cesantía parcial, por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de ello, imprecisa el restablecimiento de sus derechos conculcados por el proceder de la entidad accionada, condenando a la entidad accionada a reconocer y pagar a la demandante la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006, esto es, un día de salario diario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días después de haber solicitado la cesantía y hasta tanto se hizo efectivo el pago de la misma, así como los ajustes de valor correspondientes.

Por ende, frente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el Consejo de Estado⁵ ha advertido al respecto:

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce⁶, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley⁷, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁸, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁹.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Ref: Expediente Nro. 12244, Acción: Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

⁶ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁷ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁸ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁹ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral¹⁰, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué". Fijado en consecuencia los requisitos que se requiere para que sea un acto administrativo, se procede a estudiar si, el mismo, procede frente a las dos peticiones planteadas en el acto demandado.

Características del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se regula el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el cual puede ser ejercido por la persona que se crea lesionada en un derecho amparado por la ley, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos generales o particulares y el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, en aras de lograr su pleno restablecimiento o la reparación del daño. La norma citada es del siguiente tenor:

«Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.».

¹⁰ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad "unilateral" de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

De acuerdo a la norma transcrita, la finalidad de este mecanismo se dirige a obtener la nulidad del acto administrativo general o particular contrario a la Constitución o la ley, como presupuesto para la condena, esto es, el restablecimiento de los derechos subjetivos afectados por la irregularidad o que puedan restituirse las cosas al estado anterior a la ilegalidad. De allí, que la demanda únicamente pueda ser presentada por la persona que tiene interés jurídico para restablecer su derecho particular, concreto y subjetivo.

Bajo tal égida, el Consejo de estado¹¹, ha señalado que “ (...) *el petitum en ejercicio de este medio de control, cuyo ámbito delimita la competencia del juez contencioso administrativo, deberá expresar en primer lugar, que se retire del ordenamiento jurídico el acto administrativo general o particular inconstitucional o ilegal y, en segundo, que como consecuencia directa e inmediata de la anterior, busca restablecer el derecho afectado al demandante, reparar el daño causado o la devolución de pagos indebidamente cobrados. Al respecto, la doctrina ha señalado que dado el carácter consecuencial del restablecimiento, previo a ello debe existir siempre la declaratoria de nulidad, así:*

«En la demanda, el actor debe incluir en sus peticiones, en primer lugar, que se declare la nulidad del acto administrativo que considera viciado y, en segundo lugar, la condena consecuencial de la nulidad declarada, ya sea el restablecimiento del derecho, el pago de los perjuicios que se le hayan causado o la indemnización del daño.

No puede haber restablecimiento sin nulidad previa, razón por la cual, si antes no se declara la nulidad no se puede condenar a ningún restablecimiento, ni a la devolución de ninguna suma de dinero indebidamente pagada; [...] La falta de petición de nulidad impide resolver sobre las consecuencias que se derivarían de ella [...]»¹²

Se advierte entonces cómo el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 instituye el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho con precisos caracteres que lo diferencian de otros medios de control, pues en efecto, no puede perseguirse una pretensión de restablecimiento o indemnizatoria que no se derive de retirar del ordenamiento jurídico una decisión de la administración, por lo que, puntualizando, envuelve dos pretensiones que se complementan, así: (i) declarativa: La nulidad del acto administrativo general o particular contrario a la Constitución Política o a la ley; y (ii) como consecuencia necesaria de ello, la de condena: el restablecimiento del derecho transgredido o la reparación del daño.

Ahora bien, el ejercicio de este mecanismo judicial exige el agotamiento de un requisito previo que consiste, en que el demandante debe solicitar primeramente a la autoridad o particular en ejercicio de funciones administrativas, que se pronuncie sobre la cuestión litigiosa o pretensiones del interesado, el cual se encuentra previsto en el numeral 2º del artículo 161

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, providencia del 26 de abril de 2018, Radicado 18001-23-33-000-2012-00050-01(2386-14), Actor: Martín Trujillo Tovar, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Asunto: medio control pertinente en caso del auxilio de cesantías / medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías / acción ejecutiva para la reclamación judicial de cesantías reconocidas, pero no pagadas / cesantías – título ejecutivo / acción ejecutiva laboral – competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad del trabajo y de la seguridad social.

¹² Palacio Hincapié, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 9ª Ed, 2017. Pág. 388.

del ibidem, relativo al ejercicio y decisión de los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios, así:

«Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

[...]

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.»

Entonces, conforme al ordinal 2º del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios, por lo que se constituye en un requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa, el previo agotamiento del procedimiento administrativo, dentro del cual se encuentran los recursos que tengan el carácter de obligatorios conforme a la ley”.

Análisis del problema jurídico: ¿la solicitud de pago de las cesantías ya reconocidas, pero no pagadas, procede dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho? y ¿La sanción moratoria opera de manera automática en virtud de la ley?

Entorno a las diversas hipótesis indicadas en el título del presente acápite, la Sala Plena del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación del 27 de marzo de 2007¹³ y reiterada el 26 de abril de 2018¹⁴, expuso los mecanismos judiciales procedentes así:

«[...] Conforme al texto de la norma [Ley 244 de 1995¹⁵] se presentan varias hipótesis, a partir de la petición del interesado, que pueden dar lugar a la existencia de un conflicto, así:

5.3.1 La administración no resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías.

5.3.2 La administración no reconoce las cesantías y, por ende, no las paga.

5.3.3. **La administración efectúa el reconocimiento de las cesantías.**

En este caso puede ocurrir variar posibilidades:

5.3.3.1. **Las reconoce oportunamente pero no las paga.**

5.3.3.2. **Las reconoce oportunamente pero las paga tardíamente.**

5.3.3.3. **Las reconoce extemporáneamente y no las paga.**

5.3.3.4. **Las reconoce extemporáneamente y las paga tardíamente.**

5.3.4. **Existe pronunciamiento expreso sobre las cesantías y/o sobre la sanción y el interesado no está de acuerdo con el monto reconocido.**

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, sentencia de 27 de marzo de 2007, Radicado 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ).

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, providencia del 26 de abril de 2018, Radicado 18001-23-33-000-2012-00050-01(2386-14), Actor: Martín Trujillo Tovar, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁵ «Por medio de la cual se fijan los términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones».

En las situaciones aludidas que impliquen discusión respecto del contenido mismo del derecho la Sala considera que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, en razón de que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral.

En las hipótesis en que no haya controversia sobre el derecho, por existir la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, que, en principio, podrían constituir un título ejecutivo complejo de carácter laboral, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva. V.gr. hipótesis 5.3.3.1 y 5.3.3.2.

En este caso la obligación debe reunir los requisitos previstos en los artículos 100 y siguientes del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, esto es, ser expresa, clara, exigible y constar en documento que provenga del deudor o de su causante pues el fundamento del proceso ejecutivo es la certeza sobre la existencia de la obligación.

Para que exista certeza sobre la obligación no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción moratoria, aquella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas mas no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración.

[...]

En suma la vía procesal adecuada para discutir las cesantías y el reconocimiento de la sanción moratoria es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, salvo que exista certeza del derecho y de la sanción, porque, se repite, en estos eventos procede la ejecución del título complejo.

[...]

Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho [...]». (Se subrayó).

El aparte jurisprudencial del cual el Consejo de Estado mediante la sentencia del 26 de abril de 2018 –ya citada-, concluyó: “*Del aparte transcrito, de la sentencia en cita, se puede extraer que: (i) La vía procesal adecuada para discutir el acto de reconocimiento de cesantías y la sanción moratoria, cuando el servidor público no está de acuerdo con la liquidación o el contenido del mismo, es la acción, hoy medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en razón a que el origen de la suma adeudada es una acreencia laboral; y (ii) Si por el contrario, existe un título ejecutivo complejo de carácter laboral, esto es, expreso, claro, exigible y consta en un documento que provenga del deudor o de su causante, el interesado puede acudir directamente ante la justicia ordinaria para obtener el pago mediante la acción ejecutiva, pues el fundamento del proceso es la certeza sobre la existencia de la obligación* (énfasis por fuera de texto).

En similar sentido se ha pronunciado esta Corporación en autos de 25 de septiembre de

2013¹⁶, 16 de julio de 2015¹⁷, 27 de julio de 2016¹⁸ y 2 de mayo de 2017¹⁹ en las que determinó que la competente para conocer los medios de control de nulidad y restablecimiento como la incoada por la demandante es la jurisdicción contencioso-administrativa.

De acuerdo con lo expuesto en los acápites precedentes, así como la Sentencia de Unificación y la jurisprudencia pacífica de esta Corporación señalada anteriormente, se establece que si bien el título ejecutivo complejo²⁰ constituido por la resolución de reconocimiento y la constancia o prueba del pago tardío, está integrado por un **acto administrativo** que en todo caso podrá integrarse con otros documentos a través de los cuales se acredite la existencia de una obligación clara, expresa y exigible que se demandará ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Ahora, no ocurre lo mismo frente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto pese a que se allegue el acto administrativo de liquidación de la aludida prestación social, no existe la decisión que de manera definitiva decida el fondo del asunto frente al reconocimiento o no de la sanción moratoria, dado que si bien la ley es la fuente de la obligación a cargo del empleador por el incumplimiento del término para el pago de las cesantías, es necesario que al efecto se ejercite una actuación administrativa en interés particular que derive en un acto administrativo susceptible de control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que como se expuso, éste constituye requisito sine quanon para el consecuencial restablecimiento del derecho lesionado.

¹⁶ Consejo de Estado, auto de 25 de septiembre de 2013, radicado 63001-23-33-000-2012-00146-01(2908-13), C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

¹⁷ Consejo de Estado, auto de 16 de julio de 2015, radicado 150012333000 201300480 02 (1447-2015), C. P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

¹⁸ Consejo de Estado, auto de 27 de julio de 2016, radicado 25000234200020140217701 (5021 – 2015), C. P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

¹⁹ Consejo de Estado, auto de 2 de mayo de 2017, radicado 52001233300020160006701 (0744-2017), C. P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

²⁰ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de noviembre de 2017, Radicado 15001-22-13-000-2017-00637-01, STC18085-2017, Magistrado Ponente: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA, ha sostenido que la unidad del título complejo no es física, sino jurídica, de manera que a través de varios documentos en conjunto se demuestre la existencia de una obligación clara, expresa y exigible en los términos del artículo 422 del Código General del Proceso. En esta oportunidad, esa alta Corporación señaló: **«El cobro ejecutivo de las obligaciones así fijadas, exige la integración de un título ejecutivo complejo, compuesto por la providencia judicial respectiva, sea la sentencia o el auto que aprueba la conciliación, y los recibos de pago que demuestran que dichos gastos se han efectivamente causado y la cuantía de los mismos. Esta circunstancia no impide el cobro ejecutivo respectivo, pues hoy es comúnmente admitido que la unidad del título complejo no consiste en que la obligación clara, expresa y exigible conste en un único documento, sino que se acepta que dicho título puede estar constituido por varios que en conjunto demuestren la existencia de una obligación que se reviste de esas características. Así pues, la unidad del referido título es jurídica, mas no física».**

También se colige, del precedente transcrito, que en estos casos, al configurarse la existencia de un título de carácter complejo, será imprescindible aportar con la demanda, la totalidad de los documentos que lo componen, de cuyo conjunto, no sobra insistir, se desprenda una obligación clara, expresa y exigible, en las voces del artículo 422 del Código General del Proceso, citado.» (Se destaca).

En este punto, es preciso enfatizar que la Ley 244 de 1995²¹ modificada por la Ley 1071 de 2006²², al establecer un término perentorio para el pago de las cesantías buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores²³, de modo que la sanción aludida fue establecida por el legislador como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo, por ende, **no es accesoria** a la prestación social, tal como lo consideró la Sección Segunda de esta Corporación en la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016²⁴, al considerarla como una expresión del derecho sancionador administrativo, en los siguientes términos:

«[...] Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios²⁵ a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación. [...]» (Se resalta)

En tal sentido, al tratarse de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, que no es accesoria a la prerrogativa laboral (auxilio de cesantías), no se deriva de la declaratoria de nulidad del acto de liquidación de las cesantías; para ello, es necesario que provocar un acto administrativo definitivo frente a la sanción moratoria enjuiciable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Firmeza de los Actos Administrativos.

El artículo 87 del C. de P.A. y de lo C.A. dispone que los **actos administrativos quedan en firme**:

“1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

²¹ « Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

²² «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.»

²³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 27 de marzo de 2007, Expediente IJ 2000-2513, Magistrado Ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, Radicado 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14), C.P.: Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO.

²⁵ Tal indemnización no tiene el carácter de accesoria a las cesantías, como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, Radicado 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.”

Respecto a la firmeza de los actos administrativos, el Consejo de Estado ha considerado (si bien con sustento en las disposiciones pertinentes del Decreto 01 de 1984, pero que por su interpretación material resulta aplicable a este asunto) que:

“Los actos administrativos que terminan un proceso administrativo, una vez quedan en firme en las circunstancias establecidas en la ley, pueden ser ejecutados o materializados por la administración. (...).

El carácter ejecutorio y la firmeza de los actos administrativos están sujetos a la posibilidad que tenga el administrado de conocer su contenido mediante una notificación, y se le garantiza con ello la posibilidad de solicitarle a la autoridad que lo expide que revise su contenido u oportunidad. Dijo al respecto esta Sala²⁶: “Conforme al artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos que quedan en firme al concluir el procedimiento administrativo son suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar las actuaciones necesarias en orden a hacerlos cumplir. La firmeza de tales actos es indispensable para poderlos ejecutar aún contra la voluntad de los interesados. Dicho de otro modo, la ejecutoriedad de los actos administrativos así contemplada, permite a la administración imponerlos unilateralmente mediante las actuaciones pertinentes para ello y previa firmeza de los mismos o, en términos de la doctrina, de su carácter ejecutivo.

Según ello, la ejecutoriedad depende de la firmeza del acto y esta, a su vez, de que el mismo sea oponible. La oponibilidad, por su parte, es producto de la publicidad de la decisión administrativa, la cual, en el caso de los actos particulares como los que imponen sanciones, se cumple con su notificación”.

Según lo anterior, los actos administrativos adquieren fuerza ejecutoria una vez quedan en firme, y esto supone que no pueden ser cuestionados por el sujeto a quien se dirigen, bien sea porque la posibilidad de impugnarlos se agotó sin que se hiciera uso de esta, o porque la impugnación fue resuelta en contra.”²⁷

Lo anterior significa que la conclusión del procedimiento administrativo, por lo general, apareja la expedición de un acto administrativo que crea, reconoce, modifica o extingue una situación jurídica o un derecho de igual categoría. Ese acto debe ser conocido por el interesado, con lo cual le resulta oponible, y así se garantizan los principios de publicidad y contradicción. Si de ninguna manera el acto administrativo es cuestionado, en la forma y términos que la ley establece, estos adquieren firmeza o ejecutoria, y en consecuencia, son ejecutables plenamente.

Del reconocimiento de las cesantías a los docentes y la sanción moratoria por el

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 19 de abril de 2012, expediente 17433, M.P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P.: MILTON CHAVES GARCÍA, Radicado Nro. 25000-23-37-000-2012-00477-01 (21223), sentencia del 28 de noviembre de 2018.

no pago oportuno.

En materia jurisprudencial el Consejo de Estado ha manifestado que la cesantía es una prestación social a la que tienen derecho los empleados públicos, entre ellos los del orden territorial. Esta prestación se reconoce bajo dos postulados: i) cuando existe ruptura del vínculo laboral, siendo la cesantía definitiva y ii) cuando se dan los supuestos para el otorgamiento de manera parcial, sin que el vínculo laboral cese²⁸.

Ahora bien, según lo ha señalado la Guardiania de la Carta²⁹, existen regímenes laborales especiales que garantizan un nivel de protección igual o superior en relación con los regímenes generales, teniendo dicha diferenciación plena justificación al tenor de lo expuesto en el artículo 58 de carácter superior.

De manera puntual, en la sentencia C-928 de 2006, la Corte Constitucional recordó que en materia prestacional los docentes tienen un régimen propio y dentro del mismo, existe uno de carácter especial el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003; según la Corporación, en esta normatividad se contempla las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías; lo anterior con el objeto de dar la protección y el favorecimiento a los mismos teniendo en cuenta la ardua y trascendental labor que desempeñan en la sociedad.

El tema álgido en el presente asunto se centra en que teniendo los docentes estatales un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, en dicha normatividad no se dispuso de manera expresa la posibilidad de recibir una indemnización producto de la sanción por el no pago oportuno del auxilio en comento, como sí se contempla en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público, recibiendo *per se* un trato claramente diferenciado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en **sentencia de unificación SU-336** del 18 mayo de 2017³⁰, manifestó que aunque los docentes 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*³¹; lo anterior, teniendo en cuenta el espíritu de la norma, pues *la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucrando a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.*

En este orden de ideas, independientemente del tipo de docente *-nacional o nacionalizado-* o de que si tienen o no régimen especial, en aras de materializar el derecho a la igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P.: JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE; sentencia del 29 noviembre de 2007, Radicado 73001-23-31-000-2001-02988-01(2271-05).

²⁹ Sentencia C-566 de 1997.

³⁰ Magistrado Ponente IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

³¹ Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.

se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales, la Corte Constitucional concluye que, a los docentes oficiales se les debe reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías una vez el juzgador verifique los presupuestos para acceder a ella.

A las siguientes conclusiones llegó la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-336 del 18 mayo de 2017, referida:

(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 1989³².

(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.

(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012).

Recientemente, la Corte Constitucional se pronunció nuevamente, en sentencia **SU-332 del 25 de julio de 2019**, Magistrada sustanciadora Gloria Stella Ortiz Delgado, en la cual la Sala Plena llegó a las siguientes conclusiones:

52. En síntesis, con base en la jurisprudencia constitucional, es posible concluir que
(i) el pago oportuno de las cesantías es una garantía de todos los trabajadores,

³² Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.

protegida por la Constitución; (ii) los miembros del Magisterio gozan de un régimen prestacional especial, en razón de la labor que desarrollan y su vinculación con el Estado; (iii) los docentes oficiales se pueden catalogar como empleados públicos, en razón de las funciones que desarrollan, el régimen de carrera al que se encuentran sometidos y la vinculación mediante nombramiento, que da lugar a una relación legal y reglamentaria; (iv) los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías.

Entonces, según la jurisprudencia constitucional, los docentes son acreedores a la indemnización por el no pago oportuno de sus cesantías, cuestión ampliamente debatida en la sentencia SU-336 de 2017 y, la razón obedece a que estos se equiparan a los demás servidores públicos respecto a este asunto para efectos de dar aplicación al principio de favorabilidad, según lo expuesto en precedencia.

No obstante lo anterior, es pertinente advertir que al realizar el análisis del tema en particular, ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado tuvieron en cuenta la existencia de los dos regímenes de cesantías vigentes en los docentes: el de retroactividad y el anualizado y que mantuvo la ley 91 de 1989, por lo que de acuerdo al cual pertenezca el docente le es mayor o en menor caso beneficioso el pago de su prestación al momento de hacer el cálculo aritmético.

Del término para computar la mora en el pago de las cesantías de los docentes.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de unificación por importancia jurídica, CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, expediente Nro. 73001-23-33-000-2014-00580-01, interno Nro. 4961-2015, concluyó dada la divergencia en la aplicación del cómputo para establecer la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías lo siguiente:

“En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a que en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social –cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006³³), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011³⁴) [5 días si la petición se

³³ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

[...]

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

³⁴ «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

[...]

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

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación

presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51³⁵, y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006³⁶. (Resaltado por la Sala)

En este orden de ideas, el cómputo por el término total de la sanción moratoria varía entre 65 días (teniendo en cuenta si la petición se presentó durante la vigencia del Decreto 1º de 1984) o de 70 días (si la petición se presentó en vigencia del C. de P.A. y de lo C.A.), lo anterior, por cuanto el término de la ejecutoria de la decisión varía de 5 a 10 días.

En lo relativo a la competencia para el pago de la prestación y por supuesto de la sanción por mora.

A este respecto ha dicho el Consejo de Estado:

“Si bien la fiduciaria es la encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

El objeto de la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar³⁷ una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba, circunstancia que en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 de la precitada ley, el cual, no hace otra cosa que reafirmar

o publicación según el caso.

2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.

4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.

5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

³⁵ «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.
[...]*»

³⁶ «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.»

³⁷ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “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.”

dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”

*Así las cosas, en lo que tiene que ver con las prestaciones sociales del magisterio y pese a que en efecto la facultad nominadora se encuentre en cabeza de las secretarías de educación del nivel territorial, se tiene que es ésta una competencia dada al respectivo Fondo mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaría de Educación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley 962 de 2005 artículo 56, por lo tanto, encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto **el reconocimiento como el pago de las cesantías de los docentes**, es ostensible que el restablecimiento en tratándose de controversias relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, corresponde a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser en cabeza de quien se encuentra el patrimonio autónomo creado por la ley para el pago de los factores prestacionales de sus afiliados”.³⁸ (Resaltado original)*

Conforme lo establecido por el Consejo de Estado, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada tanto del reconocimiento como del pago de las cesantías de los docentes.

En resumen, dicho Órgano de Cierre en la jurisprudencia de unificación en cita fijó las siguientes reglas frente al presente tópico:

“PRIMERO: 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 por mora en el pago de las cesantías.

SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

i) En el evento en que el acto que reconoce las cesantías definitivas y parciales se expida 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.

*ii) 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 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. **Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos,***

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 8 de junio de 2017, Radicado 17001-23-33-000-2013-00624-02 (3931-14), Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

iii) Cuando se interpone 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.

TERCERO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que, en 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.

CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA. (...)."
(Negrilla y resalto por fuera de texto)

De lo expuesto, se concluye que con posterioridad a la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías "parciales o definitivas", la entidad cuenta con 15 días para expedir el acto administrativo de reconocimiento. No obstante, si durante dicho término la entidad guarda silencio o se pronuncia en forma tardía, se efectúa el control de ejecutoria de la resolución del reconocimiento de cesantías, y a partir de allí se contabilizará el término de 45 días hábiles para que se haga efectivo el pago de las cesantías. Una vez vencido éste, se empezará a generar mora, la cual dará lugar a la imposición de sanción de un día de salario por cada día de retardo.

Significa lo anterior que los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento de la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías establecido en el régimen general de Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, con sustento en las reglas fijadas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las cuales son acogidas en su integridad por el Despacho.

Del material probatorio.

- Formato único para la expedición de certificado de salarios devengados por la señora Fany Naranjo Bermúdez, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 39.563.372 en los años 2013 a 2021 y expedida por el Fomag – Secretaría de Educación Departamental (fls. 1 a 3 y 88 a 90 renglón 35 expediente administrativo). El presente medio de prueba fue allegado al plenario, en acatamiento al deber legal que tienen las entidades públicas de remitir el expediente administrativo del demandante.
- Formato único para la expedición de certificados de historial laboral la señora Fany Naranjo Bermúdez, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 39.563.372 expedida por el Fomag – Secretaría de Educación Departamental (fls. 4 a 6 y 83 a 87 renglón 35 expediente administrativo). El presente medio de prueba fue allegado al plenario, en acatamiento al deber legal que tienen las entidades públicas de enviar el expediente administrativo del demandante.
- Extracto de intereses a las cesantías expedido por la Fiduprevisora S.A. – Fomag, en el que se establece las cesantías que afectan los intereses a las

- cesantías y los ya pagados en los años 1995 a 2011; y los pagos realizados a partir de 1997 a 2012 (fl. 7 renglón 35 expediente administrativo).
- Notificación de cesantías liquidadas durante los periodos 1 de enero al 31 de diciembre de 2012, 1 de enero al 31 de diciembre de 2013, 1 de enero al 31 de diciembre de 2014, 1 de enero al 31 de diciembre de 2015 y 1 de enero al 31 de diciembre de 2016 (fls. 8 a 15 renglón 35 expediente administrativo).
 - Contrato de remodelación y mantenimiento de bien inmueble ubicado en la Carrera 11 Nro. 32-21 Barrio Miraflores de Girardot - Cundinamarca, matrícula inmobiliaria 307-7339 celebrado por la señora Fany Naranjo Bermúdez (fls. 17 a 30, renglón 35 expediente administrativo).
 - Resolución Nro. 979 del 18 de septiembre de 2009, suscrita por el Secretario de Educación Departamental y el Profesional Universitario del Fomag, *“por la cual se reconoce y ordena al pago de una cesantía parcial para compra de vivienda”* a la señora Fany Naranjo Bermúdez (fls. 33 a 37, renglón 35 expediente digital).
 - Formato de solicitud de cesantías parcial de la Secretaría de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “Fomag” del 26 de septiembre de 2017 (fls. 40 a 42, renglón 35 expediente digital).
 - Resolución Nro. 4855 del 10 de octubre de 2013, suscrita por el Secretario de Educación Departamental y el Profesional Universitario del Fomag, *“por la cual se reconoce y ordena al pago de una cesantía parcial para construcción de vivienda”* a la señora Fany Naranjo Bermúdez (fls. 43 y 45, renglón 35 expediente digital).
 - Resolución Nro. 3470 del 19 de junio de 2017, por la cual el Departamento del Tolima resuelve negar la solicitud de cambio de régimen de cesantías de anualidad a retroactividad elevada por la señora Fany Naranjo Bermúdez, mediante derecho de petición (fls. 49 a 54, renglón 35 expediente digital).
 - Resolución Nro. 1850 del 12 de marzo de 2018, suscrita por el Secretario de Educación Departamental y el Profesional Universitario del Fomag, *“por la cual se reconoce y ordena al pago de una cesantía parcial para reparación de vivienda”* a la señora **Fany** Naranjo Bermúdez (fls. 46 a 48 y 65 a 90, renglón 35 expediente administrativo, fls. 23 a 26, renglón 1 cuaderno principal).
 - Derecho de petición elevado por la señora Fany Naranjo Bermúdez, en el que solicitó se esclarecieran las cesantías (fls. 55 a 56, renglón 35 expediente digital).
 - Hoja de revisión de las cesantías reportadas por los años 1995 a 2016, por los tiempos de servicio 10 de enero de 1995 a 30 de diciembre de 2016 (fls. 60 a 62 y 73 a 75 renglón 35 expediente digital).
 - Oficio elevado por la apoderada de la señora Fany Naranjo Bermúdez ante la Secretaría de Educación Departamental – Fomag, en el que solicita el pago de las cesantías reconocidas mediante Resolución Nro. 1850 del 12 de marzo de 2018 y reconocimiento y pago de la sanción moratoria remitido vía correo certificado de fecha 11 de julio de 2019 (fls. 19 a 21, renglón 1 cuaderno principal).
 - Guía postal Nro. 700027098112, en la que se remite por medio de la empresa Interrapidísimo la solicitud de pago de cesantías, la cual de conformidad con la página web de dicha entidad, fue entregada el día 12 de julio de 2019 en

debida forma (fls. 19 a 21, renglón 1 cuaderno principal).

Caso Concreto.

Del material probatorio obrante en el cartulario se encuentra acreditado que la señora Fany Naranjo Bermúdez prestó sus servicios como docente de vinculación Municipal Recursos Propios en la institución Educativa sede San Luis del Municipio de Flandes - Tolima, desde el 10 de enero de 1995 al 30 de diciembre de 2016 de forma continua, según se vislumbra en la Resolución Nro. 1850 de 12 de marzo de 2018, regulado por el numeral 3º. del artículo 15 de la Ley 91 de 1989:

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

(...)

3. Cesantías. (...)

Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 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 aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”.

En cuanto a la acreditación del trámite cumplido por la entidad demandada, frente a la solicitud de cesantías parciales efectuada por la señora Fany Naranjo Bermúdez, *i.* se aportó al expediente copia de la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial (fls. 46 a 48 y 65 a 90, renglón 35 expediente digital), *ii.* se aprecia el régimen de sus cesantías es anual - nacional (fls. 4 a 6 y 83 a 87 renglón 35 expediente administrativo), *iii.* que la demandante presentó su solicitud para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales el 26 de septiembre de 2017 (fls. 46 a 48 y 65 a 90, renglón 35 expediente digital), siendo reconocidas mediante Resolución Nro. 1850 del 12 de marzo de 2018 (fls. 46 a 48 y 65 a 90, renglón 35 expediente digital), no obstante, no obra dentro del proceso constancia en la que se advierta que fueron pagadas a la demandante de manera efectiva.

Posteriormente, el **12 de julio de 2019** la demandante por intermedio de apoderada judicial solicitó a la entidad demandada, además del pago de las cesantías reconocidas, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de sus **cesantías parciales para reparación de vivienda** (fls. 46 a 48 y 65 a 90, renglón 35 expediente digital); se advierte que, a la fecha de presentación de la demanda, la petición no fue atendida por la entidad demandada, en tanto no obra documento alguno que así lo acredite.

De lo hasta aquí analizado, advierte el Despacho la necesidad de realizar una precisión, previo a descender al fondo del asunto.

De los hechos alegados por el actor y acreditados en el expediente de la referencia, se advierte que mediante Resolución de 12 de marzo de 2018 le fueron liquidadas las cesantías parciales del periodo comprendido en los años 1995 a 2016, teniendo en cuenta que ya se habían realizado varios reconocimientos de cesantías parciales a través de los actos administrativos Nro. 979 del 21 de enero de 2010 y 4855 del 26 de febrero de 2014, le fue descontada a la suma liquidada (\$36.539.157) el valor de \$18.155.408, quedando como saldo líquido y, a reconocer mediante la Resolución Nro. 1850 del 12 de marzo de 2018 el valor de \$18.383.749. Resolución que fuera notificada personalmente a la señora Fany Naranjo Bermúdez el día 15 de marzo de 2018 (fl. 18, renglón 35 expediente digital). Ha de indicarse que respecto de esta resolución no hay prueba en el proceso de que hubiere sido revocada o modificada, o que contra la misma se hubieren interpuesto recursos, y que estos se hubieren resuelto en uno u otro sentido, cobrando así fuerza ejecutoria y ejecutoriedad.

Así las cosas, en consideración a que las cesantías reconocidas, y cuyo valor no cuestiona la actora, no le fueron pagadas, la señora Fany Naranjo Bermúdez por escrito del 11 de julio de 2019 solicitó a la entidad que le cancelaran las cesantías reconocidas en la resolución referenciada y el pago de la sanción o indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995; se advierte que a la fecha de presentación de la demanda, la petición no fue atendida por la entidad demandada, en tanto no obra documento alguno que así lo acredite.

Bajo las premisas indicadas en el acápite normativo y jurisprudencial frente a la pretensión de pago de las cesantías, para el Despacho es claro que la jurisdicción competente para conocer del *sub lite* no puede ser la Contencioso Administrativa, toda vez que el presente caso se suscitó –tal como quedó advertido–, como consecuencia de no cancelar las cesantías parciales, que se encontraban contenidas en la Resolución Nro. 1850 del 12 de marzo de 2018, pues tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado *“Para que haya certeza sobre la obligación de cancelar la sanción moratoria no basta que la ley disponga su pago, ya que, si bien aquella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías, se hace imperioso que el interesado provoque una manifestación de la administración. Ahora, si dicho pronunciamiento es positivo y el servidor está conforme con lo resuelto, podrá usarlo como título ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar el valor allí reconocido; si es negativo o disiente del valor reconocido, esa decisión será susceptible de cuestionarse ante esta jurisdicción. En todo caso, siempre se requiere provocar una determinación de la entidad empleadora sobre el particular”*³⁹.

Motivo por el cual no hay razones para dudar que el conocimiento de la pretensión del pago de las cesantías reconocidas, radica en la jurisdicción ordinaria. En punto a lo anterior, viene preciso advertir que ha sido reiterada la jurisprudencia contenciosa, en el sentido que la resolución administrativa por medio de la cual se reconoce el pago de cesantías, constituye título ejecutivo y puede ser reclamada por la vía judicial correspondiente siendo ésta la acción ejecutiva, ello por cuanto la parte actora no puede pretender un pronunciamiento de fondo a través del presente medio de control para darle alcance a un acto administrativo, que de manera, *per se*,

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, providencia del 26 de abril de 2018, Radicado 18001-23-33-000-2012-00050-01(2386-14), Actor: Martín Trujillo Tovar, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

constituye un acto ejecutable a través de la acción ejecutiva, pues dentro del plenario no existe ningún pedimento de nulidad frente al acto administrativo que reconoció las cesantías, tan solo, su pago.

Frente a lo aquí establecido, el Consejo de Estado⁴⁰ se apoya en la siguiente doctrina:

«En la demanda, el actor debe incluir en sus peticiones, en primer lugar, que se declare la nulidad del acto administrativo que considera viciado y, en segundo lugar, la condena consecuencial de la nulidad declarada, ya sea el restablecimiento del derecho, el pago de los perjuicios que se le hayan causado o la indemnización del daño.

No puede haber restablecimiento sin nulidad previa, razón por la cual, si antes no se declara la nulidad no se puede condenar a ningún restablecimiento, ni a la devolución de ninguna suma de dinero indebidamente pagada; [...] La falta de petición de nulidad impide resolver sobre las consecuencias que se derivarían de ella [...].»⁴¹

Así las cosas y de lo extraído de la jurisprudencia y doctrina en cita, se concluye que para demandar por el medio de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe cumplir no solo formalmente sino también materialmente con estos requisitos, pues si no lo hace, hay una ineptitud sustancial de la demanda que, conforme a la reiterada jurisprudencia constitucional y contenciosa⁴², impide al operador judicial pronunciarse sobre el fondo. Así las cosas, y si bien es cierto por regla general el examen sobre la aptitud de la demanda se debe realizar en la etapa de admisibilidad, ello no es óbice para que este tipo de decisiones se adopten en la sentencia, por lo que el Despacho procederá declararse de manera parcial inhibido⁴³ para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión de pago de las cesantías reconocidas por ineptitud sustantiva de la demanda, ya que el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento solo puede adelantarse cuando efectivamente exista una solicitud de nulidad, esto es, una acusación en debida forma de un ciudadano contra un acto administrativo general o particular por violación a una norma o disposición legal o constitucional.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, providencia del 26 de abril de 2018, Radicado 18001-23-33-000-2012-00050-01(2386-14), Actor: Martín Trujillo Tovar, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Asunto: medio control pertinente en caso del auxilio de cesantías / medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías / acción ejecutiva para la reclamación judicial de cesantías reconocidas, pero no pagadas / cesantías – título ejecutivo / acción ejecutiva laboral – competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad del trabajo y de la seguridad social.

⁴¹ Palacio Hincapié, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. Librería Jurídica Sánchez R Ltda., 9ª Ed, 2017. Pág. 388.

⁴² Corte Constitucional, sentencia C-088 del 27 de febrero de 2019, Magistrado ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, Acción pública de inconstitucionalidad presentada por Vivian Alvarado Baena contra los numerales 5 del inciso segundo del artículo 87 y 2 del artículo 92 de la Ley 1801 de 2016.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre 2017, radicación 66001-23-33-000-2015-00483-01 CP. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO: “Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la Sala Plena de esta corporación adoptó un criterio según el cual <<De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa de esta Corporación, si las causas que originaron el ejercicio del medio de control desaparecen, el juez debe declararse inhibido para resolver el asunto ya que no hay objeto que se sujete a una sentencia. Lo anterior, porque la sustracción de materia, admitida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como causal para inhibirse, opera cuando la relación sustancial o material que originó la litis ha variado de sentido, o incluso desaparecido”.

Por tanto, se infiere, de la interposición de la pretensión de pago de cesantías, ante esta jurisdicción y por el medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, que lo pretendido por el actor era buscar el cumplimiento de un acto administrativo a través de una sentencia declarativa, circunstancia esta que no procede, por el contrario, dicha circunstancia tiene la virtualidad de configurar la indebida escogencia de la acción y en consecuencia, la falta de jurisdicción, toda vez que la competente para conocer de la misma es la jurisdicción ordinaria y no ésta; obligando, precisamente este operador judicial a no resolver de fondo, ya que, al hacerlo, invadiría la órbita propia de una jurisdicción distinta, con ostensible violación del debido proceso y en clara extralimitación de funciones públicas, lo que justifica la inhibición, por lo que, se procederá a declarar la excepción de oficio de falta de jurisdicción⁴⁴ dentro del asunto por la pretensión en cita.

Aunado a las premisas legales y jurisprudenciales citadas, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contempla, en cuanto a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, la siguiente cláusula general de competencia:

“ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

4. Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

(...)”

En el artículo 105 *ibídem*, se establece que esta jurisdicción no conoce de:

“(...). 4. Los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales.”

En orden a lo anterior, se declarará la excepción de falta de jurisdicción y se dispondrá, conforme al artículo 138 del C.G. del P., por Secretaría se remita el presente expediente junto con sus anexos a la Oficina judicial, para que sea repartido ante los Jueces Laborales del Circuito de Ibagué (reparto), para lo de su competencia.

Ahora bien, en cuanto a la segunda pretensión, *“(...) es pertinente señalar que, en punto del debate relacionado con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, el interesado, previo a instaurar la demanda, debe acudir en sede administrativa para reclamar este derecho, en virtud del denominado “privilegio de la*

⁴⁴ **Artículo 16. Prorrogabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción y la competencia.** La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo.

*decisión previa*⁴⁵, según el cual, la administración pública no puede ser llevada a juicio ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, si previamente no se ha requerido por parte del administrado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez, como en efecto ocurrió en el presente caso⁴⁶.

Así entonces, como lo instauro la demandante, el acto sí es susceptible de control judicial, dado que contiene una decisión negativa respecto de lo pretendido, en cuanto no accedió a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, razón por la cual, contrario a lo analizado frente a la primera pretensión, este acto de 12 de marzo de 2018 creó una situación jurídica particular y concreta respecto de la demandante, que puede someterse a control de legalidad. Lo contrario, significaría un desconocimiento, a su turno, de su **derecho a reclamar**, primero, en sede administrativa, y luego, en la judicial, el pago de la sanción o indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, correspondiente a un día de salario por cada día de retraso en su pago, de lo contrario, afirma el órgano de cierre contencioso, se estaría vulnerando su derecho de acceso a la administración de justicia, para que sea en ese escenario judicial, en donde se defina si tiene o no derecho a la sanción moratoria deprecada, por lo que el Despacho procede a continuar con el estudio de dicha pretensión.

Maxime, si se tiene en cuenta que en virtud del criterio unificador de la Sección Segunda de dicha Corporación en la sentencia de 25 de agosto de 2016, la sanción moratoria **no es accesoria a la prestación social - cesantías**, pues si bien se causan en torno a ella, no dependen directamente de su reconocimiento y/o reliquidación, entre otros, pues su origen es excepcional y tiene lugar por disposición de la ley a título de correctivo pecuniario por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación del valor correspondiente por el auxilio causado en cada anualidad.

En torno al reconocimiento de la sanción mora, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-336 de 2017 y lo dicho por el Consejo de Estado en providencias en las cuales ha reconocido el derecho al pago de la sanción moratoria por vía de tutela, como en la sentencia del 31 de julio de 2020⁴⁷, sin hacer distinción alguna sobre

⁴⁵ PALACIO HINCAPIÉ Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición 2006. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Págs. 54-55.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA, sentencia del 16 de julio de 2020, Radicado 11001-03-15-000-2020-02286-00(AC), Actor: Orlando Daniel Uparela Uparela, Demandado: Tribunal Administrativo de Sucre y Otro.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, Radicado 11001-03-15-000-2020-02833-00, “...la Sala encuentra que en el presente asunto se configuró un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente, toda vez que el fallo proferido el 14 de noviembre de 2019 por el Tribunal Administrativo del Tolima no se acomodó con las reglas establecidas en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la cual se definió el criterio respecto a la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales en favor de los docentes oficiales.

55. En esa medida, para la Sala resulta claro que la posición jurisprudencial que había sido definida en el fallo del 7 de diciembre de 2017, proferido por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, acogido por el tribunal para adoptar su decisión, además de que no correspondía un caso específico de docentes, lo cierto es que también fue revaluada y recogida con la sentencia de la Sala Plena de 18 de julio de 2018, de ahí que para la fecha en que se profirió la providencia enjuiciada-14 de noviembre de 2019-, dicha postura ya había perdido vigencia.

la procedencia del reconocimiento de la sanción por mora en el pago de las cesantías a favor del personal docente tanto nacional como nacionalizado y/o retroactivo, resta establecer el término en el que se pagaron las cesantías parciales de la docente y con ello determinar los días que tardó la administración para el pago efectivo del auxilio en mención, para ello la Ley 1071 de 2006 establece en su artículo 4º parágrafo, que en caso que la entidad observe que la solicitud para el pago de cesantías estuviere incompleta, lo debe informar al peticionario para que éste subsane o allegue los documentos faltantes; lo anterior, dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibo de la solicitud.

En el expediente no se halló documento alguno que acreditara tal circunstancia, y por su parte, de la lectura de la resolución que reconoció y ordenó el pago de **cesantías parciales para reparación de vivienda** a favor de la demandante, se colige que aquella presentó todos los documentos requeridos por la administración para el reconocimiento y pago de dicha prestación.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006 y la citada jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la administración contaba con 65 días hábiles a partir de la primera solicitud presentada por la demandante, y a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴⁸, aumentó a un total de **70 días hábiles**⁴⁹, para reconocer y pagar

56. *De esa manera, la Sala advierte que la sentencia de unificación resultaba de forzosa aplicación por parte del tribunal, por cuanto no solo fue proferida por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, sino también porque se encargó de unificar el alcance e interpretación del derecho al pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías para los docentes, sin importar el régimen al que pertenecieran -retroactivo o anualizado.*

57. *En este punto es importante resaltar que la providencia que el actor alega como desconocida no hizo diferenciación alguna entre el régimen de retroactividad y el anualizado, para reconocer y pagar las cesantías o la sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas, por lo que considera la Sala que el Tribunal Administrativo del Tolima se extralimitó en su decisión.*

58. *Por consiguiente, para la Sala la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 18 de julio de 2018, al tener el carácter de precedente vinculante, debió ser objeto de estudio y análisis al momento de resolver la segunda instancia dentro del proceso ordinario, por tratarse del mismo tema de estudio y porque, como ya se dijo, unificó el alcance e interpretación del derecho al pago de la sanción moratoria por la cancelación tardía de las cesantías para los docentes, sin importar el régimen al que pertenecieran.*

59. *Así pues, al existir una sentencia de unificación de esta Corporación sobre el tema específico que en el proceso ordinario se discutía, lo procedente era aplicarla y estudiar el caso según los criterios y las reglas jurisprudenciales en ella fijadas, lo cual no se hizo por parte del ad quem.*

60. *Por consiguiente, a juicio de la Sala, se configuró el defecto por desconocimiento del precedente, por cuanto el tribunal revocó la sentencia de primera instancia, sin tener en cuenta lo establecido por la Sección Segunda de esta Corporación en la providencia de unificación del 18 de julio de 2018.*

61. *En consecuencia, como en el sub lite se advierte que la autoridad judicial accionada adoptó una decisión trasgresora de los derechos fundamentales cuyo amparo aquí se reclama, se dejará sin efecto el fallo proferido el 14 de noviembre de 2019 y, en su lugar, se le ordenará al Tribunal Administrativo del Tolima que profiera una nueva sentencia en la cual se tengan en cuenta las consideraciones expuestas en esta providencia y, conforme a la referida jurisprudencia administrativa vigente sobre la materia, determine si hay lugar o no a acceder a las pretensiones de la demandante.*

⁴⁸ 2 de julio de 2012.

⁴⁹ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena, Radicado Nro. 73001-23-33-000-2014-00580-01, CE-SUJ-SII-012-2018. 18 de julio de 2018.

dicha prestación social de forma efectiva, término que comprendía **15 días** destinados al reconocimiento de la prestación, que se cumplieron en las fechas que a continuación se indica, sin que el acto de reconocimiento hubiere sido expedido dentro de los citados **15 días**.

A ello le sumamos diez (10) días de ejecutoria en los términos de los artículos 76 y 87 del C. de P.A. y de lo C.A., como quiera que “los términos de notificación y de ejecutoria no corren para sanción moratoria” de conformidad con lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado⁵⁰ y finalmente **cuarenta y cinco (45) días** para el pago de las cesantías contados a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las mismas, conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

En este orden de ideas, tal y como se consignó en el acápite normativo a partir de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías **-26 de septiembre de 2017-**; petición que se efectúa durante la vigencia de la Ley 1437 de 2011, el término es de 70 días para que la administración reconozca y pague las cesantías solicitadas, superado éste, se incurre en sanción moratoria.

Así las cosas y **advertido** que en casos de renuncia a los términos de notificación y ejecutoria del acto de reconocimiento de la prestación no corren en contra del empleador para efectos de cómputo de la sanción moratoria, en el caso de marras los cálculos temporales son como se muestran en la siguiente tabla:

Radicación de la solicitud. (Art. 4º Ley 1071 de 2006) Término: 15 días	26 de septiembre de 2017
Vencimiento del término para reconocimiento.	18 de octubre de 2017
Vencimiento del término de ejecutoria (10 días). Art. 76 C. de P.A. y de lo C.A.	1 de noviembre de 2017
Vencimiento para el pago de la obligación (45 días). Art. 5º Ley 1071 de 2006 A partir del día siguiente inicia el periodo de mora	11 de enero de 2018
Resolución de reconocimiento (Resolución 1850).	12 de marzo de 2018
Pago efectivo	No se ha realizado

Frente a la exigibilidad de la sanción mora, señala el Consejo de Estado que *“determinar una fecha expresa para que el empleador realice la consignación respectiva y prever, a partir del día siguiente, una sanción por el incumplimiento en esa consignación implica que la indemnización moratoria que surge como una nueva obligación a cargo del empleador, empieza a correr desde el momento mismo en que se produce el incumplimiento. **Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.***

Igualmente, la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que una vez efectuada la liquidación y reconocimiento de las cesantías, la obligación en cabeza de la

⁵⁰ Sentencia de unificación, ibídem.

*entidad empleadora es pagarlas en su totalidad, **de tal suerte que su incumplimiento, ya sea total o parcial, da lugar a reclamar el pago de la sanción***⁵¹.

En otra oportunidad, dicha Corporación ha señalado “(...) que **la sanción moratoria se causa de forma autónoma, por el solo incumplimiento del plazo legal para el pago de las cesantías. Es decir, no se supedita al pago efectivo de las cesantías.** En aplicación del criterio jurisprudencial expuesto, según el cual la sanción moratoria es prescriptible y se aplica el término previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵² (...).

Lo anterior nos indica que desde el **12 de enero de 2018 hasta el día anterior al pago efectivo de la obligación** según constancia de la Fiduprevisora, se genera la sanción moratoria por el no pago de las cesantías parciales.

Del anterior cuadro informativo de fechas, se colige que la administración incumplió con los términos establecidos en las disposiciones citadas para efectos del pago de las **cesantías parciales** de la demandante, situación que da lugar al pago de la sanción de indemnización moratoria por su pago inoportuno.

Ha de tenerse en cuenta que los postulados constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho, consagran el pago oportuno de salarios, pensiones y demás prestaciones sociales, como una responsabilidad y deber inexcusable en cabeza de la administración para con sus empleados y funcionarios; razón por la cual el legislador, a manera de sanción, atribuyó una consecuencia económica al retraso en el desembolso del auxilio en comento, consistente en un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se verifique efectivamente el pago de la cesantía.

Conforme a lo anterior, el Despacho encuentra prueba de la ilegalidad del acto administrativo demandado en razón a que infringió normas en las cuales deberían fundarse, dado que efectivamente la entidad demandada incurrió en mora de manera injustificada respecto al pago de la prestación económica reclamada por la demandante.

De otro lado, resulta pertinente aclarar que el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, mediante proveído del 26 de agosto de 2019, C.P. William Hernández Gómez, aclaró los límites y la interpretación que se ha efectuado a la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 frente al ajuste de valor de la suma a pagar por sanción moratoria; en la causal se consideró:

“... la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. B) Cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del 30 de marzo de 2017, Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Radicado 08001-23-33-000-2014-00332-01, Interno: 3815-2015, Actor: Juan Carlos Torres Trillos, Demandados: Departamento del Atlántico, Contraloría General del Atlántico, Tema: Sanción moratoria – Leyes 50 de 1990 y 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del 15 febrero de 2018, Radicado 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14), Actor: Elizabeth Nadal Julio, Demandado: Departamento del Chocó – Departamento Administrativo de Salud y Seguridad Social del Chocó en Liquidación.

ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia –art 187- y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA. (...)

En conclusión: No es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización, sin embargo el valor total generado sí se ajustará en su valor desde la fecha que cesó dicha mora (10 de julio de 2015) hasta la ejecutoria de la sentencia”

Así las cosas, por tratarse de una penalidad económica y debido a la naturaleza sancionadora de la sanción deprecada, el Despacho negará la indexación de la sanción moratoria durante su causación. Ahora bien, se dispondrá que la suma total debida por concepto de sanción moratoria se ajuste desde el día siguiente en que la misma cesó hasta la ejecutoria de la presente sentencia, conforme lo dispone el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A.

Conforme lo dispuesto en el artículo 83 del C. de P.A. y de lo C.A., se entenderá que si transcurridos 3 meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, la respuesta de la misma es negativa.

Por lo anterior, se encuentra acreditada la existencia del **acto ficto o presunto negativo** derivado de la reclamación efectuada por la demandante a través del radicado **12 de julio de 2019**⁵³; solicitud de la cual no se recibió respuesta por parte de la entidad demandada, aun al momento de presentación de la demanda el 20 de enero de 2020 (fls. 3, renglón 1 expediente digital).

En consecuencia, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarándose la nulidad del **acto ficto o presunto negativo derivado de la petición radicada el día 12 de julio de 2019 y configurado el 12 de octubre de 2020**, por medio de la cual la señora **Fany Naranjo Bermúdez** solicitó por intermedio de apoderada judicial a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus **cesantías parciales**.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada a reconocer y pagar a la señora **Fany Naranjo Bermúdez** el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el 12 de enero de 2018 y hasta el día anterior al que se efectuó el pago efectivo de la obligación, sanción que deberá pagarse en los términos del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

Finalmente, y, en consecuencia, se declararán no probadas las excepciones propuestas por el Departamento del Tolima que denominó: *“improcedencia pago sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima, Cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima e Imposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente se le reconocieran al actor por la presunta sanción moratoria”*.

Prescripción: En lo que respecta a la prescripción, el Despacho realiza su análisis en los siguientes términos:

⁵³ Guía postal Nro. 700027098112, Empresa de Correo Postal Interrapidísimo.

Fecha Solicitud Cesantías	Fecha Exigibilidad del Derecho	Fecha Reclamación que interrumpe prescripción	Fecha Presentación Demanda	Decisión
26 de septiembre de 2017	12 de enero de 2018	12 de julio de 2019	20 de enero de 2020	No operó Prescripción

Sobre la prescripción extintiva de la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantías, ha señalado el H. Consejo de Estado⁵⁴ que **la sanción moratoria se causa de forma autónoma, y no por el solo incumplimiento del plazo legal para el pago de las cesantías. Es decir, no se supedita al pago efectivo de las mismas.** En aplicación del criterio jurisprudencial, la sanción moratoria es prescriptible y se aplica el término previsto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Así las cosas, y de acuerdo con lo probado en el expediente, mediante solicitud radicada bajo el Nro. 2017-CES-487846 del 26 de septiembre de 2017, la señora **Fany Naranjo Bermúdez** solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales que le corresponden como docente nacionalizado, siendo evidente que los setenta (70) días con que contaba la administración para proferir la resolución de reconocimiento y pago se extendieron hasta el día 27 de diciembre de 2013. Por consiguiente, los tres (3) años con que contaba la demandante para reclamar el pago de la sanción por mora en el pago de sus cesantías se extendieron hasta el día 11 de enero de 2018 y como la reclamación para el pago de la sanción moratoria se elevó el día 12 de julio de 2019, se concluye que para esa oportunidad el derecho reclamado no se encontraba prescrito.

Condena en costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A., en consonancia con lo indicado en el artículo 365, numeral 1 del C.G. del P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, a la parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Para tal efecto se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la suma de \$100.000 pesos, que deberán ser incluidas en las costas del proceso.

De otra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 se exhortará al Departamento del Tolima, para que realice las gestiones administrativas a su cargo, esto es, la elaboración del proyecto de resolución dentro del término que establece la ley con el fin que se logre dar efectivo cumplimiento de la condena aquí impuesta.

Decisión.

⁵⁴ Consejo de Estado, sentencia del 15 de febrero de 2018, C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicado: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14).

En mérito de lo expuesto el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

PRIMERO: DECLARARSE inhibido parcialmente para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión de pago de las cesantías reconocidas por ineptitud sustantiva de la demanda

SEGUNDO: DECLARAR la excepción de falta de jurisdicción respecto de la pretensión de pago de las cesantías reconocidas a la señora **Fany Naranjo Bermúdez**, mediante Resolución Nro. 1850 de 2018, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Por Secretaría, remítase el presente expediente digital junto con sus anexos a la Oficina judicial, para que sea repartido ante los Jueces Laborales del Circuito de Ibagué (reparto), para lo de su competencia.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el Departamento del Tolima denominadas *improcedencia pago sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima, Cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima e Imposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente se le reconocieran al actor por la presunta sanción moratoria*”, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR la existencia del **acto ficto o presunto negativo** derivado de la reclamación efectuada por la señora **Fany Naranjo Bermúdez**, a través del **oficio radicado el día 12 de julio de 2019**, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR la **nulidad del acto ficto o presunto negativo derivado de la petición radicada el día 12 de julio de 2019 y configurado el 12 de octubre de 2019**, por medio del cual la señora **Fany Naranjo Bermúdez** solicitó por intermedio de apoderada judicial a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEXTO: ORDENAR a título de restablecimiento del derecho que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconozca y pague a la señora **Fany Naranjo Bermúdez** el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el **12 de enero de 2018 y hasta el día anterior al que se efectuó el pago efectivo de la obligación**, sanción que deberá pagarse en los términos del parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, conforme se expresó en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por haber resultado vencida dentro del presente asunto. Fijar como

1ª Instancia - Sentencia

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00023-00

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Fany Naranjo Bermúdez

Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – Departamento del Tolima – Secretaría de Educación

agencias en derecho, a su cargo y favor de la demandante la suma de \$100.000 pesos, que deberán ser incluidas en las costas del proceso. Por secretaria liquídese.

OCTAVO: NEGAR la indexación de la sanción deprecada conforme a lo expuesto, no obstante, la misma deberá ser ajustada desde el día siguiente de la causación hasta la ejecutoria de la presente sentencia, conforme lo dispone el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A.

NOVENO: El cumplimiento de la sentencia se atenderá conforme a los términos previstos conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del C. de P.A. y de lo C.A.

DÉCIMO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos procesales consignó la parte demandante, si los hubiere.

DÉCIMO PRIMERO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G. del P. a la parte que lo solicitare.

DÉCIMO SEGUNDO: EXHORTAR al Departamento del Tolima, para que realice las gestiones administrativas a su cargo, esto es, la elaboración del proyecto de resolución dentro del término que establece la Ley con el fin que se logre dar efectivo cumplimiento de la condena aquí impuesta.

DÉCIMO TERCERO: En firme la presente providencia, archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase⁵⁵

El Juez,


José David Murillo Garcés

⁵⁵ **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.