



Rama Judicial

República de Colombia

## JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00136-00  
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Edilberto Giraldo Herrera  
Demandados: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG y Departamento del Tolima

Surtido el trámite establecido en el numeral 1° del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho<sup>1</sup> profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

### Antecedentes

#### La Demanda:

El señor **Edilberto Giraldo Herrera** 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 la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG y el Departamento del Tolima - Secretaría de Educación Departamental** tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

#### Declaraciones y condenas.

- Se declare la existencia y nulidad del acto ficto presunto configurado el día **22 de enero de 2020**, por la no contestación al derecho de petición radicado **TOL2019ER012334 del 22 de octubre de 2019**, en cuánto negó el reconocimiento y pago de la sanción mora al señor **Edilberto Giraldo Herrera** establecida en la ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantías ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de las mismas.
- Se declare que el señor **Edilberto Giraldo Herrera** tiene derecho a que la Nación - Ministerio Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de

---

<sup>1</sup> 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 económico, 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 Covid19 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.**

retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantías ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de las mismas.

- Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación - Ministerio Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 al señor **Edilberto Giraldo Herrera**, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados a partir del **11 de octubre de 2017**, día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma, es decir el día **27 de septiembre de 2018**.
- Se condene a la Nación - Ministerio Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que dé cumplimiento en lo que corresponde a la sentencia en los términos del artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A., ajustando el valor total de la sanción, desde la fecha en que cesa la mora, es decir, a partir del **28 de septiembre de 2018** hasta la ejecutoria de la sentencia.
- Se condene a la Nación - Ministerio Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a que dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C. de P. A. y de lo C.A., es decir una vez ejecutoriada la sentencia se reconozca y pague de los intereses a que haya lugar y se condene al pago de costas (fls. 5 a 6 expediente digital).

### Hechos.

Como circunstancias fácticas, de manera sintetizada se establecen (renglón 3 expediente digital):

- Mediante Resolución Nro. 5691 del 24 de agosto de 2018, le fueron reconocidas las cesantías solicitadas el día 19 de octubre de 2018 por el señor **Edilberto Giraldo Herrera**, al haber laborado como docente en los servicios educativos estatales en el Departamento del Tolima.
- El día 28 de septiembre de 2018, por intermedio de entidad bancaria las cesantías reconocidas fueron pagadas al demandante.
- La entidad demandada resolvió negativamente por medio de acto ficto negativo la petición presentada el día 28 de junio de 2017.

### Normas violadas y concepto de violación.

Como normatividad transgredida el profesional en derecho cita la Ley 91 de 1989, artículos 5, 9 y 15; Ley 244 de 1995, artículo 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005 y la Ley 1437 de 2011, artículos 187, 192 y 195.

Aseguró que las entidades obligadas a responder por las cesantías de los docentes han estado menoscabando las disposiciones que las regulan, al incurrir en mora injustificada para el pago de aquellas; añadió que la demandada está evadiendo el espíritu garantista de la Ley 1071 de 2006, que establece términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía a su representado, pues cancela la prestación con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber realizado la petición, por lo que debe asumir la sanción correspondiente por la mora.

### **Trámite Procesal**

La demanda se presentó el 13 de julio de 2020 (renglón 2 expediente digital) efectuado el reparto de rigor correspondió a esta Instancia conocer de la presente demanda, admitiéndose la misma mediante proveído el día 4 de septiembre de 2020 (renglón 6 expediente digital).

De conformidad con lo ordenado por el auto admisorio, el término de traslado corrió del 23 de noviembre de 2020 (renglón 12 expediente digital) al 27 de enero de 2021 (renglón 18 expediente digital).

### **Contestación entidades demandadas.**

#### **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio “Fomag”.**

Oponiéndose a las pretensiones de la demanda, advirtiendo que los hechos 3º, 4º, 5º y 7º son hechos ciertos y 1º, 2º y 6º no son hechos, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

Una vez reseñadas las normas competenciales, la vocera judicial señala que en la actualidad, el procedimiento para reconocer una prestación, incluyendo el pago de cesantías, es el procedimiento contemplado en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y los artículos 1º y 2º la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, que involucra a la Fiduciaria la Previsora S.A. como actual vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con ocasión a la celebración del contrato de fiducia mercantil celebrado entre dichas entidades, por lo que los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG no pueden administrarse al arbitrio propio de Fiduprevisora S.A., toda vez que se estaría incurriendo en una extralimitación de sus obligaciones como sociedad fiduciaria, en un detrimento patrimonial e incluso en delitos, toda vez que para los pagos que deben realizarse, debe necesariamente existir previa instrucción del fideicomitente.

Frente a la indexación de las sumas que surgen por concepto de mora de la sanción moratoria de las cesantías, advierte, previa referencia normativa y jurisprudencial que la sanción moratoria no es considerada un derecho laboral, la misma no persigue la protección del poder adquisitivo del patrimonio del trabajador, sino que se trata de una pena en contra de la Entidad, como consecuencia de su negligencia e incumplimiento, no resultando procedente la indexación de la sanción moratoria que presuntamente se causó a favor del actor, habida consideración que la indexación de las sumas que se causen como consecuencia de la sanción moratoria, resultan improcedentes entre sí, pues dicha indexación hace mucho más gravosa la situación de la administración, ya que dicho emolumento no solo cubre la actualización monetaria, sino que es superior al valor que resulta de la referida sanción, aunado lo anterior, se tiene que no se trata de un derecho laboral, sino por el contrario es un correctivo frente a la negligencia de la administración.

Como medios exceptivos propuso: propuso: *i). excepción de sostenibilidad financiera*, el Acto Legislativo 01 de 2005 afirmó que los principios de sostenibilidad financiera y fiscal, tenían un rango constitucional, lo cual implicó que cada ley que se expida con posterioridad a éste, deberá regirse por un marco de sostenibilidad de

las disposiciones que allí se establezcan. Es decir, determinó que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la Carta Magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado; *ii). excepción de buena fe*, que tal como se especificó en la resolución mediante la cual se reconoció la prestación, esta se expidió a favor del demandante, actuando de buena fe, respetuosa de la legislación existente en materia de pensiones, con base en nuestro ordenamiento constitucional y procedimental, aplicando a cada caso en particular la legislación vigente para así satisfacer las necesidades de todos los asegurados, salvaguardando el patrimonio público y *iii). excepción genérica* (renglón 13 expediente digital).

### **Departamento del Tolima – Secretaría de Educación Departamental.**

Oponiéndose a las pretensiones de la demanda, advirtiendo que los hechos 1º y 2º no son hechos y señalar frente a los establecidos en los numerales 3º que “así parece”, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

Una vez enuncia las normas que rigen la controversia planteada a la luz de la jurisprudencia, en el presente caso, aduce que la Fiduciaria la Previsora S.A. administra los recursos que integran el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los invierte y los destina al cumplimiento de los objetivos previstos para el Fondo, uno de los cuales es el pago oportuno de las prestaciones sociales del personal docente, es decir, la obligación del reconocimiento de las cesantías corresponde al Fideicomitente, esto es, al Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y una vez efectuado corresponderá a la Fiduciaria cancelar el valor de la respectiva prestación, en este caso, de las cesantías parciales.

Por lo que señala que resulta improcedente emitir orden alguna en contra del Departamento del Tolima, pues, como quedó plenamente demostrado, la Secretaría de Educación Departamental al realizar un reconocimiento de cesantías de un docente lo hace en ejercicio de una función delegada por el Ministerio de Educación Nacional y no como una función propia, pues no goza de autonomía para el reconocimiento de derechos y prestaciones.

Como medios exceptivos propuso: *i). inexistencia de responsabilidad del Departamento del Tolima a la reclamación impetrada* (renglón 16 expediente digital).

### **Audiencia Inicial.**

Advertido que al momento de decretarse la suspensión de términos por parte del Consejo Superior de la Judicatura<sup>2</sup> en razón a la contingencia generada por el COVID-19 y como quiera que, al momento de expedirse el Decreto Legislativo 806 de 2020,<sup>3</sup> el presente asunto se encontraba pendiente de fijar fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial que trata el artículo 180 del C. de P.A. y de lo C.A., al estarse

---

<sup>2</sup> Mediante Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11556 de 2020.

<sup>3</sup> “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.”

surtiendo los términos de notificación de la demanda, teniendo en cuenta que el numeral 1° 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, en el presente asunto no se llevó a cabo audiencia inicial y mediante auto del 23 de abril de 2020 (renglón 22 expediente digital) se fijó el litigio, se decretaron las pruebas aportadas por las partes, término dentro del cual las entidades guardaron silencio (renglón 25 expediente digital), corriéndose, en consecuencia, traslado para alegar de conclusión por escrito mediante auto de fecha 7 de mayo de 2021, previa preclusión del término probatorio (renglón 26 expediente digital).

### **Alegatos de Conclusión.**

De conformidad con la constancia secretarial obrante a renglón 31 del expediente digital frente del plenario, se advierte que, dentro del término concedido, **la parte demandada Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** se pronunció.

#### **Parte demandada.**

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

Solicita denegar las súplicas contenidas en el escrito de la demanda interpuesta por la parte accionante y en su lugar, se decida de manera favorable a su posición, teniendo en cuenta que el procedimiento previsto en el Decreto 2831 de 2005, para efectos de la expedición de los actos administrativos por parte de las Secretarías de Educación de los entes territoriales, en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues la sanción moratoria no puede obedecer a un simple cotejo numérico desde la fecha de la presentación de la solicitud, ya que para el caso del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, otras circunstancias deben ser atendidas; si bien en este caso la entidad incurrió en mora tanto para el trámite como para el pago de las cesantías parciales solicitadas, debe atenderse por parte del Juzgado a la especial regulación que existe en caso del reconocimiento de las prestaciones económicas por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que impone gestiones adicionales, pues depende de la actuación de la Secretaría de Educación correspondiente y la sociedad fiduciaria, pues pueden surgir varias situaciones por las cuales la mora resulta inimputable al Ministerio de Educación Nacional, puede generarse en las siguientes circunstancias: i) en la expedición del acto administrativo, fruto de una demora de la entidad territorial en enviar el proyecto de acto administrativo o en expedirlo luego de recibidas la aprobación por parte de la sociedad fiduciaria, ii) en la expedición del acto administrativo; iii) una vez expedido el acto administrativo, por demoras en la notificación del mismo, o iv) una vez expedido y notificado el acto administrativo, por demoras por causas de falta de disponibilidad presupuestal (renglón 28 expediente digital).

Surtido en debida forma el trámite procesal, procede el Juzgado a resolver el fondo del presente asunto y lo que en derecho corresponda, previas las siguientes:

### **Consideraciones**

#### **Competencia.**

Es competente este Despacho para abordar 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., en concordancia con lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibidem*.

### **Problema Jurídico.**

El problema jurídico a resolver, consiste en determinar si ¿el señor **Edilberto Giraldo Herrera** tiene derecho a que le sea reconocida y pagada 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 con radicado TOL2019ER012334 del 22 de octubre de 2019 está ajustado o no a derecho?

### **Tesis parte demandante.**

Considera que debe declararse la nulidad del oficio TOL2019ER012334 del 22 de octubre de 2019, mediante el cual se resolvió desfavorablemente la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción mora, con ocasión del pago tardío de las cesantías reconocidas mediante Resolución Nro. 5691 del 24 de agosto de 2018 a favor del señor **Edilberto Giraldo Herrera**, disponiendo que las entidades demandadas paguen la sanción moratoria respectiva.

### **Departamento del Tolima.**

Concluye que el FOMAG – Fiduprevisora S.A. de conformidad con la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 2831 de 2005, es el responsable tanto del pago de las cesantías como de la sanción por mora, que se genera por el pago extemporáneo de las cesantías de los docentes oficiales; de otra parte, solicita se niegue el pago de las sumas de dinero por la mentada sanción, toda vez que los maestros tienen un régimen especial que no contempla la indemnización contenida en la Ley 1071 de 2006. Finalmente advierte que la indexación no es procedente, como quiera que no procede la sanción sobre sanción.

### **Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”.**

En el presente caso, la autoridad nominadora y responsable de las prestaciones de los docentes a su cargo, el procedimiento contemplado en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y los artículos 1º y 2º la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, que involucra al Departamento del Tolima y a la Fiduciaria la Previsora S.A. como actual vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con ocasión a la celebración del contrato de fiducia mercantil celebrado entre dichas entidades. Finalmente, señala que de conformidad con la jurisprudencia la indexación no es procedente.

### **Tesis del Despacho.**

Analizados los argumentos de hecho y de derecho de la demanda y de 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 de las pretensiones de la demanda, 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 el demandante.

### **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 consecuenencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

El señor **Edilberto Giraldo Herrera** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efecto de cuestionar el acto administrativo ficto contenido en la petición presentada el **22 de octubre de 2019 con radicado Nro. TOL2019ER012334**, en cuanto la entidad no se pronunció sobre 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, imprecaba el restablecimiento de sus derechos conculcados por el proceder de la entidad accionada, condenando a la entidad accionada a reconocer y pagar al 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, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y el Despacho es competente para conocer de ello.

El Consejo de Estado<sup>4</sup> 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 produce<sup>5</sup>, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley<sup>6</sup>, la cual, a diferencia de la*

---

<sup>4</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Ref: Expediente Nro. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

<sup>5</sup> GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

<sup>6</sup> 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

*función legislativa, se ejerce en el plano sublegal<sup>7</sup>, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción<sup>8</sup>.*

*Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral<sup>9</sup>, 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.”. El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.*

### **Del reconocimiento de las cesantías a los docentes y la sanción moratoria por el 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 cese<sup>10</sup>.

---

1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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).

Ahora bien, según lo ha señalado la Guardiania de la Carta<sup>11</sup>, 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 2017<sup>12</sup>, 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*<sup>13</sup>; 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 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-,*

---

<sup>11</sup> Sentencia C-566 de 1997.

<sup>12</sup> Magistrado Ponente IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

<sup>13</sup> Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.

*permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.*

*(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989<sup>14</sup>.*

*(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, 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

---

<sup>14</sup> Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.

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 que 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. 1071/2006<sup>15</sup>), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011<sup>16</sup>) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51<sup>17</sup>], y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la*

---

<sup>15</sup> «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.»

<sup>16</sup> «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 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.»

<sup>17</sup> «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso,

***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 2006<sup>18</sup>.” (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 simplificar<sup>19</sup> 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 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*

---

*por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo. [...]*

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

*[...]»*

<sup>18</sup> «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.»

<sup>19</sup> 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.”.

*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".<sup>20</sup> (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, 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*

---

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 2ª instancia del 8 de junio de 2017, Radicado 17001-23-33-000-2013-00624-02 (3931-14), Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

*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.

#### **Hechos probados.**

- Resolución Nro. 5691 del 24 de agosto de 2018, *“por la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía parcial para compra de vivienda”*, expedida por la Secretaría de Educación del Tolima, en favor del señor **Edilberto Giraldo Herrera** como docente de vinculación *“nacional -situado fiscal”* de la Institución Educativa Sede Colon del municipio de Rovira – Tolima (renglón 4 fls. 5 a 7 expediente digital).
- Que según la certificación de fecha 27 de junio de 2019, con radicación Nro. 1010403 expedida por la Vicepresidencia del Fondo de Prestaciones del Magisterio – Fiduprevisora S.A., el valor de la prestación estuvo a disposición en la entidad bancaria BBVA para su cobro desde el 28 de septiembre de 2018, por valor de \$24.646.357 (renglón 4 fl. 8 expediente digital).
- Que según el *“Formato único para la expedición de certificado de historia laboral”* y *“Formato único para la expedición de certificado de salarios”*, el régimen de cesantías del docente **Edilberto Giraldo Herrera** es anual – nacional (renglón 4 fls. 9 a 14 expediente digital).
- Que mediante petición de fecha 22 de octubre de 2019, presentada por el apoderado del señor **Edilberto Giraldo Herrera**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías, sin embargo la entidad no emitió respuesta alguna (renglón 4 fls. 15 a 18 expediente digital).

#### **Caso Concreto.**

Del material probatorio obrante en el cartulario se encuentra acreditado que el señor **Edilberto Giraldo Herrera** prestó sus servicios como docente de vinculación Nacional S.F. en Coello - Tolima, desde el 4 de octubre de 1995 hasta el 30 de enero de 2017, de forma continua, según se vislumbra en la Resolución Nro. 5691 del 24 de agosto 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 el señor **Edilberto Giraldo Herrera, i.** se aportó al expediente, la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial (renglón 4 fls. 5 a 7 expediente digital), **ii.** se aprecia el régimen de sus cesantías es anual – nacional (renglón 4 fls. 9 a 14 expediente digital), **iii.** que el demandante presentó su solicitud para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales el 28 de junio de 2017 (renglón 4 fls. 5 a 7 expediente digital), siendo reconocidas mediante Resolución Nro. 5691 del 24 de agosto de 2018 (renglón 4 fl. 8 expediente digital) y **iv.** que fueron pagadas efectivamente el 28 de septiembre de 2018 (renglón 4 fl. 8 expediente digital).

Posteriormente, el **22 de octubre de 2019 mediante radicado Nro. TOL2019ER012334**, el demandante por intermedio de apoderado judicial solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus **cesantías parciales para compra de vivienda** (renglón 4 fls. 15 a 18 expediente digital); no obstante, 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.

Así las cosas, teniendo en cuenta 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 2020<sup>21</sup>, sin hacer distinción alguna sobre

---

<sup>21</sup> 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

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.

No obstante, como 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 compra de vivienda** a favor del 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 el demandante, y a partir de la vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

---

*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.*

*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.*

Administrativo<sup>22</sup>, aumentó a un total de **70 días hábiles**<sup>23</sup>, para reconocer y pagar 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 Estado<sup>24</sup> 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 consecuencia, el Despacho evidencia que, pese a que se efectuó la solicitud bajo el término de los 70 días de que trata la norma, en la diligencia de notificación del acto de reconocimiento de la prestación (renglón 4 fl. 7 expediente digital), la parte actora manifestó **renunciar** a términos de ejecutoria del mismo, motivo por el cual resulta procedente precisar que el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018<sup>25</sup> refirió:

*“109. Siguiendo esta misma línea, se encuentra la hipótesis de cuando el peticionario renuncia expresamente a los términos de notificación y de ejecutoria, procurando así un ágil cumplimiento del acto que le reconoce la cesantía, adquiriendo firmeza a partir de la fecha en que haga tal manifestación, al tratarse de oportunidades asociadas al debido proceso que le permite enterarse de la decisión y controvertirla. En este caso, los 45 días para que se produzca el pago de la cesantía reconocida, corren a partir del día siguiente en que renuncia a los términos de notificación y ejecutoria.*

*110. Podemos concluir así, que el acto de reconocimiento de la cesantía debe notificarse personalmente al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará a computarse el término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley<sup>26</sup> para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día en que así lo manifieste.*

*111. En las mencionadas situaciones, **los términos de notificación y de ejecutoria no corren para sanción moratoria**”*

En este orden de ideas, tal y como se consignó en el acápite normativo a partir de la

---

<sup>22</sup> 2 de julio de 2012.

<sup>23</sup> Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena, sentencia del 18 de julio de 2018, Radicado Nro. 73001-23-33-000-2014-00580-01, Referencia: CE-SUJ-SII-012-2018.

<sup>24</sup> Sentencia de unificación, ibidem.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena, sentencia del 18 de julio de 2018, Radicado Nro. 73001-23-33-000-2014-00580-01, Referencia: CE-SUJ-SII-012-2018.

<sup>26</sup> Artículos 68 y 69 C. de P.A. y de lo C.A. En los supuestos, las diligencias totalizan 12 días.

solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías **-28 de junio 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 muestra en la siguiente tabla:

<b>Radicación de la solicitud.</b> (Art. 4º Ley 1071 de 2006) Término: 15 días	28 de junio de 2017
<b>Vencimiento del término para reconocimiento.</b>	21 de julio de 2017
<b>Vencimiento del término de ejecutoria</b> (10 días). Art. 76 C. de P.A. y de lo C.A.	4 de agosto de 2017
<b>Vencimiento para el pago de la obligación</b> (45 días). Art. 5º Ley 1071 de 2006 A partir del día siguiente inicia el periodo de mora	10 de octubre de 2017
<b>Resolución de reconocimiento</b> (Resolución 5691).	del 24 de agosto de 2018
<b>Pago efectivo</b>	28 de septiembre de 2018
<b>Periodo de mora.</b>	Entre el 11 de octubre de 2017 y el 27 de septiembre de 2018, inclusive.
<b>Días de mora.</b>	<b>352 días.</b>

Lo anterior nos indica que, desde el **11 de octubre de 2017 y el 27 de septiembre de 2018**, día anterior al pago efectivo de la obligación, según constancia de la Fiduprevisora S.A., se generó la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, es decir, **352 días**.

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** del 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 el 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 Dr. 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; frente a lo cual 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 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. No obstante lo anterior, 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.

Ahora bien, de conformidad 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 el demandante a través del radicado **TOL2019ER012334 del 22 de octubre de 2019**; solicitud de la cual no se recibió respuesta por parte de la entidad demandada, aun al momento de presentación de la demanda el 13 de julio de 2020 (renglón 2 expediente digital).

En consecuencia, se accederá a las pretensiones de la demanda, declarándose la nulidad del **acto ficto o presunto negativo derivado de la petición con radicado TOL2019ER012334 del 22 de octubre de 2019 y configurado el 22 de enero de 2020**, por medio de la cual el señor **Edilberto Giraldo Herrera** solicitó por intermedio de apoderado 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 el señor **Edilberto Giraldo Herrera** el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el **11 de octubre de 2017 al 27 de septiembre de 2018**, destacando que los días de sanción moratoria corresponden a **352 días**, sanción que deberá pagarse en los términos del párrafo 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 *inexistencia de responsabilidad del Departamento del Tolima a la reclamación impetrada* y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “Fomag”: *sostenibilidad financiera, buena fe y genérica*.

En cuanto a la “excepción” reconocimiento oficioso de alguna excepción, **no es una excepción**, sino un deber funcional previsto para los jueces de lo contencioso administrativo en el artículo 184 de la Ley 1437 de 2011 en tanto, “*En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus...*”.

### Prescripción.

En lo que respecta a la prescripción, el Despacho la determinará en los siguientes términos:

Fecha Solicitud Cesantías	Fecha Exigibilidad del Derecho	Fecha Reclamación que interrumpe prescripción	Fecha Presentación Demanda	Decisión
28 de junio de 2017	11 de octubre de 2017	22 de octubre de 2019	13 de julio de 2020	No operó Prescripción

### 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.

Finalmente, se procederá a reconocer personería adjetiva a la abogada Diana Cristina Bobadilla Osorio, identificada con la identificada con cédula de ciudadanía Nro. 52.352.178 de Bogotá y la T.P. Nro. 159.126 del C.S. de la J., como apoderada judicial sustituta del FOMAG, en la forma, términos y para los efectos de la sustitución conferida por el Doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, en su calidad de apoderado judicial principal del FOMAG (renglón 29 expediente digital).

### Decisión.

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

**Resuelve:**

**PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las Entidades demandadas Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “Fomag”: *excepción de sostenibilidad financiera, buena fe y genérica* y el Departamento del Tolima denominada Inexistencia de Responsabilidad del Departamento del Tolima frente a la reclamación impetrada, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la existencia del **acto ficto o presunto negativo** derivado de la reclamación efectuada por el señor **Edilberto Giraldo Herrera**, a través del radicado **TOL2019ER012334 del 22 de octubre de 2019**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR** la **nulidad del acto ficto o presunto negativo derivado de la petición con radicado TOL2019ER012334 del 22 de octubre de 2019 y configurado el 22 de enero de 2020**, por medio de la cual el señor **Edilberto Giraldo Herrera** solicitó por intermedio de apoderado judicial a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**CUARTO: ORDENAR** a título de restablecimiento del derecho que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconozca y pague al señor **Edilberto Giraldo Herrera** el valor correspondiente a un (1) día de salario vigente al momento de la mora por cada día de retardo, desde el **11 de octubre de 2017 a 27 de septiembre de 2018**, destacando que los días de sanción moratoria corresponden a **352 días**, 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.

**QUINTO: 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 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 líquídese.

**SEXTO: 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.

**SÉPTIMO:** 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.

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

1ª Instancia - Sentencia

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00136-00

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Edilberto Giraldo Herrera

Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG y Departamento del Tolima

**NOVENO:** 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: 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 PRIMERO:** Reconózcase personería adjetiva a la abogada Diana Cristina Bobadilla Osorio identificada con la identificada con cédula de ciudadanía Nro. 52.352.178 de Bogotá y la T.P. Nro. 159.126 del C.S. de la J., como apoderada judicial sustituta del FOMAG, en la forma, términos y para los efectos de la sustitución conferida por el Doctor Luis Alfredo Sanabria Ríos, en su calidad de apoderado judicial principal del FOMAG.

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

**Notifíquese y Cúmplase<sup>27</sup>**

**El Juez,**

  
José David Murillo Garcés

---

<sup>27</sup> **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.