



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

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

Radicado: 73001-33-33-005-2020-00228-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Élder Camelo Castro
Demandados: Nación - Ministerio de Educación Nacional - FOMAG y Municipio de Ibagué

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 Despacho¹ profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

Antecedentes

La Demanda:

El señor **Élder Camelo Castro** 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 Municipio de Ibagué - Secretaría de Educación Municipal** tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

Declaraciones y condenas.

1. Que se declare que frente a la petición presentada por intermedio del apoderado judicial el día 20 de febrero de 2020, bajo radicado Nro. 4080, no se dio respuesta, quedando agotada la actuación administrativa.
2. Que como consecuencia de lo anterior se declare la nulidad del acto administrativo presunto negativo que nace a la vida jurídica por no dar contestación a la petición presentada por intermedio de apoderado el 20 de febrero de 2020 con radicación Nro. 4080.
3. Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación, Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Regional Tolima al cumplimiento de lo consagrado en la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006 a que tiene derecho el señor **Élder Camelo Castro** con efectos desde el 22 de noviembre de 2019 hasta la fecha de la totalidad de las cesantías parciales el 22 de julio de 2020.
4. Que se ordene que dicha liquidación sea cancelada como lo ordena la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, un día de salario a partir del 23 de noviembre de 2019 hasta la fecha del pago en su totalidad el 22 de julio de 2020, condenándose a los demandados al pago de sanción moratoria por el

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 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.**

valor de (\$31.490.578), por el no pago de las cesantías parciales del demandante.

5. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo del salario y el pago de intereses moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena, demás emolumentos de conformidad con los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 C. de P.A. y de lo C.A.

Hechos.

Como circunstancias fácticas, de manera sintetizada se establecen:

- Mediante Resolución Nro. 1053-002591 del 27 de agosto de 2019, le fueron reconocidas las cesantías parciales solicitadas bajo radicado Nro. SACIBA2019ER6310 el día 12 de agosto de 2019 por el señor **Éiber Camelo Castro**, al haber laborado como docente en los servicios educativos estatales en el Municipio de Ibagué, reteniéndole un saldo de \$40.000.000 de los \$80.000.000 reconocidos con el argumento de que se girarían al Juzgado Primero de Familia de Ibagué – Tolima, dentro del proceso de alimentos que existía en contra del señor **Éiber Camelo Castro**, pese a que ya estaba a paz y salvo y los demandados ya habían sido notificados del levantamiento de dicha medida.
- Que dentro del traslado del agotamiento de la vía gubernativa, los demandados giraron al señor **Éiber Camelo Castro**, el saldo de sus cesantías parciales por valor de \$40.000.000 en un cheque al Banco Agrario de Colombia.
- El 20 de febrero de 2020, mediante radicado Nro. 4080 el señor **Éiber Camelo Castro** solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago cumplido de las cesantías parciales, en virtud de la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, no obstante a la fecha de presentación de la demanda la entidad demanda no ha dado respuesta.

Normas violadas y concepto de violación.

Como normatividad transgredida el profesional en derecho refiere artículos 2, 13, 23, 25 y 53 de la Constitución Política; Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006; Decreto 1272 de 2018, artículo 9º, numeral 4º de la Ley 1437 de 2011, Decreto 29 de 2012, la Ley 734 de 2002, sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, radicado 73001-23-33-000-2014-00580-01 y la sentencia de la Corte Constitucional, Sala Plena SU-332 de 2019, en cuanto al principio de favorabilidad.

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 representada, 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, máxime cuando los demandados están sujetando el pago de las prestaciones económicas – cesantías parciales- a disponibilidad presupuestal, siendo ya estos dineros de propiedad de los trabajadores y que se entienden que el Estado ya debe tener provisionados, para entregarlos a sus propietarios una vez estos los solicita y cumpla los requisitos legales para ello.

Trámite Procesal

La demanda se presentó el 20 de octubre de 2020 (fl. 2 carpeta expediente digitalizado), efectuado el reparto de rigor correspondió a esta Instancia conocer de la presente demanda, admitiéndose la misma mediante proveído el día 13 de noviembre de 2020 (fls. 55 a 58 expediente digitalizado)².

De conformidad con lo ordenado por el auto del 13 de noviembre de 2020, el término de traslado venció el 5 de abril de 2021 (renglón 19 expediente digital).

Contestación entidades demandadas.

Municipio de Ibagué.

Oponiéndose a las pretensiones de la demanda, estableciendo que los hechos 1º, 3º y 6º son ciertos, el 4º no le consta, el 5º no es un hecho, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, pues los hechos determinantes del presunto daño no obedecieron a fallas en el servicio, ni a la falta de servicio en que tuviera parte activa u omisiva el ente territorial municipio de Ibagué, razón por la cual no se puede, ni debe endilgar, ningún tipo de responsabilidad a dicho ente territorial. Lo anterior, al señalar que (hecho 2º) una vez fue radicada la petición del señor Elber Camelo Castro, bajo Nro. IBA2019ER6310 del 12/8/2019, en la que solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, la Secretaría de Educación Municipal, en el término de ley, esto es, 10 días contados a partir de la radiación de la solicitud, profirió el acto administrativo Resolución 1053-0002591 del 27 de agosto de 2019, notificando al convocante el 29 de agosto de 2019, en la cual se ordenó reconocer la liquidación parcial de las cesantías y girar como anticipo de cesantías parciales del señor Élber Camelo Castro con destino a compra de Vivienda la suma de \$80.000.000, suma que sería pagada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que el acto administrativo fue remitido a la Directora de Prestaciones Económicas de la Fiduprevisora S.A. el 30 de agosto de 2019.

Una vez analizadas las normas a su juicio, el apoderado de la entidad demandada establece que la entidad competente para reconocer y pagar la prestación que hoy se reclaman, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta adscrita al Ministerio de Educación Nacional, de conformidad con la Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005, Decreto 2831 del 2005 y la ley 244 de 1995, siendo deber legal de la Fiduprevisora S.A., dar “un visto bueno” a la liquidación que contiene el acto administrativo expedido, en este caso, por la Secretaría de Educación Municipal, para efectos de reconocer y pagar cesantías parciales a la interesada, sin que por ello se desprenda su nulidad, ante la falta en el reconocimiento pronto de las cesantías parciales, toda vez que el acto administrativo goza de presunción de legalidad y en nada contraviene normas de carácter constitucional, legal o reglamentaria alguna, que pueda por tal motivo servir de fundamento para estructurar una nulidad como la peticionada, en razón a que no se vislumbra causal alguna de las descritas en el C. de P.A. y de lo C.A., por consiguiente solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

Como medios exceptivos propuso: *i). “inexistencia de la obligación demandada*, al considerar que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien tiene como función reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes vinculados al servicio del Estado y no el Municipio; *ii). falta de vicio en los actos administrativos que se acusan*, por cuanto el acto fue expedido y ajustado a la Constitución, la Ley y el Reglamento, y por la autoridad competente, ello está estructurado en los razonamientos esgrimidos en la parte considerativa del acto demandado y que tienen pleno respaldo probatorio con los documentos obrantes al proceso y *iii). la excepción genérica* (renglón 14 expediente digital).”

² De conformidad con lo ordenado por el auto del 13 de noviembre de 2020, el término de traslado venció el 5 de abril de 2021 (renglón 19 expediente digital).

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

Señala que los hechos descritos en los numerales 1º, 2º y 6º son ciertos, 3º, 4º y 7º son objeto de prueba y 5º no es un hecho, se opone a las pretensiones de la demanda, solicitando se declare probadas las excepciones propuestas, se condene en costas a la demandante y se archive el proceso.

Una vez reseñadas las normas competenciales, la vocera judicial señala que frente a los docentes oficiales, la ley regula dos situaciones en el tiempo atendiendo la naturaleza de su vinculación: 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 y 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.

No obstante, infiere que las normas referenciadas no contemplaron la sanción moratoria a favor de los docentes nacionalizados antes del 31 de diciembre de 1989, si bien es cierto que la sentencia de unificación del Consejo de Estado el 18 de julio del 2018, no diferenció el régimen de cesantías aplicables a los docentes para el reconocimiento de esta indemnización, es transparente que el fin del reconocimiento de esta sanción por el no pago oportuno de las cesantías, es impedir la depreciación monetaria del valor reconocido al docente, lo cual no sucede en el caso de reconocimiento del auxilio de la cesantía a favor de los docentes nacionalizados, toda vez que en el régimen retroactivo las cesantías se cancelan con el último salario devengado y por todo el tiempo de servicio. En caso de reconocer sanción moratoria para los docentes con régimen retroactivo se está creando un beneficio a su favor frente al régimen de cesantías anualizadas y un desproporcionado quebranto al presupuesto de la Nación, al reconocer un emolumento de carácter sancionatorio, cuando no se ha acreditado el detrimento en el patrimonio del docente.

Por lo que, señala se hace necesario considerar el artículo 57 de la Ley 1955 del 25 de mayo del 2019 “Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, que establece en su “Parágrafo. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del 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. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.” De igual forma estableció: “Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. **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.**”

Por consiguiente, solicita se nieguen las pretensiones del parte demandante con cargo a la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y 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.

Finalmente, propuso como medios exceptivos: *i). improcedencia de la indexación de la sanción moratoria*, indica que por no tratarse la sanción moratoria de un derecho laboral sino 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, no es procedente ordenar su ajuste al valor presente, pues se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo y menos remunerado e *ii). improcedencia de la condena en costas*, al considerar que no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad, respecto a sus actuaciones procesales al evidenciarse en el expediente que no se presentó pruebas o fundamento alguno sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag, que desvirtúa la presunción de buena fe. Ante la falta del cumplimiento del requisito procesal para realizar la respectiva condena en costas, la misma no procede, quien ha actuado en el curso del proceso en buena fe, conforme a la jurisprudencia y a los principios constitucionales.

Audiencia Inicial.

Advertido que al momento de decretarse la suspensión de términos por parte del Consejo Superior de la Judicatura,³ en razón a la contingencia generada por el COVID-19, y como quiera que al momento de expedirse el Decreto Legislativo 806 de 2020⁴, 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 surtiendo los términos de notificación de la demanda, teniendo en cuenta 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, en el presente asunto no se llevó a cabo audiencia inicial y mediante auto del 26 de mayo de 2021 (renglón 25 expediente digital), se fijó el litigio, se decretaron las pruebas aportadas por las partes, término dentro del cual las entidades guardaron silencio (renglón 30 expediente digital), corriéndose, en consecuencia, traslado para alegar de conclusión por escrito, mediante auto de fecha 4 de junio de 2021, previa preclusión del término probatorio (renglón 32 expediente digital).

Alegatos de Conclusión.

De conformidad con la constancia secretarial obrante a renglón 37, frente del plenario, se advierte que, dentro del término concedido, la parte demandada Municipio de Ibagué y Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se pronunciaron.

Parte Demandante.

Guardó silencio.

Parte Demandada.

Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio "Fomag"- Fiduprevisora S.A.

³ 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.

⁴ “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.”

Ratificándose en las consideraciones expuestas con la demanda, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda, más aún cuando 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, se concluye que *“entonces, la imposición de 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, debió atenderse por parte del a quo 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”* (renglón 33 expediente digital).

Municipio de Ibagué.

Ratificándose en la contestación de la demanda, solicita negar las pretensiones de la demanda y exonerar de cualquier responsabilidad al municipio de Ibagué, no está llamado a responder por los hechos que aduce el actor, teniendo en cuenta que el encargado de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes, (cesantías), es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta adscrita al Ministerio de Educación y específicamente quien debe realizar el pago oportuno de la prestación reconocida es la Fiduprevisora S.A., quien es administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual está sujeta a los traslados presupuestales que hace el Ministerio de Hacienda (renglón 35 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 **Élber Camelo Castro** 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 definitivas y, en consecuencia, determinar si el acto ficto o presunto negativo producto de la petición con radicado Nro. 4080 del 20 de febrero de 2020 está ajustado o no a derecho?

Tesis parte demandante.

Considera que debe declararse la nulidad del oficio 4080 del 20 de febrero de 2020, 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. 1053-002591 del 27 de agosto de 2019 a favor del señor **Élber Camelo Castro**, disponiendo que las entidades demandadas paguen la sanción moratoria respectiva, pues la misma se debió a una orden de retención contenida en el acto demandado.

Tesis parte demandada.

Municipio de Ibagué.

Concluye que el FOMAG 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.

Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio “Fomag”- Fiduprevisora S.A.

En el presente caso, no habrá lugar a decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; situación que conlleva a establecer que conforme lo menciona dicho artículo, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías y la secretaría de educación a la que se encuentra adscrito el docente será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Finalmente, señala que de conformidad con la jurisprudencia la indexación no es procedente.

Tesis del Despacho.

Analizados los argumentos de hecho y derecho de la demanda, la contestación a la demanda, al igual que los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, considera el Despacho que no se configuran los presupuestos para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por cuanto no se encuentra probada la ilegalidad del acto administrativo demandado, en razón a que no se infringió las normas en las cuales debería fundarse, dado que efectivamente la entidad demandada imprimió a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías parciales el trámite ordenado en la Ley, más aún, cuando dicha retención o descuento en el 50% del dinero se debió a un hecho ajeno al mismo trámite, pues no se logró probar lo contrario, debiéndose, en consecuencia negar las pretensiones de la demanda.

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 infirió 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 consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

El señor **Élber Camelo Castro** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efecto de cuestionar el acto administrativo ficto contenido en la petición presentada el 20 de febrero de 2020 con radicado **Nro. 4080**, 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 parciales**, por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de ello, impreca 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 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 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

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Expediente Nro. 12244 – 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).

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.

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 cese¹¹.

Ahora bien, según lo ha señalado la Guardiania de la Carta¹², 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**¹³, 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*

¹¹ 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).

¹² Sentencia C-566 de 1997.

¹³ Magistrado Ponente IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO.

régimen especial de la Ley 91 de 1989¹⁴; 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-, 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 1989¹⁵.

(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).

¹⁴ Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.

¹⁵ Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016.

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 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. 1071/2006¹⁶), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁷) [5 días si la petición se

¹⁶ «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.»

¹⁷ «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

presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁸], 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 2006¹⁹.” (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 simplificar²⁰ 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

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.»

¹⁸ *«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.

[...]»

¹⁹ *«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.»*

²⁰ 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.”.*

*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”.²¹ (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 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.

²¹ 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.

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. 2591 del 27 de agosto de 2019, *"por la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Parcial con destino a compra de vivienda"*, expedida por la Secretaría de Educación Municipal, en favor del señor **Élber Camelo Castro**, como docente de vinculación *"nacionalizado SF"* de la Institución Educativa José Antonio Ricaurte del municipio de Ibagué - Tolima, reconociéndose *"las cesantías parciales de acuerdo a las siguientes cuantías: valor liquidado \$222.717.007, anticipos pagados \$96.356.202; valor a reconocer \$80.000.000 (...)* RESUELVE: (...) **ARTICULO SEGUNDO:** (...) *de la suma reconocida descontar NOVENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS DOS PESOS M/CTE (\$96.356.202), por concepto de Cesantías Parciales ya pagadas, quedando como saldo liquido CIENTO VEINTISEIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS M/CTE (\$126.360.805), de los cuales se giraran como anticipo de Cesantías Parciales con destino a COMPRA DE VIVIENDA, OCHENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$80.000.000), suma que pagara al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la entidad Fiduciaria a YERLY JOHANA BARRAGÁN, identificada con cedula de ciudadanía Nro. 28.554.805 de Ibagué (Tol.) según acuerdo suscrito entre la Nación y esta entidad. ARTICULO TERCERO:* *fiduciaria la Previsora FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontara las sumas de dinero que sean ordenados por despachos judiciales en los porcentajes que estos determinen en los términos del artículo 2488 del Código Civil, en concordancia con los artículos 154, 155 y 156 del C.S.T., modificado por la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1073 de 2002, modificado por el Decreto 994 de 2003"* (fls. 27 a 31 carpeta expediente digitalizado).
- 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 **Élber Camelo Castro**, es retroactivo - nacionalizado (fls. 33 a 38 expediente digital).
- Que mediante petición de fecha 20 de febrero de 2020 y radicado Nro. 4080, presentada por el apoderado del señor **Élber Camelo Castro**, 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 (fls. 23 a 26 expediente digital).
- Que según la certificación de fecha 5 de abril 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 21 de Noviembre de 2019, por valor de \$80.000.000, no obstante “se realizó el reintegro por no cobro” (renglón 24 expediente digital).

- Recibo de pago en efectivo de la entidad bancaria BBVA en el que se acredita que el día 9 de diciembre le fue sufragada a la señora “Yerly Johanna Hernan(...) Identificación CC – 28554805 total a pagar \$40.000.000 número de pagos 000001 (...)”, con ocasión a que “20191119, 14229600, nómina de cesantías parciales correspon(...) Camelo Castro Élber (...)”(renglón 42 expediente digital).
- Cheque de gerencia del “2020 07 22” de la entidad bancaria Banco Agrario de Colombia a favor del señor Camelo Castro Élber por valor de \$40.000.000 millones de pesos (renglón 39 expediente digital).

Caso Concreto.

Del material probatorio obrante en el cartulario se encuentra acreditado que el señor **Élber Camelo Castro** prestó sus servicios como docente de vinculación Nacional S.F. en Ibagué, desde el 22 de agosto de 1979, de forma continua, según se vislumbra en la Resolución Nro. 2591 del 27 de agosto de 2019, 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 **Élber Camelo Castro**, *i.* se aportó al expediente, la resolución de reconocimiento de la cesantía parcial (fls. 27 a 31 carpeta expediente digital), *ii.* se aprecia el régimen de sus cesantías es retroactivo - nacionalizado (fls. 33 a 37 expediente digital), *iii.* que el demandante presentó su solicitud para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales el 12 de agosto de 2019 (fls. 27 a 31 carpeta expediente digital), siendo reconocidas mediante Resolución Nro. 2591 de 27 de agosto de 2019 y *iv.* que fueron pagadas efectivamente el 28 de septiembre de 2018 (fls. 27 a 31 carpeta expediente digital).

Posteriormente, el **20 de febrero de 2020 mediante radicado Nro. 4080**, 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** (fls.23 a 26 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 2020²², sin hacer distinción alguna sobre 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.

²² 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.

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.

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 Administrativo²³, aumentó a un total de **70 días hábiles**²⁴, 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 Estado²⁵ 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 (fl. 31 carpeta 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 2018²⁶ 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 ley²⁷ 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 solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías **-12 de agosto de 2019-**; petición que se efectúa durante la vigencia de la Ley 1437 de 2011, el término es de 70 días

²³ 2 de julio de 2012.

²⁴ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena, Radicado Nro. 73001-23-33-000-2014-00580-01, sentencia del 18 de julio de 2018, Referencia: CE-SUJ-SII-012-2018.

²⁵ Sentencia de unificación, ibidem.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena, Radicado Nro. 73001-23-33-000-2014-00580-01, sentencia del 18 de julio de 2018, Referencia: CE-SUJ-SII-012-2018.

²⁷ Artículos 68 y 69 C. de P.A. y de lo C.A. En los supuestos, las diligencias totalizan 12 días.

para que la administración reconozca y pague las cesantías solicitadas, superado éste, se incurre en sanción moratoria.

No obstante, para continuar con el análisis respectivo procederá el Despacho a determinar la fecha de pago de las cesantías que se debe tener en cuenta, a fin de establecer si se configuró o no, la mora por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas al señor **Élder Camelo Castro**, toda vez que, en voces del actor al haberse pagado de manera parcial y dividida el monto reconocido, con ocasión a la retención por orden judicial injustificada del 50% de los dineros reconocidos, le generó una mora de 240 días. Lo anterior, como quiera que del acervo probatorio se logró establecer que del monto de \$80.000.000 reconocido con la Resolución Nro. 2591 del 27 de agosto de 2019, fue pagado un 50% i). mediante un (1) pago realizado por ventanilla del Banco BBVA a la señora Yerly Johana Hernández, identificada con cédula de ciudadanía Nro. 28554805 y el otro 50% ii). a través de cheque de gerencia del Banco Agrario de Colombia Nro. 0678164 40 a favor del señor Camelo Castro Élder el día 22 de julio de 2020.

De las pruebas allegadas también se logró acreditar que al señor Élder Camelo Castro efectivamente le fueron reconocidos las cesantías parciales por parte de la entidad territorial en el monto de \$80.000.000 para compra de vivienda, las cuales de conformidad con el acto de reconocimiento Resolución Nro. 2591 del 27 de agosto de 2019, debían ser pagadas a la señora Yerly Johana Hernández Barragán, con ocasión a la promesa de compraventa suscrita por ella con el demandante (renglón 26 del expediente digital).

Si bien es cierto dentro del proceso se comprobó que efectivamente existió un primer pago por \$40.000.000, también lo es que, con el cheque que se pretende acreditar el otro 50%, no se logró desvirtuar si la retención del dinero se debió a la medida cautelar que gravó el salario, prima semestral, navidad y cesantías desde el 11 de agosto de 2009 ó, a otra que pesaba sobre el señor Élder Camelo Castro, pues del acto de reconocimiento se advierte que la orden de descuento de que trata el artículo 3º de la Resolución Nro. 2591 de 2019, no analiza, ni trata en específico la cancelación de la medida que ordena dentro del expediente 73001-31-10-001-2009-00399-00 el Juzgado Primero de Familia de Ibagué el día 25 de mayo de 2017, sino que lo hace de manera somera y generalizada; más aun, cuando dicho levantamiento data de hace más de dos años y el motivo de retención y/o descuento se debió a un hecho independiente y ajeno al trámite prestacional de reconocimiento de las cesantías, por lo que mal haría el Despacho en atribuirle responsabilidad a las entidades demandadas, cuando el periodo entre el primer y el segundo pago se debió a un hecho externo, no atribuible a la gestión propia del reconocimiento de la prestación económica - cesantías.

Aunado a lo anterior y de conformidad con lo expuesto en el acápite normativo y jurisprudencial, se logró evidenciar que las entidades demandadas agotaron el trámite necesario a fin de reconocer el derecho prestacional que radicaba en cabeza del señor **Élder Camelo Castro**, a tal punto que la vendedora de la vivienda, la señora Yerly Johana Hernández Barragán recibió el dinero por parte de la Fiduprevisora S.A., comprobándose con ello que, además de haberse surtido el trámite, la entidad satisfizo la obligación legal que tenía a su cargo.

En consecuencia el Despacho procederá a tener en cuenta, para efectos de la contabilización de la mora, la certificación allegada por la entidad demandada Fiduprevisora S.A. vista a renglón 24 del expediente digital, pues si bien la misma advierte que los dineros fueron devueltos por no cobro, de la constancia de pago expedida por el Banco BBVA, se evidencia, no solo que el pago fue surtido el 9 de diciembre de 2019, sino que el mismo fue objeto de trámite desde el 19 de noviembre

de 2019, de lo que se infiere que el pago fue puesto a disposición y/o inserto en la cuenta de nómina dentro del término legal - 21 de noviembre de 2019 -, tal y como se pasa a demostrar.

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:

Radicación de la solicitud. (Art. 4º Ley 1071 de 2006) Término: 15 días	12 de agosto de 2019
Vencimiento del término para reconocimiento.	3 de septiembre de 2019
Vencimiento del término de ejecutoria (10 días). Art. 76 C. de P.A. y de lo C.A.	17 de septiembre de 2019
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	22 de noviembre de 2019
Resolución de reconocimiento (Resolución 2591).	Del 27 de agosto de 2019
Pago efectivo	21 de noviembre de 2019
Periodo de mora.	No existió periodo de mora
Días de mora.	

Del anterior cuadro informativo de fechas, se colige que la administración cumplió con los términos establecidos en las disposiciones citadas para efectos del pago de las **cesantías parciales** del demandante, incluso se efectuó el pago dos (2) días antes de vencerse el término que tenía la entidad demandada para efectuar el mentado pago, situación que da lugar a despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Al tenor, el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo en armonía con el artículo 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

“Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

El Despacho insiste de manera enfática en aplicación del artículo 167 del Código General del Proceso, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”*, esto quiere decir si el demandante pretendía atribuirle la mora en el pago de las cesantías reconocidas a las entidades demandadas, tenían la carga procesal de acreditarlo, pero ello no sucedió y en razón de ello, el Despacho debe denegarlos.

Conforme a lo anterior, el Despacho no encuentra prueba de la ilegalidad del acto administrativo demandado en razón a que no infringió normas en las cuales deberían fundarse, dado que efectivamente la entidad demandada no incurrió en mora de manera injustificada, respecto al pago de la prestación económica reclamada por el demandante, por lo que se procederá a declarar probadaa las excepciones propuestas por la entidad demandada Municipio de Ibagué que denominó *inexistencia de la obligación demandada y falta de vicio en los actos administrativos que se acusan* y en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda, adicional a ello no se entrará a estudiar los demás medios exceptivos, de conformidad con el inciso 3 del artículo 282 del C.G. del P.

Condena en costas

En atención a lo ordenado por el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A. y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 365 del C. G. del P., aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C. de P.A. y de lo C.A. y el contenido del Acuerdo Nro. 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo superior de la Judicatura, por haber resultado vencida dentro del presente asunto se condenará en costas a la parte demandante.

Se fijará como agencias en derecho a favor de la entidad demandada a cargo de la parte demandante la suma de \$100.000 pesos equivalente al 4% de las pretensiones solicitadas, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso.

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 PROBADA las excepciones *inexistencia de la obligación demandada y falta de vicio en los actos administrativos que se acusan*, propuesta por el Municipio de Ibagué, conforme se expuso en precedencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho promovido por **Élber Camelo Castro** contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – Fiduprevisora S.A. - Municipio de Ibagué, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante. Para ellos se fijan como agencias en derecho la suma de \$ 100.000 pesos equivalentes al 4% de lo solicitado, las cuales deberán ser incluidas en las costas del proceso conforme lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

QUINTO: En firme la presente decisión, archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase²⁸

El Juez,



José David Murillo Garcés

²⁸ **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.