

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
NEIVA - HUILA

Neiva, cinco de junio de dos mil veinte

Asunto: Conciliación Prejudicial
Convocante: Gladys Salazar de Murcia
Convocado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Radicación: 41001-33-33-002-2020-00025-00

Se procede a resolver sobre el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la convocante contra la providencia del once (11) de febrero de 2020, que improbió conciliación celebrada ante la Procuraduría 153 Judicial II para Asuntos Administrativos el 28 de enero de 2020, fungiendo como convocante la señora **GLADYS SALAZAR DE MURCIA** y como convocado la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

La señora **GLADYS SALAZAR DE MURCIA**, por intermedio de apoderado judicial solicitó ante la Procuraduría 153 Judicial II para Asuntos Administrativos que se convocara a Conciliación Prejudicial a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, con la finalidad de que se declarara la nulidad del acto ficto o presunto surgido con ocasión de la petición de fecha 3 de octubre de 2018 radicado No. 2018PQR2776, y en su lugar le sea reconocida y cancelada de la SANCIÓN MORATORIA establecida por la Ley 1071 de 2006, por valor de \$14.269.878., a razón de \$113.253 diarios, contados desde el 11 de enero de 2018 hasta el 15 de mayo de 2018 para un total de 125 días de sanción.

Habiendo cumplido con los presupuestos para celebrar la conciliación extrajudicial, en audiencia celebrada ante la Procuraduría 153 Judicial II para Asuntos Administrativos, el 28 de enero de 2020, diligencia en la cual quedó consignado lo siguiente:

“... De conformidad con las directrices aprobadas por el comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Educación Nacional en sesión del 13 de septiembre de 2019, y de acuerdo con el estudio técnico presentado por la Fiduprevisora S.A., como sociedad administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –FOMAG- la posición del Ministerio es CONCILIAR en la audiencia de conciliación programada en virtud de la solicitud de conciliación que ha promovido GLADYS SALAZAR DE MURCIA contra NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG, y en donde se pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, bajo los siguientes parámetros, teniendo en cuenta la fecha de solicitud de cesantías y la fecha en la cual Fiduprevisora S.A. puso los recursos a disposición del docente.

No. De días de mora: 105
Asignación básica aplicable: \$3.397.579.

Valor de la mora: \$11.891.527.

Valor a conciliar: \$10.107.798 (85%)

**Tiempo de pago después de la aprobación judicial de la conciliación: 1 MES
(DESPUÉS DE COMUNICADO EL AUTO DE APROBACIÓN JUDICIAL)**

No se reconoce valor alguno por indexación.

Se paga la indemnización con cargo a títulos de tesorería de conformidad con lo establecido en la Ley 1955 de 2019 (Plan Nacional de Desarrollo). De lo anterior, se le corre traslado al apoderado (a) de la parte convocante. Estoy de acuerdo con la propuesta conciliatoria expedida por el comité de conciliación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y por tanto se acepta la misma. (...) Por lo anterior, el Procurador Judicial considera que el anterior acuerdo contiene obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuanto al tiempo, modo y lugar de su cumplimiento, siendo claro en relación con los conceptos conciliados, cuantía y fecha de pago, que se pagarán dentro de los dos meses siguientes a la fecha de ejecutoria del auto aprobatorio de la presente y reúne ... unos requisitos entre los que se encuentra que i) que no ha caducado el eventual medio de control, ii) el acuerdo conciliatorio versa sobre derechos económicos disponibles por las partes, iii) las partes están debidamente representadas y sus apoderados tienen capacidad para conciliar, iv) obran en el expediente las pruebas necesarias para justificar el acuerdo y en su consideración v) el acuerdo no es violatorio de la Ley ni lesivo al patrimonio público y que se estructura en la sentencia de unificación de 18 de julio de 2018 emitida por el Consejo de Estado.

Cumplido el trámite ante la Procuraduría, fue remitido a los Juzgados Administrativos, habiendo correspondido a este despacho, según el acta individual de reparto (fl.50) que en providencia del once (11) de febrero de 2020 improbió la conciliación, la que es objeto de reposición.

Los argumentos que expone el recurrente, con descortesía, se centran en indicar que el despacho no desvirtuó las disposiciones de la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018 proferida por el Honorable Consejo de Estado, y, por tanto, dicha decisión jurisprudencial es de obligatorio cumplimiento para todos los operadores jurídicos y para todos los ciudadanos; de igual forma, señaló que está en desacuerdo con lo dispuesto en la providencia, toda vez que no está probado que la sanción moratoria lleve a condenas desmesuradas contra el patrimonio público, ni que las cesantías sean un ahorro que sólo se pueden retirar por los docentes al momento de la finalización de la vida laboral.

En primer lugar, debe decirse con el debido respeto que el despacho no ha desconocido el precedente vertical ni la sentencia de unificación, lo que hizo el despacho al pronunciarse en la improbación de la conciliación fue **APARTARSE DEL PRECEDENTE Y LA SENTENCIA DE UNIFICACION**, con fundamento en los artículos 228 y 230 de la Carta Política, que establecen:

“...ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

“...ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Por su parte la Ley 270 de 1996, en su artículo 5º:

“...ARTÍCULO 5o. AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DE LA RAMA JUDICIAL. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.

“...Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.

Entonces, bajo este contexto, es claro que las decisiones de los jueces son independientes, y bajo el marco de la Constitución y la Ley, la jurisprudencia es solo un criterio auxiliar; ahora que se ha establecido que las sentencias de unificación de las altas cortes, en este caso del Honorable Consejo de Estado, se deben acatar y por vía jurisprudencial la obligatoriedad de acatarla y aplicarla por los jueces en casos similares, de donde queda claro que la premisa y la obediencia primaria del juez es que está sometido al imperio de la Constitución y la Ley y posteriormente a los criterios auxiliares; de ahí entonces, que no existe una limitante o una restricción de orden legal que obligue a los jueces aplicar las sentencias de unificación sin hacer un estudio juicioso de cada caso en particular y en especial, cuando se está en confrontación con la ley que establece un marco reglado, que debe de tener en cuenta el juez, como es el caso de la sanción moratoria de las cesantías de los servidores públicos, y les esté prohibido o vedado apartarse de las sentencias de unificación como ha acontecido en este caso, de donde el despacho no está de acuerdo con lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado y por eso se separa y expone los motivos de su disenso, en esta materia, porque hay que dejar claro, que en su gran mayoría, se han acatado y aplicado jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, no solo de sentencias de unificación, sino de otras donde han dejado aclarado situaciones al interpretar la ley para casos particulares y en otras han fijado subreglas, por encontrarlas acordes a la Constitución y la Ley, en el caso de la sanción moratoria, no, porque ahí, no se unificó la jurisprudencia sino que se estableció una regla jurídica, totalmente contraria a la Ley, aún más que no hay norma que contemple que los 70 días deben contabilizarse a partir de la radicación de la solicitud de las cesantías, de donde, unificar la jurisprudencia es definir en un solo sentido varias sentencias del alto tribunal o de los inferiores, que sobre un mismo asunto existe diferentes decisiones contradictorias, unas adversas y otras a favor de los que demandan, a pesar que se encontraban en la misma situación fáctica y jurídica, pero existen para un mismo asunto diferentes interpretaciones, pero la Constitución y la Ley no ha facultado a las Altas Cortes a crear reglas o darle un sentido distinto a lo consignado en la Ley, y menos en materia procesal, que son precisamente los términos que establecen las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, las cuales debe armonizarse con la Ley 344 de 1996, que son claras, expresas y no ofrecen ninguna duda en su aplicación e interpretación, pueden establecer subreglas, y distintas clases de sentencias, pero en la labor constitucional de control de las normas, mas no en el caso de decidir asuntos ordinarios y existe un control de legalidad frente actos de contenido particular y concreto, donde se afecta el patrimonio público, donde existe un procedimiento reglado tanto para responder un derecho de petición como para que opere los silencios administrativos negativos y positivos, que bajo el principio legal que las normas procesales son de orden público y de estricto cumplimiento, de ahí, que si

la Ley establece un plazo legal y perentorio como es lo consignado en las Leyes 244, 344 y 1107, a los jueces de la República no tenemos otro camino que acatarlos, porque estamos sometidos a su imperio.

Lo que ha sucedido con la tesis establecida por el Consejo de Estado, de contabilizar 70 días a partir de la radicación de las cesantías, de donde vencidos éstos dan por hecho configurada la mora, y exigible la obligación, aún se podría contextualizar y afirmar con esta posición, que emerge sin duda alguna un título ejecutivo, basado en un silencio positivo, que nace, de la jurisprudencia y no de una norma positiva expedida por el legislador, como lo establece el ordenamiento jurídico nuestro, de donde no sería necesario acudir a la reclamación en sede administrativa, bastaría sencillamente, promover el proceso ejecutivo, teniendo como título ejecutivo la sentencia de unificación que estableció el marco o límite temporal, de 70 días, 15 días, para resolver, la petición, 10 de ejecutoria y 45 para pagar, vencidos, éstos se hace exigible la mora, sumado a éste, el acto que reconoce las cesantías, su notificación y la constancia de pago; no habría necesidad del desgaste administrativo ante la entidad, el de la conciliación prejudicial y menos aún el del medio de control de nulidad y restablecimiento porque ya está todo dicho, de acuerdo a la jurisprudencia está materializado el derecho, sin que los jueces asumamos o estudiemos, y solo apliquemos las sentencias de unificación, sin ninguna posición al respecto; pero, surgen otras inquietudes, si el beneficiado de las cesantías renuncia a los términos no es 70 sino 60 días; y cuál sería la jurisdicción que le correspondería conocer de ese proceso ejecutivo, dado, que el título no nace de una sentencia condenatoria si no una posición jurisprudencial y tampoco es producto del silencio positivo; por estas situaciones contradictorias a la Ley, es que ante esta tesis, el despacho encontró que tal interpretación no se ajustaba a la Constitución y la ley y por eso se ha APARTADO de la sentencia de unificación, no desconociéndola, sino apartándose con una debida motivación, en los puntos que consideró el titular este despacho, hay una disconformidad frente a los mandatos constitucionales y legales, como se expuso y que en esta providencia se reiterará los argumentos allí plasmados.

En consecuencia, se debe dejar en claro, en esta providencia, que el despacho, no desconoce la sentencia de unificación sino que se aparta, desconocer es ignorar su contenido y apartarse, es tener claro conocimiento de la providencia, pero no se está de acuerdo con los argumentos expuestos ni con la decisión tomada, por eso se motiva en cada ítem o párrafo del cual no se está de acuerdo, y se hace con fundamento en la Constitución, la Ley y los parámetros que se han dispuesto por la jurisprudencia para apartarse debidamente motivado de la obligatoriedad que la misma ha establecido para los jueces de la República, de donde el despacho insiste que los jueces estamos sometidos al imperio de la Constitución y la Ley, y en la providencia recurrida se hizo la argumentación fáctica y jurídica, teniendo en cuenta este panorama, y al apartarse el despacho de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, así la motivó:

“...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), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51], 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 2006”.

MOTIVACION

Con el debido respeto, del Honorable Consejo de Estado, en el cual se expone que el cómputo del término de la sanción moratoria, comienza a partir de la radicación de la petición, teniendo en cuenta lo dispuesto en la normatividad citada esto es artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011 y/o 5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51, los que sumados dan 70 días, desde la misma fecha de radicación; bajo este panorama me aparto de esta subregla, en primer lugar porque los jueces estamos sometidos al imperio de la Constitución y la Ley, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 230 de la Constitución Nacional, y son criterios auxiliares la jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derecho, bajo este contexto, prevalece la aplicación e interpretación, de las normas vigentes que regulan cada caso, en especial el que nos ocupa, la sanción moratoria, y como criterio auxiliar la jurisprudencia, para brindar la garantía de la seguridad jurídica de los asuntos sometidos a los jueces de la república, de tal manera que no se vulnere el debido proceso y derecho de defensa de las partes, así como el principio del derecho sustancial sobre el procesal y en este caso donde también está en debate el patrimonio público, que es a lo que conlleva a las condenas desmesuradas de la sanción moratoria, donde casi siempre es por culpa de la administración, pero también con la complacencia de los interesados que entre más perduren en reconocerles sus cesantías, más provechosa es la rentabilidad, que en ocasiones supera el valor de las cesantías reconocidas, a pesar de contar con los mecanismos constitucionales y legales para hacer efectivo el reconocimiento y pago de manera oportuna si en realidad la necesidad de las mismas conlleva de reclamarlas, porque debemos recordar que las cesantías es un ahorro forzado del servidor o empleado o trabajador, para hacerlas efectivas al finalizar su vida laboral.

Sin desconocer, la obligatoriedad del precedente jurisprudencial y de las sentencias de unificación de las cuales he sido respetuoso y las he acatado, pero también he asumido con responsabilidad la posición cuando observo en mi poco y modesto conocimiento de los temas jurídicos, que la posición que unifican los honorables Consejeros de Estado o la Honorable Corte Constitucional, pero como juez de la República me amparo en lo establecido en la Constitución que los jueces estamos sometidos al imperio de la Constitución y la Ley, y acatando lo que la jurisprudencia establece al interpretar el ordenamiento jurídico en su providencias, sean de unificación o no, pero siempre considerando y aplicando el precedente en muchas ocasiones resolviendo asuntos solo con fundamento en ellas cuando se trata de casos similares o que de alguna manera se enmarcan dentro de las tesis expuestas; pero, igualmente, en la medida, que encuentre que no cubren en su totalidad la mayoría de los aspectos concernientes al tema, como es el caso de la mora de las cesantías, donde considero con todo respeto que la subregla sobre los términos a partir de la fecha que deben contarse a partir de la radicación de la solicitud de las mismas, que a mi modesto entender y consideración, contraviene el ordenamiento jurídico vigente, el cual no debe de ser así por las siguientes razones:

1.- El término que uno de los apartes señala que se debe comenzar a contabilizar es a partir de la radicación de la solicitud, es un contrasentido al contenido del ordenamiento jurídico, en lo que respecta a la obligatoriedad que tiene la administración de dar respuesta a las dentro de los 15 días siguientes, afirmar que por el solo hecho de radicar la petición se hace exigible la sanción moratoria, va en contra del ordenamiento jurídico, porque es claro que el legislador, creo unos tiempos para hacer efectiva la sanción moratoria, para el caso de las cesantías definitivas anuales, de los servidores públicos, está definido que si no se consignan a más tardar el 15 de febrero, las liquidadas y reconocidas a 31 de diciembre del año anterior, se causa la mora, artículo 15 de la Ley 344 de 1996, en la cuenta individual del trabajador en el fondo de cesantías de su elección (art. 99 Ley 50 de 1990, aplicable en virtud de lo dispuesto

en el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998.); pero para el caso de las cesantías parciales, las cuales las solicita el empleado en este caso los docentes, para los eventos que la misma ley permite, esto es que se trate de cesantías retroactivas, que en el caso de este personal, solo rige para para los vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, los demás que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, quedan sometidos a la norma general, esto es anualizado, por mandato del literal b) del numeral 3º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que dispuso:

“...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.

Entonces es claro, que las cesantías retroactivas solo son beneficiarios los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, los vinculados posteriormente están regidos por las normas generales que las reglamentan, artículo 15 de la Ley 344 de 1996, en la cuenta individual del trabajador en el fondo de cesantías de su elección (art. 99 Ley 50 de 1990, aplicable en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1582 de 1998.) entre ellas incluidas la Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que establecen clara y expresamente a partir de cuándo se deben contabilizar los 45 días que tiene la entidad para pagar, que no es otro que a partir de la ejecutoria del acto que las reconoce, retrotraer dicho término a la fecha de la radicación, más los diez días virtuales, y luego los 45 días, para que se haga obligatoria la sanción moratoria, es vulnerarle el debido proceso a la entidad, que en virtud de la subregla establecida en esta sentencia de unificación no le están dando ni siquiera los 15 días para contestar, pasando por alto los términos de la notificación que consagra el CPACA, y por hecho, que al hacerse exigible la mora, cambia en virtud de la jurisprudencia el silencio negativo, y se materializa el positivo, porque es claro que la normatividad consagrada en el CPACA, establece, que si pasados 3 meses no hay respuesta de la administración la respuesta es negativa, pero en aplicación de la subregla se establecería de manera virtual el silencio positivo, porque se hace exigible la sanción moratoria, por tanto, bastaría agotar el procedimiento respectivo y hacer efectivo el derecho, lo que no tiene un sustento legal sino jurisprudencial, pero será que se constituye el mérito ejecutivo en los términos del C.G.P., a raíz de la subregla expuesta en esta sentencia de unificación.

2.- No es para justificar la deficiencia o mora de la entidad, pero si la persona reclama sus cesantías parciales, es porque existe una necesidad apremiante, vivienda o educación, por tanto, tiene los mecanismos como la tutela si pasados los 15 no da respuesta, promover si es del caso con medida provisional, si es que se le está causando un riesgo; o pasados los tres meses del silencio negativo, demandar en medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; igualmente, con medida cautelar, suspendiendo el acto ficto presunto, para que le cancelen, las cesantías, si se le está causando un perjuicio, si transcurridos estos términos el interesado guarda silencio, es porque no le asiste interés en las cesantías, o más bien, el interés es para que se cause la sanción moratoria conforme a la tesis de la sentencia de unificación.

TESIS SENTENCIA DE UNIFICACION

Ahora en cuanto a la tesis de:

“...Para calcular la sanción moratoria por falta de expedición del acto de reconocimiento, o siendo tardío, adicionalmente deberá la Sala analizar la causación de la

penalidad en el evento de que exista acto escrito de parte de la administración que reconoce la cesantía, sí se notifica o no, a través de qué medio o, si se renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, considerando que éstos son los momentos en que legamente se inicia el término para controvertirlo y después verificar el pago oportuno de la cesantía. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto. Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, sí el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de éste medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56 del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 *ibidem*; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

MOTIVACION PARA APARTARSE

Frente a este aspecto, el interesado en ocasiones, no permite su notificación en los términos del CPACA, lo que hace que se haga inocua la intención de la administración de notificar el acto dentro de los términos, pero igual vuelve y se retoma, los términos que tiene la administración para contestar un derecho de petición, que es de 15 días, sin que por ello se considere que la obligación se hace exigible, o que opera por ley la sanción moratoria, la Ley 1071, determina expresamente a partir de cuándo se deben contabilizar los 45 días, para que se haga exigible la sanción moratoria; por eso, en el evento que no haya respuesta de la administración, dentro de los 15 días, la legislación contempla, la posibilidad de acudir a la acción de tutela, para que se dé respuesta de fondo, ni siquiera este mecanismo constitucional puede conllevar a ordenar el reconocimiento de las cesantías y la sanción moratoria, porque la ley y la jurisprudencia, han establecido otros mecanismos de defensa judicial; o esperar que transcurra los términos que contemplan los artículos 83, 84 y 86 del CPACA, el primero y el del tercero, el silencio administrativo negativo, que es de tres meses y dos meses respectivamente, debe transcurrir necesariamente, para que el interesado pueda acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, como si la respuesta hubiera sido negativa, de hecho, si prospera y se reconocen por sentencia las cesantías, teniendo en cuenta la tesis unificada del Máximo Órgano de lo Contencioso, no operaría la sanción moratoria, sino transcurrido los términos que la Ley dispone para el cumplimiento del fallo y si es positivo, realizar el procedimiento que establece la norma, para hacer efectivo su derecho, por eso; y en el caso que haya dado respuesta afirmativa, la exigibilidad de la obligación solo debe contabilizarse pasados los 45 días, como lo consagra la Ley 1071, término que precisa la sentencia de unificación en la parte final del párrafo transcrito, de ahí entonces, que establecer un término perentorio de 70 días para tener como exigible la sanción moratoria, para el suscrito, es un término que va en contravía de la Constitución y la Ley, vulnerándose el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, además afecta el patrimonio público, donde el interés general prima

sobre el particular, además que de establecerse deben inaplicarse las normas que regulan expresamente a partir de cuándo se deben contabilizar, como el artículo 5° de la Ley 1071.

Y se reitera la posición que son los términos que indica la Ley cuando el Honorable Consejo de Estado establece la siguiente tesis al resolver los recursos:

TESIS SENTENCIA DE UNIFICACION

“...Otras de las posibilidades que puede ocurrir cuando se interpone un recurso, es que éste no sea resuelto. Frente a esta circunstancia, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en que una de las modalidades del derecho de petición es justamente el recurso gubernativo, el cual debe ser resuelto por la autoridad competente en el término de 15 días como si se tratara de una solicitud común y corriente, al margen que pasados 2 meses se entienda configurado un acto ficto. De acuerdo con lo anterior, pasados 15 días hábiles sin que se notifique acto que resuelve el recurso interpuesto, empezará a correr el término que tiene la administración para pagar la cesantía en los términos que fue reconocida, plazo previsto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 que debe agotarse para causar la sanción moratoria.

MOTIVACION

En esta tesis, igual, que la posición anterior, hay un contrasentido, que sucede si la petición de las cesantías es negativa, no hay derecho reconocido no hay sanción que aplicar; pero si en el evento es positivo, se le reconoce las cesantías, y se interponen los recursos, se producen dos eventos distintos, uno el que permite que el acto quede ejecutoriado, y se contabilicen los 45 días de la Ley 1071, de donde la providencia de unificación establece la obligatoriedad a partir de la radicación de la solicitud para contabilizar los 70 días y el otro que al interponerse los recursos, si no se han resuelto dentro de los quince días siguientes, deberán contarse los 45 días para pagar, pero que sucede con la tesis expuesta de contabilizarse a partir de la radicación, con esta nueva tesis se sobreentiende que se omite y solo se debe contabilizar vencidos los quince días después de interpuestos los recursos, de ésta última tesis, se desprende que el acto queda ejecutoriado al no darse respuesta dentro de los quince días, sin que se produzca el silencio negativo dentro de los dos meses, de donde la exigibilidad queda en entredicho, al no quedar ejecutoriado el acto que las reconoce, dado que si la administración tiene el deber de cancelarlas, dentro de los 45 días siguientes, el asociado, puede acudir en vía ejecutiva para hacerlas efectivas, frente a un título ejecutivo que adolece de exigibilidad al no quedar en firme, donde vuelvo y reitero, se vulnera el debido proceso y se afecta el erario público, por eso reitero que se debe aplicar los términos que indica la ley.

En conclusión, acoger la tesis en su integridad de los 70 días, a partir del día en que se radica la petición, y tener como exigible la sanción moratoria a partir del siguiente día de vencimiento de éstos, es tener por configurado o constituido el título ejecutivo, sin estar en presencia del silencio positivo, porque no hay norma que lo consagre, conformado por el acto de reconocimiento de las cesantías y la sentencia de unificación y no sería necesario acudir en sede administrativa a la reclamación de la sanción moratoria, como tampoco acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sino acudir directamente al proceso ejecutivo, porque se da por descontado que la sanción moratorio se ha hecho exigible, a partir del día siguiente de vencimiento de los 70 días, que dice la sentencia de unificación, donde quedaría la incertidumbre cuál sería la jurisdicción competente, dado que no se trata de una controversia contractual, ni se desprende de un fallo condenatorio ni de una conciliación judicial o extrajudicial de asuntos que se ventilan en esta jurisdicción.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que las cesantías de los docentes vinculados con posterioridad a la vigencia del régimen anualizado de cesantías, por mandato del literal b) del numeral 3° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, sus cesantías le son reconocidas de manera anualizada, por tanto no tiene el tratamiento de las retroactivas para aquellos vinculados antes de la vigencia de esta Ley, tal y como se desprende del mismo acto que reconoció sus cesantías, aquí no cabría la aplicación de la sanción moratoria, si no de

indexación o reconocimiento de intereses, como los que devengan las cesantías en los fondos privados que administran las cesantías; e incluso la norma general no le sería aplicable, como lo expuso en su Salvamento de Voto en la Sentencia SU-332 de 2019, el Magistrado doctor JORGE GABINO PINZON, donde expuso:

“...En segundo lugar, la mora en el pago da origen a una sanción consagrada en la ley que no puede ser confundida ni identificada con la prestación que constituye el objeto de la obligación de contenido económico que no se paga en forma oportuna. La diferenciación entre el débito, que recae sobre la obligación, y la responsabilidad, que define las consecuencias del incumplimiento, como lo es la sanción legal que se considera aquí, no puede ser desconocida en esta materia, ni ser aplicada por fuera de su marco legal especial. Como se señaló en otro de los salvamentos de voto a la sentencia SU- 336 de 2017, “La sanción moratoria, como su nombre lo indica , es una ‘sanción’, por lo cual debe tener una fuente de derecho exacta y no extenderse de un régimen general a uno especial que no la contempla, esto podría afectar el principio de legalidad de las sanciones (...) (-) Dentro de la libre configuración del legislador está la posibilidad de crear o no una sanción frente al incumplimiento de un derecho laboral; así las cosas, no todo derecho laboral tiene una sanción moratoria asociada y en consecuencia, la existencia de una sanción no es lo que da la exigibilidad. En este caso es importante considerar que el legislador no estableció una norma sancionatoria de la mora en el pago de las cesantías del régimen particular de prestaciones sociales del Magisterio” (salvamento del M. C. Bernal).

Y en cuanto a la aplicación del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que dispone:

“...ARTÍCULO 57°. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

“...Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo 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.

“...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 Secretaria 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.

“...PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.

“...La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención.”

De la norma transcrita se desprende que la responsabilidad del pago de la sanción por mora, será a cargo de las entidades territoriales, en este caso no sería viable

disponer sobre tal responsabilidad, dado que correspondería vincular al Departamento del Huila, como parte, en garantía de los derechos del debido proceso y derecho de defensa, y en esta instancia judicial, se le estarían vulnerando éstos derechos, dado que la vigencia de la citada ley es posterior a la actuación administrativa que generó la mora, el agotamiento en sede administrativa y a la fecha de presentación de la demanda; por tanto, le corresponderá a la demandada, de ser jurídicamente viable adelantar la respectiva repetición contra la entidad; y en cuanto al pago de la deuda a través de bonos o título de tesorería, ya le corresponde al Ministerio de Hacienda hacerlo en virtud de las facultades que la ley le otorgó.

Lo anterior teniendo en cuenta, además, la siguiente posición de la Corte Constitucional en sentencia SU-354 de 2017:

3.1. Según lo consagrado en los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, como tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa, al igual que la Corte Constitucional, como órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Carta, tienen el deber de unificar la jurisprudencia al interior de sus jurisdicciones, de tal manera que los pronunciamientos por ellas emitidos se conviertan en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como *“la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”*¹. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio *stare decisis* o *estar a lo decidido*, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares².

Bajo ese entendido y de acuerdo a la autoridad que emitió el pronunciamiento, se puede clasificar el precedente en dos categorías: (i) el precedente horizontal, el cual hace referencia a las decisiones proferidas por autoridades del mismo nivel jerárquico o, incluso, por el mismo funcionario; y (ii) el precedente vertical, que se refiere a las decisiones adoptadas por el superior jerárquico o la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia³. El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima⁴, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución. Asimismo, el precedente vertical, al provenir de la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia dentro de cada una de las jurisdicciones, limita la autonomía judicial del juez, en tanto debe respetar la postura del superior, ya sea de las altas cortes o de los tribunales.

3.2. Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reconocido el valor del precedente judicial de la *ratio decidendi* de sus decisiones, tanto en materia de constitucionalidad como en materia de tutela⁵.

En la sentencia C-104 de 1993 manifestó que las decisiones de la Corte Constitucional tienen naturaleza *erga omnes* y, además, no constituyen un criterio auxiliar de interpretación sino que *“la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”*.

¹ Sentencia SU-053 de 2015.

² *“El Precedente Constitucional teoría y praxis”*, Editorial Ibáñez S.A.S, 2013. Definición citada en la sentencia T-460 de 2016.

³ Sentencia T-460 de 2016.

⁴ Sentencia T-049 de 2007.

⁵ Las consideraciones generales sobre el precedente judicial obligatorio que se referenciarán en este aparte se sustentan en la base argumentativa y jurisprudencial de la sentencia C-621 de 2015.

En sede de tutela, esta Corporación también se refirió a este asunto en la sentencia T-260 de 1995, oportunidad en la que sostuvo lo siguiente:

“Es verdad que, como esta Corporación lo ha sostenido repetidamente, uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus propias competencias (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), pero ella no se confunde con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían, no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar”⁶.

Más adelante, la Corte señaló que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la Corte Constitucional⁷. De igual forma, preciso que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi* constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, *“ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma”⁸.*

La jurisprudencia de este Tribunal ha sostenido incluso que en sus decisiones, respecto a la interpretación de la Constitución en materia de derechos fundamentales, tienen prevalencia respecto de la interpretación que sobre la misma realicen los demás órganos judiciales, al habersele encargado la guarda de la supremacía de la Constitución.

Esto se refuerza a partir de las consideraciones expuestas en la sentencia C-816 de 2011 en la que la Corte declaró exequibles los incisos primero y séptimo del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, luego de indicar que las autoridades al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar de preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.

De igual forma, lo expresó en la sentencia C-539 de 2011, oportunidad en la que declaró exequible la expresión *“que en materia ordinaria o contenciosa administrativa”* contenida en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, bajo el argumento de que los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional, la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general.

3.3. Lo dicho previamente no conlleva necesariamente a que en todos los casos los jueces deban acogerse al precedente judicial. Existen ciertos eventos en los que la autoridad puede desligarse del mismo, siempre que argumente de manera rigurosa y clara las razones por las cuales procede de ese modo.

Este Tribunal explicó que el *apartamiento judicial del precedente* es la potestad de los jueces de distanciarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de la autonomía judicial constitucional⁹. Para que sea válido es necesario el

⁶ Reiterada en la sentencia T-715 de 1997.

⁷ Sentencia C-539 de 2011.

⁸ Sentencia T-439 de 2000.

⁹ Sentencia T-309 de 2015.

previo cumplimiento del estricto deber de consideración del precedente en la decisión, ya que la jurisprudencia de las corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella. Sobre el particular expuso:

“Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga”¹⁰.

3.4. Bajo ese entendido, el desconocimiento del precedente sin la debida justificación por parte del juez configura un defecto sustantivo como causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Descendiendo de lo anterior, el despacho mantiene su posición reiterando que al apartarse motivó debida y jurídicamente la decisión de improbar, situación que así lo reitera la jurisprudencia, que fue la que impuso, la obligatoriedad del precedente su efecto vinculante y los presupuestos que debe tener en cuenta los jueces para apartarse, que no es otro que motivarla debidamente.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Neiva Huila,

RESUELVE:

PRIMERO: No reponer la providencia recurrida por las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,


JESUS ORLANDO PARRA

¹⁰ Sentencia C-621 de 2015.