

1ª Instancia

Proceso: Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado 73001-23-33-000-2019-00232-00

De: Rosalba Rincón Gómez

Contra: Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, 27 de enero de dos mil veintidós (2022).

RADICACIÓN: 73001-23-33-000-2019-00232-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: Rosalba Rincón Gómez en representación de su hija menor Andrea Catalina Cardozo Rincón
APODERADO: Aide Alvis Pedreros
DEMANDADO: Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
APODERADO: Luís Alfredo Sanabria
REFERENCIA: Sentencia de primera instancia.

Surtido el trámite correspondiente y al no advertirse causal de nulidad de lo actuado, procede el Tribunal Administrativo del Tolima¹ a proferir la sentencia que en derecho corresponde, con fundamento en los razonamientos que se pasan a exponer.

ANTECEDENTES

La Demanda:

La señora Rosalba Rincón Gómez mediante apoderado judicial, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., presentó demanda contra la **Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima**, con el fin de que se despachen las siguientes:

Declaraciones y Condenas (fl. 5):

Que se declare la ocurrencia del fenómeno jurídico del silencio administrativo frente al derecho de petición presentado el 6 de septiembre de 2018, por medio del cual se

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 Covid-19 o popularmente “*coronavirus*”; y el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida, aprobada y firmada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas del señor José Alonso Cardozo Quintero (q.e.p.d) establecida en la Ley 1071 de 2006.

A título de restablecimiento del derecho.

- Se condene a reconocer y pagar la suma de noventa y un millones trescientos setenta y tres mil quinientos noventa y siete (\$91.373.597) por concepto de cesantías definitivas del señor José Alonso Cardozo Quintero q.e.p.d, según proceso de sucesión tramitado, y que consta en la escritura pública 1377 del 26 de mayo de 2012 de la Notaria Primera del Círculo de Ibagué (fl. 6).
- Que se condene a la entidad demandada a pagar la sanción por mora establecida en la ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de las cesantías ante la demandada, y hasta cuando se haga efectivo el pago de la misma (fl. 6).
- Que se ordene a la entidad demandada a pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de las cesantías y la sanción moratoria (fl. 6).
- Condenar en costas (fl. 7).

Hechos (fls. 4 a 5)

Como fundamentos fácticos en el escrito de demanda se expresó:

1. La señora Rosalba Rincón Gómez en representación de su menor hija Andrea Catalina Cardozo Rincón, solicitó el pago de las cesantías definitivas adjudicadas en sucesión del señor José Alonso Cardozo Quintero q.e.p.d, -padre de la menor- (fl. 4)
2. Mediante escritura pública número 1377 del 26 de mayo de 2012 de la Notaria Primera del Círculo de Ibagué, en trámite de sucesión del señor José Alonso Cardozo Quintero, se le adjudicó a la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón el pago de las cesantías definitivas en cuantía de noventa y un millones trescientos setenta y tres mil quinientos noventa y siete (\$ 91.373.597). (fl. 4)
3. El 28 de febrero de 2013 la Fiduciaria La Previsora S.A, se negó a cancelar las cesantías definitivas, amparándose en el artículo 52 y siguientes del Decreto 1848 de 1969, donde se indica que los hijos legítimos tienen pleno derecho al reconocimiento de las prestaciones. (fl. 4).
4. La Fiduprevisora no tuvo en cuenta la Escritura Pública antes citada, por cuanto existían documentos anexos al expediente donde indican la existencia de más hijos que acreditan este derecho, sin detenerse a revisar la sucesión tramitada, donde se adjudicó a la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón el pago de las cesantías definitivas en cuantía de noventa y un millones trescientos setenta y tres mil quinientos noventa y siete (\$91.373.597), y otra parte para la señorita Diana Cardozo, las cuales le fueron canceladas a esta última (fl. 4).
5. Ante la negativa de la Fiduprevisora, la accionante interpone acción de tutela para que se le diera respuesta a la petición de pago de cesantías, sin recibir respuesta; inicia Incidente de Desacato conllevando a que la entidad demandada respondiera que las cesantías ya habían sido canceladas a Andrea Catalina Cardozo Rincón, respuesta que la actora manifiesta es falsa (fl. 4).

6. Para agotarse la vía gubernativa el 6 de septiembre de 2018, se solicita nuevamente cancelar las cesantías definitivas y la sanción por mora, a la que tiene derecho la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón, configurándose silencio administrativo. (fl. 5).

Normas violadas y concepto de violación.

Como normatividad transgredida el profesional en derecho trae a colación:

Se violaron los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que establecen un término perentorio para la liquidación de las cesantías, y expedición de la resolución, en aras de no transgredir los derechos prestacionales de los docentes.

Manifestó que en sentencia de unificación del 27 de marzo de 2007, Magistrado Ponente Jesús María Lemus Bustamante, indicó que el término para la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en que el interesado radicó la petición, quince (15) días hábiles para expedir la Resolución, cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que queda en firme la resolución, para un total de sesenta y cinco (65) días hábiles, transcurrido los cuales se causará la sanción moratoria.

Concluyendo, que cuando la entidad no se pronuncie frente a la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías, el término del cálculo para la indemnización moratoria comenzará a computarse a partir del día siguiente a los sesenta y cinco (65) días hábiles posteriores a la radicación de la petición.

Contestación de la demanda.

De conformidad con lo ordenado por el auto admisorio del 20 de agosto de 2019 (fl. 100), notificado a las partes (fls. 104 a 110), y dentro del término concedido para contestar demanda, **las entidades guardaron silencio** (Constancia Secretarial fl. 117 Vto.).

Alegatos de conclusión

Mediante providencia del 5 de noviembre de 2020 (fls. 180 a 181) se ordenó correr traslado a las partes e intervinientes por el término común de 10 días para que presenten por escrito sus respectivos alegatos de conclusión, así mismo, que en el término anterior podrá el representante del Ministerio Público presentar el concepto si bien lo tiene.

Tanto el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como el Departamento del Tolima **guardaron silencio**, tal y como se observa en constancia secretarial visible en folio 202 vto.

Parte Demandante (fls. 197 a 201)

La apoderada de la parte actora se ratificó en los fundamentos fácticos y jurídicos indicados en la demanda, para lo cual solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público

No presentó concepto.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del C. de P. A. y de lo C.A., es competente el Tribunal Administrativo del Tolima para resolver en primera instancia el litigio.

Por otro lado, considera la Sala que el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho instaurado (artículo 138 C de P.A y de lo C.A) es el procedente, toda vez que por esta vía se pretende la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento y pago de las cesantías y sanción moratoria por no pago oportuna de estas, prestaciones que fueron adjudicadas a la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón en la sucesión del señor José Alonso Cardozo Quintero.

Problema jurídico.

En virtud de lo expuesto, la Sala entrará a analizar si a la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón, representada por su señora madre Rosalba Rincón Gómez, tiene derecho al reconocimiento y pago de las cesantías, así como la sanción por mora que le corresponden como heredera de su padre José Alonso Cardozo Quintero.

En caso de que lo anterior se determine procedente, la Sala analizará si es viable declarar la nulidad de acto administrativo ficto o presunto, como consecuencia del silencio administrativo al no dar respuesta a la petición del 6 de septiembre de 2018, incoado por la parte actora.

Marco Normativo

De la nulidad y restablecimiento del derecho

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

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

En el *sub judice*, si tiene que la menor **Andrea Catalina Cardozo Rincón**, representada por su madre Rosalba Rincón Gómez, ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efecto de cuestionar el silencio administrativo al no darse respuesta a la petición fechada del 6 de septiembre de 2018, por lo que el acto ficto o presunto niega el reconocimiento y pago de las cesantías y sanción mora

reclamadas, afectando a la demandante 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 la Sala es competente para conocer de ello.

El Consejo de Estado² 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 produce³, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley⁴, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁵, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁶.

*Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁷, de la administración o de los particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc. En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: **a)** El objeto (una decisión); **b)** la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); **c)** los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); **d)** las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y **e)** la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde una perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Ref: Expediente No. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

³ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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).

⁷ 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.

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.

Naturaleza de las cesantías y su transmisión

La cesantía es una prestación social que está concebida para que sea retirada por el trabajador al finalizar la relación laboral, momento en que puede disponer libremente de su importe, ya sea por pago directo por el empleador o por intermedio del fondo de cesantía al cual se encuentre afiliado según el caso.

Ahora bien, el artículo 58 del decreto 1848 de 1969, dispone:

*“ARTICULO 58. TRANSMISIÓN DE DERECHOS LABORALES. <Artículo compilado en el artículo 2.2.32.7 del Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1083 de 2015> Al fallecimiento del empleado oficial se transmite a sus herederos el derecho al auxilio de cesantía correspondiente al de *cujus*, lo mismo que los demás derechos laborales causados en favor de éste y que no se hubieren satisfecho antes de su muerte”.* Negrilla fuera del texto.

Por consiguiente, el carácter de heredero de una persona se adquiere por la defunción del de *cujus*, que lo haya instituido como tal en su testamento, sin condición, o porque por los lazos de la sangre se halle en el caso de ser considerado como tal.

Los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El artículo 115 de la Ley 115 de 1994, prevé que los docentes oficiales se benefician del reconocimiento del auxilio de cesantías de acuerdo con los parámetros establecidos por el artículo 15 (numeral 3) de la Ley 91 de 1989, norma que distingue entre los que se benefician del régimen de cesantías retroactivas y aquellos a quienes les es aplicable el de cesantías anualizadas con pago de intereses y sin retroactividad.

Ahora bien, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018⁸, indicó que el cargo de Docente Oficial comprende todos los elementos propios de un empleo público y, en tal medida, se trata de auténticos servidores públicos sujetos a las disposiciones de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

En virtud de lo anterior, corresponde al Fomag liquidar y reconocer el auxilio de cesantía parcial o definitiva de los docentes oficiales, actividad que, en virtud de la «prestación descentralizada de los servicios» consagrada en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989 y de la delegación de que trata el artículo 9 *ibidem*, desarrolla a través de las secretarías de educación de los entes territoriales. Mientras que el pago de la prestación debe ser efectuado a través de la sociedad fiduciaria que administre los recursos del fondo, que en la actualidad es la Fiduprevisora S.A.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018, Radicación número 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), Actor: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima.

La sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006

El Gobierno Nacional a través de la ley 6ª de 1945, en sus artículos 12 y 17 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1 de enero de 1942.

La precitada prestación social fue reglamentada a través del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.”*

Hasta este momento las prestaciones sociales de los empleados públicos habían sido expedidas de manera genérica, y sin hacer una referencia expresa al personal docente; no obstante, en 1989 con la expedición de la Ley 91 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con él se determinó que esta entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes.

Ahora bien, en sentencias de la Corte Constitucional, C - 741 de 2012⁹ y C - 486 de 2016¹⁰, respecto del reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías a favor de los docentes oficiales, indica que es un régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993, y que por lo tanto le es aplicable el ordenamiento especial; es decir, a través del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se debe tener en cuenta lo establecido en la Ley 244 de 1995 y su posterior reforma, la Ley 1071 de 2006.

Del mismo modo, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de julio de 2018¹¹ unificó la aplicación de la Ley 1071 de 2006 (que modificó la Ley 244 de 1995) a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, regidos por la Ley 91 de 1989, teniendo en cuenta las diversas posturas que tenía el Consejo de Estado sobre el reconocimiento de la sanción moratoria en el pago de las cesantías a favor de los docentes. Es por ello, que en la citada sentencia explicó que los docentes hacen parte de la categoría de empleados públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, por la naturaleza del servicio que prestan; la regulación del servicio docente; su ubicación en la Rama Ejecutiva del Estado; y la implementación

⁹ Corte Constitucional. Sentencia 741 de 2012, Referencia: expediente OG-137, Objeciones Gubernamentales por inconstitucional al Proyecto Ley número 114/09 Senado, 296/10 Cámara *“Por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2º, literal a) de la Ley 91 de 1989”*, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla; Sentencia del 26 de septiembre de 2012.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 2016, Referencia: expediente D-11244, demanda de inconstitucionalidad de Yobany López Quintero contra el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa; Sentencia del 7 de septiembre de 2016.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15) CE-SUJ2-012-18, Actor: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima.

de la carrera docente, que comprende el ingreso, ascenso y retiro del servicio.

Aunado a lo anterior, la mencionada Sentencia de precisó que la Ley 1071 de 2006 prevalece sobre el Decreto 2831 de 2005, que fue inaplicado por la excepción de ilegalidad, ya que desconoce la jerarquía normativa de la ley en comento, al establecer términos diferentes para el reconocimiento de las cesantías definitivas o parciales.

Ahora bien, las ya mencionadas Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 fijaron los términos para el pago oportuno de la prestación y establecieron las sanciones en caso de incumplimiento; allí, desde un comienzo, en sus primeros artículos se señalaron unos tiempos perentorios para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías a favor de los servidores públicos a saber:

“Artículo 1º. (Subrogado por el artículo 4º. de la Ley 1071 de 2006). Términos: Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Parágrafo. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º. (Subrogado por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006). Mora en el pago: La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

Como puede observarse, estas disposiciones legales no solo impusieron unos términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías, sino que también indicaron una sanción por el no cumplimiento de los tiempos establecidos a favor de los trabajadores públicos, tal y como lo señala el artículo 2º de la Ley 1071 de 2006.

En conclusión, la cesantía como prestación social reconocida a los servidores públicos, dentro de los que se encuentran los docentes oficiales, cuenta con unos términos perentorios, que de no ser cumplidos generan una sanción por mora en el pago oportuno, situación que le es aplicable al personal docente como servidores del Estado.

Reconocimiento de la sanción moratoria

El artículo 2 de la Ley 244 de 1995 determinó que una vez se encuentre en firme el acto de reconocimiento de cesantías definitivas, la administración cuenta con el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el parágrafo, en el equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago.

Luego entonces, el propósito de la norma es imponer una sanción cuando existe mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los trabajadores, es decir, cuando tal derecho prestacional no está en discusión o no es objeto de controversia. Por otra parte, el Consejo de Estado¹² ha señalado que cuando se encuentra en discusión el derecho al auxilio de las cesantías por no existir certeza sobre su causación, no procede la reclamación de la sanción moratoria toda vez que tal derecho surge sólo como consecuencia de la declaración judicial; es decir, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas. Al respecto, en sentencia de 6 de octubre de 2016, el Consejo de Estado¹³ señaló:

En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas.

En todo caso la postura del Consejo de Estado¹⁴ ha sido pacífica al indicar que, **no puede reclamarse la sanción moratoria cuando el reconocimiento al derecho de percibir el auxilio de las cesantías surge con ocasión de la decisión judicial**, comoquiera que fue apenas por la expedición de esta que nace la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.

En conclusión, la pretensión de reconocimiento y pago de la referida sanción, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas y no cuando está en litigio la

¹²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN; Sentencia del 19 de enero de 2015, Radicación número: 47001-23-33-000-2012-00016-01 (3160-13), Actor: Esteban Paternostro Andrade, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección “B”, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 6 octubre de 2016, Radicación número 41001-23-33-000-2012-00041-00 (3308-13), Actor: A.S.G, Demandado: E.S.E. M.B.L del municipio de Tello -Huila.

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; providencia del 24 de junio de 2021, Radicación número: 81001-23-39-000-2016-00045-01(2589-19), Actor: Jhoan Javier Giraldo Ballén, Demandado: Empresa Social del Estado (Ese) Hospital San Vicente de Arauca.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección “B”, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 6 octubre de 2016, Radicación número 41001-23-33-000-2012-00041-00 (3308-13), Actor: A.S.G, Demandado: E.S.E. M.B.L del municipio de Tello -Huila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN; Sentencia del 19 de enero de 2015, Radicación número: 47001-23-33-000-2012-00016-01 (3160-13), Actor: Esteban Paternostro Andrade, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje -Sena.

declaración del derecho a percibir las prestaciones; es decir, cuando está en discusión la prestación por no existir certeza sobre su causación no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas, pues la obligación subyace de la decisión judicial.

Responsable del Pago de las cesantías

Es menester indicar que, la Ley 91 de 1989, en el artículo tercero, creó el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio “*como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital*”. En el artículo cuarto dispuso que el Fondo atiende las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados, y en el artículo 5, numeral 1, señaló como objetivo del Fondo “*Efectuar el pago de las prestaciones sociales del personal afiliado*”.

A su turno, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, estableció que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoce y paga las prestaciones, mediante la aprobación del proyecto de resolución elaborado por el Secretario de Educación de la entidad donde labora el docente.

Prescripción Reclamación Cesantía

En este punto advierte la Sala de decisión, que por regla general los derechos laborales como la cesantía, **prescriben en tres años**, término que se cuenta desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible¹⁵ y que puede ser prorrogado por una sola vez¹⁶.

El Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario de la normativa que reguló el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales (Decreto 3135 de 1968), desarrolló el tema de la prescripción manteniendo la regla general:

“ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.

*1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, **prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.***

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”. (Negrilla fuera de texto).

No obstante, es preciso aclarar que dentro de la política del sector educativo se encuentra evitar la pérdida de la “*cesantía definitiva*” con la aplicación de un término prescriptivo de 10 años, tal y como lo establece el Manual de Prestaciones Económicas de los Afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterios y en

¹⁵ Artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo: “*Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto*”.

¹⁶ Artículo 489 del Código Sustantivo del Trabajo: “*INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente*”.

varios conceptos del Ministerio de Educación, veamos:

*“El interés a la cesantía tiene la naturaleza de una prestación social y consiste en el derecho a un rendimiento sobre el saldo de cesantías existentes al 31 de Diciembre de cada año, deben ser liquidadas anualmente y sin retroactividad, en este orden de ideas se le debe aplicar el mismo **termino de prescripción de la cesantía definitiva que es de 10 años consagrado en el artículo 2536 del Código Civil para las acciones ordinarias, se considera este el término y no la prescripción de tres años que opera para otras prestaciones sociales y para el derecho que tienen los beneficiarios del docente fallecido a reclamar sus cesantías, teniendo en cuenta que el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 establece:***

1. las acciones que emane de los derechos consagradas en el decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible’.

Los mencionados decretos no regulan la cesantía definitiva, ni el pago de los intereses, por lo tanto, no se aplica dicho término de prescripción, sino el de 10 años”¹⁷ (resaltado con subrayas fuera del texto).

Por lo anterior, con relación a la prescripción de cesantías es importante indicar que al no existir una normatividad puntual sobre este tema, se aplica por analogía lo establecido en los artículos 2530 y 2531 del Código Civil, modificado por la Ley 791 de 2002, en la cual se toma los 10 años de prescripción ordinaria, término que se cuenta a partir de la causación del derecho, es decir a partir de la fecha de retiro del servicio docente, toda vez que el auxilio de cesantías fue concebido en principio, para que se disponga libremente de este, cuando se termina el vínculo laboral del empleado y quede cesante¹⁸. En este orden de ideas, la prescripción de las cesantías opera si el docente no presenta el reclamo del pago de sus cesantías dentro de los diez años siguientes al momento de desvinculación laboral.

Es importante precisar que nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional¹⁹ ha indicado que no se debe dar aplicación a la prescripción de tres (3) años cuando ha sido la administración la que ha extendido el tiempo en el pago de las cesantías definitivas, por lo que no se puede perder un derecho por culpa de las dilaciones injustificadas que ella provoque. Tal como acontece en el caso bajo estudio, la administración frente a las reclamaciones que efectuó la señora Rosalba Rincón en representación de su menor hija dilata el pago de la prestación no por falta de reclamación o deficiencia del mismo, sino porque la entidad demandada sin ningún asidero fáctico y jurídico inicialmente niega la prestación, y luego guarda silencio frente a la cesantía reclamada.

Además, nuestro Alto Tribunal Contencioso ha indicado que la pérdida de la “cesantía definitiva por fallecimiento” en estas circunstancias, configura además de las transgresiones evidenciadas, un enriquecimiento ilícito.

¹⁷ Concepto 2008EE46537 de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional.

¹⁸ Concepto 2015ER047829 del 22 de abril de 2015, emanado del Ministerio de Educación.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO; Sentencia del 19 de abril de 2012, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-03330-01(0943-08), Actor: Trinidad Quintero Pava y otros, Demandado: Ministerio de Educación Nacional.

Aunado a lo anterior, recalca la Sala de Decisión que la accionante Rosalba Rincón Gómez actúa en representación de su hija menor **Andrea Catalina Cardozo Rincón**, quien según Registro Civil de Nacimiento 41932211 (fl. 98) nació el 18 de noviembre de 2008, por lo que a la fecha en que se realizó la Escritura Pública número 1377 del 26 de mayo de 2012, clase de contrato: Sucesión, Otorgantes: Edwin Leandro Leal Osorio y otros y José Alonso Cardoso Quintero (causante), en la que se le adjudicó el concepto de acumulado de cesantías, **contaba con apenas 3 años de edad**, y a la fecha de presentación de la demanda -16 de mayo de 2019- tenía 10 años, es decir, es una niña de especial protección constitucional por parte del Estado, quien es incapaz²⁰ por sí misma de hacer valer sus derechos (artículo 1502 del Código Civil establece que “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”).

Lo anterior, en consideración a que el artículo 2530 del Código Civil establece que la prescripción se suspende a favor de los incapaces y, en general, de quienes se encuentran bajo tutela o curaduría, además de que “no se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, **mientras dicha imposibilidad subsista**” (Negrilla fuera de texto). Recordemos que la Corte Suprema de Justicia²¹ en un pronunciamiento reciente del 21 de octubre de 2021, al momento de referenciar a la prescripción en materia laboral, indicó que, al tratarse de hijos menores de edad, la prescripción se suspende hasta cuanto adquieren la mayoría de edad, veamos:

“Efecto, a la luz de los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, aplicables por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, frente a los menores de edad no corre el término extintivo de la prescripción por operar la suspensión de esta figura mientras aquellos estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos, esto es, por ostentar la condición de personas especialmente protegidas; lo que se traduce en que la aludida prescripción se entiende suspendida hasta cuando alcancen la mayoría de edad y puedan reclamar a título propio los derechos sobre los cuales consideran son titulares.

Entonces al estar involucrados menores en una reclamación como la que nos ocupa, amerita un mayor análisis para efectos de establecer la suspensión de la prescripción. En la sentencia CSJ SL1983-2019, rad. 40808, la Corte puntualizó:

‘Acorde con la anterior línea de pensamiento, resulta pertinente insistir nuevamente por parte de la Sala, que en tratándose de asuntos como el que nos ocupa, en donde estén de por medio derechos prestacionales a favor de un menor de edad, el término prescriptivo no está gobernado por los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, sino por el precepto 2541 del CC, y en ese sentido, el cómputo para la extinción de las acreencias laborales, debe entenderse suspendido hasta tanto el afectado cumpla la mayoría de edad, puesto que es a partir de ese momento en que se le considera persona capaz, y por ende, posibilitado o habilitado para para ejercer su derecho de reclamación en forma directa, sin que pueda olvidarse además, de que se trata de sujetos que por su condición, gozan de especial protección constitucional.

²⁰ Código Civil

“Artículo 1504. Incapacidad absoluta y relativa.

Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. (...)”

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral número 1, Magistrado ponente: MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO; Sentencia del 5 de octubre de 2021, Radicación número 7944 SL4580-2021, Demandante: Luz Manuela y otro, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP.

(Subraya la Sala) ´.

Si bien tal suspensión de la prescripción puede verse afectada por la actuación desplegada por el representante legal de los menores, lo cierto es, que no es cualquier manifestación o reclamación la que tiene el efecto de levantar la suspensión del fenómeno prescriptivo, ya que para tener esos efectos debe caracterizarse por ejercer en su nombre el derecho de acción y, en desarrollo de ello, presentar con antelación al cumplimiento de la mayoría de edad la respectiva demanda ordinaria laboral.

*Por tal razón, la jurisprudencia ha considerado que respecto de los menores de edad que ostentan la condición de personas especialmente protegidas, como se dijo, **no corre el término extintivo de la prescripción, manteniéndose la suspensión mientras estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos, esto es, hasta cuando alcancen la mayoría de edad, sin consideración a que cuenten o no con representante legal o que este actúe de manera eficiente o no lo haga**, dado que se ha reiterado que la situación jurídica del menor no puede estar condicionada a una actuación eficiente o ineficiente de un tercero, que actúe como su representante legal.”*
(Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, es más que evidente que en el presente asunto no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de derechos de la menor.

Caso en concreto.

En el caso sometido a consideración de la Sala de decisión, la accionante Andrea Catalina Cardozo Rincón representada por su progenitora Rosalba Rincón Gómez, presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendiendo se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, como consecuencia del silencio administrativo al no darse respuesta a la petición del 8 de septiembre de 2018, trayendo como consecuencia la negativa el pago de las cesantías y la sanción por mora que le correspondían de su extinto padre José Alonso Cardozo Quintero, según escritura pública número 1377 del 26 de mayo de 2012 de la Notaria Primera del Círculo de Ibagué.

Como consecuencia de lo anterior, pretende a título de restablecimiento que se ordene al ente demandado, el reconocimiento y pago de las cesantías en una cuantía de \$ 91.373.59), así como la sanción moratoria por el no pago oportuno de estas. Frente a las pretensiones incoadas las entidades accionadas no contestaron la demanda.

En este punto, la Sala advierte que se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda en consideración a que la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón representada por su señora madre Rosalba Rincón Gómez, en calidad de heredera tiene derecho al pago de las cesantías, en el porcentaje adjudicado en la sucesión de su señor padre José Alonso Cardozo Quintero, mas no se concederá la sanción por mora en el pago de estas, tal y como se entrará a analizar, veamos:

Hechos Probados

Como circunstancias fácticas, esta sala se atenderá a la información contenida documentalmente en el expediente que no fue tachada de falsa y encuentra probado

lo siguiente:

- Registro Civil de Nacimiento con NUIP 1197463041 y fecha de inscripción 2 de marzo de 2009, expedido el 30 de mayo de 2012 por la Notaría Séptima del Círculo de Ibagué. (fl. 98).

El Registro Civil demuestra que Andrea Catalina Cardozo Rincón nació el 18 de noviembre de 2008, siendo sus progenitores Rosalba Rincón Gómez y José Alonso Cardoso Quintero (q.e.p.d). Además, que en la actualidad la menor tiene 12 años.

- Derecho de petición fechado el 3 de julio de 2012, presentado por la señora Rosalba Rincón Gómez ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. (fls. 54 a 55).

Este documento prueba que, la accionante Rosalba Rincón en representación de su hija menor, radicó escrito ante la entidad accionada con el asunto *Solicitud de cuota parte de cesantías definitivas de JOSÉ ALONSO CARDOSO QUINTERO Q.E.P.D. C.C. 5'892.195"* poniéndole de presente a la entidad que le fue reconocida cesantía conforme lo estipulado en escritura pública número 1377 del 26 de mayo de 2012

- Respuesta de la Fiduprevisora a la señora Rosalba Rincón Gómez adiada el 2 de agosto de 2013 con radicado 2013ER53348 (fl. 72).

La demuestra evidencia que la Fiduprevisora S.A dio respuesta a la petición expresando que efectivamente la Cesantía Definitiva a beneficiario reconocida al educador José Alonso Cardoso Quintero, efectivamente fue recibida en esa entidad y, al realizar la revisión por parte del abogado sustanciador fue desaprobada el 24 de diciembre de 2012, con ocasión a que:

"Atendiendo la normatividad consagrada para los beneficiarios forzosos, tratándose de hijos legítimos los cuales por ley tienen derecho pleno al reconocimiento de las prestaciones en este caso de su progenitor el señor José Alonso Cardoso Quintero en calidad de padre.- Se hace caso omiso a la escritura pública de sucesión; por cuanto según documentos anexos a expediente existan más hijos que acreditan ese derecho.

(...)

Por lo tanto hasta tanto no se aclaren inconsistencias no puede darse trámite a esta prestación, ajustar y corregir el acto adtivo (Sic) de reconocimiento de la prestación"

- Oficio 1010403 expedido por la Fiduprevisora y dirigido a la señora Diana Marcela Cardozo Caicedo, referencia: Reprogramación de cesantía (fl. 76).

Este documento demuestra que, la entidad certificó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le programó el pago del restante de las cesantías en sucesión, para el día 13 de septiembre de 2013.

- Fallo de tutela sin número de radicado de fecha 20 de mayo de 2013 expedido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué, Actor: Rosalba Rincón Gómez, Accionado: Fiduprevisora S.A. (fl. 93 a 97).

Lo anterior prueba que, mediante sentencia judicial se declaró la Fiduprevisora S.A desconoció el derecho de petición de Rosalba Rincón Gómez al no remitir la solicitud del 1 de marzo de 2013 a la Secretaría de Educación del Tolima, ordenando remitirla en el término de 48 horas.

Asimismo, se ordenó a la Secretaría de Educación del Tolima pronunciarse sobre la solicitud efectuada por la señora Rosalba Rincón Gómez sobre el reconocimiento de las cesantías definitivas del señor José Alfonso Cardoso Quintero dentro del término de 15 días.

Lo anterior, puesto que las entidades vulneraron el derecho de petición de la accionante al no contestar solicitud de reconocimiento de Cesantías Definitivas.

- Oficio SAC2014RE16858 del 19 de noviembre de 2014, emanado del Departamento del Tolima - Secretaría de Educación, por medio del cual se da respuesta al precitado juzgado en incidente de desacato, informando que la sustitución de pensión fue remitida a la Fiduprevisora mediante oficio 2013EE6664 del 15 de abril de 2013. (fl. 18)

Con la precitada prueba documental, se demuestra que el reconocimiento de las cesantías no se ha hecho, y que solamente se ha hecho un reconocimiento de la sustitución de pensión, que no es del consorte en este proceso.

- Oficio SAC2014EE18474 del 22 de diciembre de 2014, por medio del cual el departamento del Tolima informa a la señora Rosalba Rincón Gómez, que no figura resolución alguna, por medio del cual se haya reconocido cesantía definitiva a favor del causante José Alonso Cardozo Quintero o de un tercero reclamante. (fl. 78).
- Derechos de petición de fechas 10 de julio de 2014 y 15 de agosto de 2014 por medio del cual la señora Rosalba Rincón Gómez, solicita copia de la resolución mediante la cual reconoce el pago de las cesantías a favor de la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón (Fls. 84 a 85).
- Derecho de Petición del 11 de diciembre de 2014, impetrado por la señora Rosalba Rincón Gómez al Banco BBVA, para que se le indique si se le han cancelado las cesantías. (fl. 75)
- Respuesta del Banco BBVA del 29 de diciembre de 2014, por medio de la cual se le informa a la señora Rosalba Rincón que no posee la información de la consignación de cesantías, sin embargo, allega la relación de pagos efectuados a la entidad. (fls. 73 a 74).
- Fallo de tutela de fecha 21 de enero de 2015 proferido por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, radicado 73001-33-33-003-2014-00745-00, Accionante: Rosalba Rincón Gómez, Demandado: Representante Legal del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima. (fls. 80 a 83).

Este fallo judicial demuestra que, se le amparó el derecho de petición a la señora Rosalba Rincón Gómez y, se le ordenó al Secretario de Educación y Cultura del Departamento del Tolima resolver de fondo la petición en la que solicitó la expedición de una copia de la resolución por medio de la cual se ordenó el pago de las cesantías definitivas a favor de la menor Andrea Catalina Cardoso Rincón como legítima heredera del señor José Alonso Cardoso Quintero.

Con las anteriores pruebas documentales, se demuestra que desde julio de 2012 la

actora viene reclamando ante las entidades accionadas la cancelación de las cesantías definitivas del causante, sin obtener una respuesta.

- Derecho de petición fechado el 28 de febrero de 2015 presentado por la señora Rosalba Rincón Gómez (fls. 32 a 37).

Por medio del cual se solicita a la Fiduprevisora S.A, el pago de las cesantías a la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón, en calidad de heredera del señor José Alonso Cardozo Quintero.

- Derecho de petición fechado el 15 de junio de 2015 presentado por la señora Rosalba Rincón Gómez (fls. 26 a 30).

Por medio del cual se solicita al Secretario de Educación del Departamento del Tolima, el pago de las cesantías a la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón, en calidad de heredera del señor José Alonso Cardozo Quintero.

- Derecho de petición de fecha 6 de septiembre de 2018 por medio del cual la señora Rosalba Rincón Gómez a través de apoderada judicial, presenta ante el Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima **i.** la solicitud del **pago de las cesantías** a la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón en una cuantía de \$91.373.597, **ii.** la sanción moratoria por el no pago oportuno de estas, así: (fls. 40 a 47).

"I. Peticiones

(...)

Se reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 y la Ley 244 de 1995 a mi mandante, equivalente a un (1) salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía parcial o definitiva ante la entidad."

- Escritura Pública número 1377 del 26 de mayo de 2012 de la Notaría Primera del Círculo de Ibagué, clase de contrato: Sucesión, Otorgantes: Edwin Leandro Leal Osorio y José Alonso Cardoso Quintero. (fls. 56 a 71).

Con esta pieza procesal se demuestra la calidad de heredera de la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón, además que en la primera hijuela, literal b, se le adjudica la suma \$91.373.597 por concepto de acumulado de cesantías conforme se desprende de la certificación expedida el 22 de marzo de 2012 por el coordinador del Fondo de Prestaciones del Magisterio-Regional Tolima (fl. 70), más los rendimientos causados con posterioridad a la certificación expedida en el porcentaje adjudicado, ello es el 68.2504 %.

Ahora bien, en el *sub-lite* el señor José Alonso Cardozo Quintero (q.e.p.d.) estaba afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio del Tolima, entidad en la que había acumulado por concepto de cesantías, la suma de \$.133.879. 937.00 (fl. 70), valor del cual le correspondió el 68,2504%, ello es la suma \$91.373.597 a la menor Andrea Catalina Cardozo Gómez en proceso de sucesión adelantado en la Notaria Primera del Círculo de Ibagué (fls. 56 a 71).

Conforme a lo anterior, la señora Rosalba Rincón Gómez en representación de su menor hija Andrea Catalina Cardoso Rincón, solicitó al Fondo de Prestaciones del Magisterio el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva por fallecimiento del

señor José Alonso Cardozo Quintero, y que fuere reconocida en sucesión de último citado, dentro de los tres años siguientes a su deceso (3 de julio de 2012), pero ante la negativa de la administración siguió presentado derechos de petición los días 10 de julio de 2014, 15 de agosto de 2014, 28 de febrero de 2015, 15 de junio de 2015 y 6 de septiembre de 2018, esta última a través de apoderada judicial.

Inicialmente, la Fiduprevisora mediante oficio con radicado 2013ER53348 del 2 de agosto de 2013 (fl. 72), negó el pago de la prestación con el siguiente argumento:

*“Atendiendo la normatividad consagrada para los beneficiarios forzosos, **tratándose de hijos legítimos**, los cuales por ley tienen derecho pleno al reconocimiento de las prestaciones, en este caso de su progenitor José Alonso Quintero en calidad de padre. **Se hace caso omiso a la escritura pública de sucesión**, por cuanto según documentos anexos al expediente existen más hijos que acreditan este derecho. (...) En consecuencia esta entidad se ratifica en la desaprobación impartida a la cesantía definitiva a beneficiarios, toda vez que una vez consultada la base de datos del Fondo de Prestaciones Económicas, se registra una solicitud reconocida a una beneficiaria del seguro por muerte del educador, otorgada por la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, mediante Resolución No.1751 de fecha 24 de abril de 2013; que en la actualidad se encuentra en proceso. **Cabe aclarar que quien acreditó el derecho es la señorita Diana Marcela Cardozo Caicedo en calidad de hija del docente**”* Negrillas fuera del texto.

Nótese que la Fiduprevisora en primera medida niega la prestación, no sin antes aclarar que la respuesta dada no tiene carácter de acto administrativo, con una distinción odiosa al indicar que la prestación es para los hijos legítimos (de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código Civil, *“es hijo legítimo el concebido durante el matrimonio de sus padres”*), no tiene en cuenta la escritura de sucesión donde se prueba la hijuela adjudicada a Andrea Catalina Cardozo Rincón, y donde además, se indica lo adjudicado a la otra hija del causante Diana Marcela Cardozo Caicedo, que obviamente estaba reclamando ante la administración lo heredado en la sucesión, circunstancia que no fue analizada, y de esta forma se negó la prestación a que tenía derecho la menor demandante.

Más agravante, fue la situación de la accionante cuando la Fiduprevisora mediante oficio 2013EE00086349 (fl. 76), informa a la señora Diana Marcela Cardozo Quintero, el pago de las cesantías para el día 13 de septiembre de 2013 sin resolver la petición de la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón, que también estaba reclamando esta prestación en la proporción que le fue adjudicada en sucesión adelantada en la Notaria Primera del Círculo de Ibagué.

Ante tales circunstancias, la madre de la menor Rosalba Rincón Gómez continuó presentando derechos de petición para obtener el reconocimiento de las cesantías en la porción que le correspondía a su hija, sin obtener respuesta alguna, lo que la llevó a interponer acciones de tutela e inicio de incidentes de desacato en aras de que la administración se pronunciara, sin obtener una respuesta favorable ante sus peticiones. Puesto que, pese al incidente de desacato iniciado, el departamento del Tolima Secretaría de Educación y Cultura- Fondo de Prestaciones sociales informa al Juez Segundo Penal del Circuito Adolescentes, que no hay lugar a incidente dado que mediante oficio 2013EE11773 del 15 de julio de 2013, se señaló la sustitución de pensión remitida a la Fiduprevisora mediante oficio 2013EE6664 del 15 de abril de 2013, tema sobre el cual la accionante no estaba reclamando, ni tenía que ver con

el objeto de la tutela.

En el *sub lite*, es claro que como la demandante solicitó en oportunidad, con la documentación soporte suficiente e institucionalizada (fl. 56 a 71), el reconocimiento y pago de la “*cesantía definitiva por fallecimiento*”, por lo que la administración debió reconocer esta prestación y no dilatarla con un proceso que no tenía razón de ser, dado que los hijos del causante los señores Oscar Fabian Cardoso Caicedo, Diana Marcela Cardoso Caicedo y la menor Andrea Catalina Cardoso Rincón había adelantado proceso de sucesión, adjudicándosele esta prestación a los dos últimas citadas en la proporción de \$42.506.339,⁸⁶ \$91.373.597, respectivamente.

De igual forma, se logra observar que la administración dilató el reconocimiento de las cesantías a la que tiene derecho la menor Andrea Catalina Cardozo Gómez, dado que su progenitora desde el 3 de julio de 2012, a través de derechos de petición, impetrando acciones de tutela e incidente de desacato, viene solicitando para que se dé respuesta satisfactoria frente al reconocimiento de tal prestación.

De lo anterior, se colige que a la menor demandante, se le lesionó expresos mandatos constitucionales (artículos 209²², 13²³, inciso final del artículo 44²⁴, 23²⁵, 29²⁶), el principio de presunción de la buena fe y de no prevalencia de elementos formales sobre la sustancia de los derechos.

Pues bien, de acuerdo con los hechos probados y según las reglas jurisprudenciales señaladas en los capítulos anteriores, la Sala advierte que la menor Andrea Catalina Cardozo Gómez en calidad de heredera del señor José Alonso Cardozo Quintero, según escritura pública número 1377 del 26 de mayo de 2012, tiene derecho a reclamar las cesantías de su extinto padre que le fueron adjudicadas, sin que sea excusable para su exigibilidad la falta de asignación presupuestal o el cumplimiento de los turnos en las solicitudes.

²² ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

²³ ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

²⁴ ARTICULO 44. (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

²⁵ ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

²⁶ ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Por otra parte, frente a la pretensión elevada por la actora del reconocimiento de la **sanción por mora**, es de advertir que, pese a que la señora Rosalba Rincón Gómez elevó derecho de petición de fecha 6 de septiembre de 2018 (fls. 40 a 47) solicitando el pago de la sanción por mora al Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; tal como se indicó en párrafos precedentes dicha sanción **no es procedente para el caso bajo estudio**, dado que la administración no ha reconocido el derecho a través de un acto administrativo, y el derecho de percibir el auxilio de las cesantías surge con ocasión de la presente sentencia judicial. Es decir, no puede reclamarse la sanción moratoria comoquiera que sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, pues la obligación subyace de la decisión judicial.

Sin embargo, teniendo en cuenta que día a día el dinero se deprecia, y que el poder adquisitivo del peso colombiano se ve menguado con el simple transcurrir del tiempo, es justo y equitativo que la extemporaneidad en el pago de la prestación reclamada por aquél le sea resarcida con la indexación o, lo que es lo mismo, que **la suma percibida por concepto de cesantía definitiva no pierda el poder adquisitivo**.

Por lo tanto, se ordenará a la entidad demanda indexar la suma de \$91.373.597, por concepto de cesantías concedidas a la menor Andrea Catalina Cardoso Rincón, desde el 26 de julio de 2012 -fecha en que se debió reconocer la prestación reclamada- transcurridos los 15 días hábiles de haberse presentado la primera solicitud, ello es el 3 de julio de 2012, hasta cuando se efectúe el pago en la forma que se indica a continuación.

Lo anterior, en atención a que no se ha configurado el fenómeno de prescripción frente a la reclamación del pago de sus cesantías, tal como se indicó en las consideraciones de esta providencia, aunado con la dilación injustificada de la administración.

La actualización.

Las sumas que sean reconocidas como consecuencia de esta sentencia serán actualizadas conforme lo establece el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = R.h. \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente de la condena (R) se determina multiplicando el valor histórico, (Rh) que es la suma adeudada por la administración, por concepto de “cesantía definitiva por fallecimiento”, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago).

Otras precisiones.

Se compulsarán copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República, a fin de que establezcan si las conductas de los funcionarios responsables de dar cumplimiento al pago de las cesantías reclamadas son constitutivas de

responsabilidad disciplinaria o fiscal, ya que la condena que aquí se impone genera *per se*, un detrimento patrimonial para el Estado.

Lo anterior conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1071 de 2006, que dispone:

“Artículo 6°. Inspección, vigilancia y control. Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los Servidores Públicos, cumplan con los términos señalados en la presente ley.

Igualmente, vigilarán que las cesantías sean canceladas en estricto orden como se hayan radicado las solicitudes, so pena de incurrir los funcionarios en falta gravísima sancionable con destitución”. (Negrilla fuera de texto).

Costas.

Siguiendo la providencia del Maestro ENRIQUE GIL BOTERO²⁷ y la providencia del 25 de junio de 2014²⁸, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con la regla de vigencia del Código General del Proceso, la remisión normativa de los artículos 306, 308 y 309 del C. de P.A. y de lo C.A., *“a partir del auto de unificación del 25 de junio de 2014, en aquellos procesos que aún se tramitan en el sistema escritural, el juez deberá acudir al CGP para regular los siguientes temas, que se señalan de manera enunciativa: i) ...; vi) condena en costas...”*.

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (artículo 361), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (artículo 365, numerales 1 y 2); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, *“... 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado”*.

Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Auto interlocutorio del 6 de agosto de 2014, Radicación número: 88001-23-33-000-2014-00003-01(50408), Actor: Sociedad BEMOR S.A.S., Demandado: Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

²⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Sentencia del 25 de junio de 2014, Radicación número: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299), Actor: Café Salud Entidad Promotora de Salud S.A., Demandado: Nación - Ministerio de Salud y de la Protección Social.

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.
- b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V

En primera instancia.

- a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:
 - (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.
 - (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.
- c. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.”

Teniendo en cuenta el artículo 365 numeral 8 del Código General del Proceso el cual establece “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación” y que la parte demandante no allegó prueba de lo causado, esta Sala se abstendrá de condenar en costas y fijar agencias en derecho aplicando el criterio objetivo valorativo consagrado por el Consejo de Estado²⁹.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Tolima administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo que se generó frente a la petición de 6 de septiembre de 2018, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de las cesantías que le correspondieron en la sucesión de su señor padre José Alonso Cardozo Quintero, y la sanción moratoria producto del pago tardío de las cesantías.

SEGUNDO: Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordena al Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar a favor de la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón, representada por su madre Rosalba Rincón Gómez, la suma de \$91.373.597, correspondiente a las cesantías definitivas adjudicadas en sucesión del señor José

²⁹ “**CONDENA EN COSTAS-Criterio objetivo valorativo**

Con el propósito de resolver la controversia que se analiza, se advierte que en el expediente está demostrado que la entidad demandada sí ejerció la defensa durante el trámite de la primera instancia, en forma escrita, con el memorial de contestación de la demanda y, en forma presencial, con su asistencia durante la audiencia inicial; por lo tanto, se debe concluir que sí confluyeron los criterios objetivo y valorativo para que el tribunal impusiera una condena al respecto, a cargo de la parte demandante. En efecto, en aplicación del criterio objetivo, en la sentencia debe haber una disposición o decisión acerca de la condena en costas, bien sea imponiéndola o absteniéndose de hacerlo; en este caso, el juez de instancia decidió condenar en costas. (...) Finalmente, es oportuno señalar que esta Sala ha considerado que para la valoración que debe realizar el juez, con miras a determinar si hay o no lugar a imponer costas, no se incluye el aspecto relativo a la mala fe o temeridad de las partes, pues, de lo que se trata es de verificar la actuación o gestión que haya realizado la parte contraria a aquella a la cual le resultan desfavorables las pretensiones y no de evaluar la conducta leal, adecuada, prudente, oportuna y decorosa de la parte que resulta vencida en la actuación, pues tales circunstancias no impiden la imposición de la condena en costas...”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 25 de junio de 2020, Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00502-01 (5485-18), Actor: Nohemí Suaza Triviño, Demandado: Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Temas: Régimen de cesantías con retroactividad, Sentencia Segunda Instancia.

1ª Instancia

Proceso: Nulidad y restablecimiento del derecho

Radicado 73001-23-33-000-2019-00232-00

De: Rosalba Rincón Gómez

Contra: Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima

Alonso Cardoso Quintero. Las sumas serán ajustadas conforme la fórmula dispuesta en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Declarar que no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción de las cesantías definitivas que le correspondieron por sucesión a la menor Andrea Catalina Cardozo Rincón.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: **ABSTENERSE** de condenar en costas y fijar agencias en derecho de primera instancia, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Compúlsese copias a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República, a fin de que establezcan si las conductas de los funcionarios responsables de dar cumplimiento al pago de las cesantías reclamadas son constitutivas de responsabilidad disciplinaria o fiscal, ya que la condena que aquí se impone genera *per se*, un detrimento patrimonial para el Estado.

SÉPTIMO: Notifíquese la presente providencia personalmente a las partes y a los intervinientes -Agentes del Ministerio Público y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado-, en atención a lo dispuesto en la Ley 2080, Artículo 48 (que modifica el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011).

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, si no fuere apelada, por secretaria archívese el expediente, y efectuar las respectivas anotaciones en el “*Sistema de Información Judicial Siglo XII*”.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en Sala de decisión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE³⁰.


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

³⁰ **NOTA ACLARATORIA:** La Providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima y de la misma manera fue firmada y notificada.

Firmado Por:

**Jose Andres Rojas Villa
Magistrado
Escrito 002 Sección Primera
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cbf6a3f921f2a42fced2a38fafe11262392b96b4ccb31681f0b2cd5dc321e3b0**

Documento generado en 01/02/2022 02:18:07 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>