



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020)

REF.: Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral  
-Apelación Sentencia

Demandante: HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ

Demandado: Nación- Ministerio de Educación Nacional y Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Radicación: 20-001-33-40-008-2016-00335-01

Magistrado Ponente: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA.

### I. ASUNTO

Procede la Sala a revolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el día 6 de abril de 2018, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Valledupar, por medio de la cual declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda y se declaró inhabilitado para fallar de fondo.

### II. ANTECEDENTES

#### 2.1. HECHOS.

La demandante señala que prestó sus servicios al Departamento del Cesar, en el cargo de Docente desde el nombramiento No. 041 realizado por el Alcalde del Municipio de Agustín Codazzi, Cesar, el 7 de junio de 1997, hasta su retiro mediante la Resolución No. 002580 de 11 de junio de 2014, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, es decir por espacio de 17 años.

Sostiene que de acuerdo con el inciso 2 del numeral 1 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, su vinculación a la función pública es del orden nacional y, por tanto, en materia de prestaciones sociales, se rige por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

Que de conformidad con el literal a) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, los empleados nacionales tiene derecho al pago de un auxilio de cesantías a razón de un mes de salario por cada año de servicios.

Indica que desde la fecha de su retiro del servicio docente, viene solicitando a la Secretaría de Educación el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, siendo éstas negadas por la falta de un paz y salvo que debe expedir la Oficina de nóminas de la entidad.

Aduce que el requisito de paz y salvo para reclamar el pago de cesantías no se encuentra contemplado en ninguna norma jurídica, y en caso que así sea, sería contrario al principio de inembargabilidad de las cesantías y sus excepciones de ley, así como a la prohibición legal de no retención o deducción de salarios contemplada en el artículo 12 del Decreto 3135 de 1968.

Señala que mediante derecho de petición radicado el 15 de julio de 2015, solicitó a la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, quien a través del oficio CSED ex No. 011466 de 28 de septiembre de 2015, resolvió negar el pago de las cesantías reclamadas, con el siguiente argumento: *“por medio del presente escrito, me permito manifestarle, como primera medida que la docente si tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación reclamada que para tal fin le hace el paz y salvo expedido por esta sectorial en la cual manifieste que la señora no posee deudas algunas con cualquier entidad (sic)”*.

Comenta que el 6 de agosto de 2015, solicitó a la Secretaría de Educación del Cesar, expidiera certificación en la que se hiciera constar si existe embargo judicial que afecte el auxilio de cesantías, petición que fue respondida mediante el oficio CSED ex No. 02175 de 12 de agosto de 2015, en el que manifiesta que la señora HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ, no presenta embargo alguno pero si una deuda activa con el Banco BBVA y Cootec.

Refiere que el artículo 12 del Decreto 3135 de 1968 establece que los habilitados, cajeros y pagadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales de previsión social, de cooperativa o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos.

Afirma que en el presente caso no existe embargo judicial que afecte sus cesantías, en tanto no existe justificación legal para que se retengan.

Dice que el último salarios con demás factores salariales para liquidar cesantías, fue por la suma de \$2.381.197.

## 2.2. PRETENSIONES.

La parte demandante solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio CSED ex No. 011466 de 28 de septiembre de 2015, expedido por la Secretaría de Educación Departamental, que negó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a su favor.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene el pago de las cesantías definitivas reclamadas y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las mismas con sus respectivos intereses y ajustes de ley.

Que la condena sea actualizada, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la desvinculación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia que ponga a fin al proceso, y que en caso de no efectuarse el pago en forma oportuna, se liquiden los intereses comerciales y moratorios que establece la ley.

## 2.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se citan como vulneradas las siguientes disposiciones: los artículos 13 y 29 de la Constitución Política, el literal a) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, el artículo 12 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 344 del Código Sustantivo del Trabajo. Toda vez, que el auxilio de cesantías definitivo que le corresponde se encuentra retenido sin justificación alguna, por

cuanto no existe orden judicial al respecto, de las que establece el numeral 2 del artículo 344 del C.S del T y la S.S.

### III. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado de primera instancia declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda, en consecuencia se inhibió para fallar de fondo el asunto, manifestando que en el expediente no se encuentra acreditado que la parte actora efectivamente hubiese reclamado en sede administrativa, el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, comoquiera que su solicitud se circunscribió a requerir a la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, para que manifestara si tenía o no derecho al reconocimiento y pago de tal prestación económica, más no solicitó el reconocimiento y pago, por lo que la respuesta dada por el Secretario de Educación del Departamento del Cesar, mediante el oficio CSED ex No. 011466 de 28 de septiembre de 2015, se limitó a indicar que la señora HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ, sí tenía derecho a tal prestación social, indicándole además que para tal fin debía aportar cierto documento.

Precisó que la demandante debió solicitar expresamente el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías definitivas, y de la indemnización moratoria- si consideraba que había mérito para ello-, a fin de agotar el procedimiento administrativo, si en efecto era lo que en futuro pretendería en sede judicial, toda vez que no es posible entablar un proceso judicial en contra de una entidad que no ha tenido la oportunidad de pronunciarse previamente frente a las situaciones y derechos que se le reclaman.

Concluyó que en el presente caso no se ha agotado la vía respecto de las pretensiones de la demanda, en la medida en que – se itera-, las pretensiones perseguidas en sede administrativa no corresponden a las consignadas en el escrito de la demanda. Toda vez que, a través del derecho de petición por medio del cual la actora acudió ante la administración, solo se requirió a la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, para que se pronunciara sobre si ella tenía o no derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías, mientras que en su escrito de la demanda, pretende que se ordene a la entidad demandada realizar el pago de sus cesantías definitivas y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las mismas, arguyendo que dicho pago había sido denegado en sede administrativa.

### IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante, interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior, con el objeto de que sea revocada en su integridad, y en su lugar se accede a las pretensiones de la demanda, argumentando que si bien es cierto con la demanda no se aportó copia del derecho de petición mediante el cual se solicitó el reconocimiento y pago de la prestación social en favor de la actora, no menos cierto es que el acto administrativo demandado contiene una decisión definitiva y de fondo mediante la cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago del derecho reclamado en sede administrativa.

Dice que no existía ninguna razón para que el juzgado de primera instancia se declarara inhibido para fallar de fondo el asunto, por cuanto debió, para efectos de recabar la prueba documental necesaria, en su criterio para decidir- en este caso el derecho de petición que propició la expedición del acto administrativo demandado-, exigirle a la demandada el cumplimiento de la obligación legal contenida en el párrafo 1° del numeral 7 del artículo 175 del CPACA, en el cual

se establece: *"Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder"*.

Lo que quiere decir, que si la razón que tuvo el a quo para inhibirse de decidir de fondo la demanda era la inexistencia de la copia del derecho de petición que dio lugar a la expedición del acto administrativo demandado, tal hecho no constituye un impedimento insalvable, ya que bien pudo, con los poderes que la ley le otorga al juez como director del proceso, el exigir que se enviara al proceso copia de los antecedentes administrativos- entre los cuales debía estar la copia del derecho de petición-, o en su defecto, solicitar, para efector de dictar sentencia resolviendo de fondo, la copia del derecho de petición.

Considera que el a quo incurre en error tanto de hecho como de derecho, cuando le da la connotación al derecho de petición incoado por la parte demandante, a partir del encabezado de la respuesta de la administración, de ser una consulta y no una solicitud particular en el que se hace un derecho en concreto e individual. Esto porque las consultas no contienen, precisamente, la reclamación de un derecho particular y concreto en cabeza de un particular sino que se refieren a la solicitud de opiniones o conceptos sobre asunto de carácter general, cuyas decisiones no obligan ni son de obligatorio cumplimiento, según el artículo 28 del CPACA.

Expresa que según el contenido del acto administrativo se está frente a una decisión que al mismo tiempo que reconoce la existencia del derecho a percibir las cesantías por parte de la demandante, al mismo tiempo niega dicho derecho porque, en decir de la administración, adolece de un requisito como lo es el paz y salvo, el cual no se encuentra establecido en la ley. Siendo esto el fundamento para motivar la demanda con la causal de violación de la ley por parte de la entidad demandada al expedir el acto administrativo censurado, pues tal como se dijo en la demanda la ley no exige dicho requisito para que se proceda al pago de las cesantías un mucho menos las deudas que señalan en la respuesta tiene la identidad para retener el pago de dicha prestación.

## V. ALEGATOS

Al parte demandante, solicita revocar la sentencia apelada y, en su lugar se falle de fondo y se acceda a las pretensiones de la demanda, bajo los mismos argumentos expuestos en el recurso de apelación.

## VI. CONSIDERACIONES

### 6.1. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala establecer, si ha de confirmarse o revocarse la sentencia de primera instancia, pues a consideración de la apelante no es dable sacrificar el derecho sustancial que le asiste por la consideración de un aspecto formal como lo es el no haber aportado con la demanda copia de derecho de petición mediante el cual se solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas en sede administrativa, pues a mas que, el acto administrativo demandado contiene una decisión definitiva y de fondo mediante la cual se niega la prestación reclamada, debió el juez recabar la prueba documental necesaria, requiriendo a la entidad demandada aportar el expediente administrativo que contiene los antecedentes de la actuación objeto del proceso.

## 6.2. Aspecto previo.

Previo a abordar el fondo del asunto, debe precisar la Sala que el *a quo* consideró que en este caso no se acreditó el agotamiento del procedimiento administrativo, toda vez que en su derecho de petición, según se indica en el acto acusado, la actora solo requirió a la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar para que se pronunciara sobre si tenía o no derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías, más no solicitó expresamente el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías definitivas y de la indemnización moratoria, como lo pretende en esta sede judicial.

Al respecto, se tiene que el artículo 43 del CPACA define los actos definitivos como aquellos que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación.

El mismo Código en el numeral 2 del artículo 161, sobre los requisitos previos para demandar, establece que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.

Se trata éste de un requisito de procedibilidad necesario para acudir ante esta Jurisdicción el cual, lejos de ser una mera exigencia formal del derecho de acción, es un presupuesto que permite a la Administración efectuar un pronunciamiento previo a ser llevada a juicio y que como tal le genera la confianza legítima de que por razones no discutidas no va a ser sorprendida.

En el presente caso, la demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio CSED ex No. 011466 de 28 de septiembre de 2015, expedido por la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, por medio de la cual resolvió denegar el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas. Pretende el reconocimiento y pago de cesantías definitivas y de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las mismas.

Respecto de la pretensión de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, debemos indicar que el acto definitivo lo constituye el referido acto administrativo - oficio CSED ex No. 011466 de 28 de septiembre de 2015-, cuya nulidad se solicita en la demanda, porque decide directamente el fondo del asunto relacionado con la petición de pago de cesantía definitiva elevada por la actora el 15 de julio de 2015, tal y como la apoderada de la demandante lo indicó en el escrito de la demanda, y se constata con la copia de dicho escrito allegado en esta instancia, obrante a folios 322 a 323.

En este punto debe precisarse que si bien es cierto inicialmente esto es, en el escrito conténtivo de la demanda, la parte actora no aportó copia del derecho de petición referido, no menos lo es que, del contenido mismo del acto demandado se infiere una decisión definitiva y de fondo mediante la cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas reclamadas en sede administrativa.

El acto administrativo no indicó cuales recursos procedían, por lo tanto no era obligatorio interponer alguno para acceder a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Luego, sobre este punto no se presenta la inepta demanda declarada en primera instancia.

Ahora, en cuanto a la pretensión de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas, es de precisar que no basta que la sanción moratoria esté prevista en la Ley, es necesario provocar el pronunciamiento de la Administración a fin de que sirva de acto demandable ante esta Jurisdicción.

En efecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia de 27 de marzo de 2007, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Exp. No. 2004-2777, actor José Bolívar Caicedo Ruiz, señaló que "(...) *Para que exista certeza sobre la obligación no basta con que la ley haya dispuesto el pago de la sanción moratoria, aquella es la fuente de la obligación a cargo de la administración por el incumplimiento o retardo en el pago de las cesantías definitivas mas no el título ejecutivo, que se materializa con el reconocimiento de lo adeudado por parte de la administración.* (...)"

El anterior criterio ha sido reiterado por el Consejo de Estado, entre otras, en providencia de la Sección Segunda, Subsección "B", de fecha 7 de febrero de 2013, Consejero Ponente: Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, número interno 0801-12, Actor: ELOY ANTONIO DELGADILLO BRAVO, donde se dijo que para el reconocimiento de la sanción moratoria no basta que esté prevista en la Ley, es necesario provocar el pronunciamiento de la Administración a fin de que sirva de acto demandable ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En el caso concreto, se tiene que el actor no acudió a la administración solicitando el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de la totalidad de su cesantía parcial, pues no hay prueba en el proceso que demuestre lo contrario, por lo tanto, no existe acto administrativo para su estudio ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto de esta pretensión, debiéndose en consecuencia confirmar la decisión que declaró de oficio la excepción de ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, en relación con esta pretensión de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, aclarando que el concepto de vía gubernativa desapareció de la terminología procesal administrativa después de la Ley 1437 de 2011, que ahora se denomina actuación administrativa.

De esta manera, en aras de privilegiar el acceso de la administración de justicia y evitar que las actuaciones adelantadas en ejercicio de la función pública queden excluidas de control jurisdiccional, lo procedente es entrar a estudiar de fondo el asunto, así sea solamente respecto a la pretensión de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas reclamadas por la señora HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ, máxime, cuando desde siempre en la foliatura del proceso se halla el acto administrativo claro, expreso y manifiesto al que se hace referencia.

### 6.3. Caso concreto.

Previsto lo anterior, debe indicarse que el material probatorio obrante en el plenario nos permite establecer:

- Que mediante la Resolución No. 002580 de 3 de junio de 2014, fue retirada del servicio la docente HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ, quien desempeñaba el cargo de Docente de Aula, Código 9001, Grado 14, del nivel de educación básica secundaria del área de ciencias sociales, asignada a la Institución Educativa Francisco de Paula Santander- Sede Camilo Torres del municipio de Agustín Codazzi, por invalidez (fl.129).

- A través de la Resolución No. 003313 de 5 de agosto de 2014, se le reconoce una pensión por invalidez a la HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ, por valor mensual de \$2.678.369 a partir del 11 de junio de 2014 (fls. 183-184).
- La señora HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ, a través de apoderada judicial, solicitó el reconocimiento de sus cesantías definitivas mediante la radicación GC- EXT-09918-2015 de fecha 15 de julio de 2015, ante la Secretaría de Educación Departamental del Cesar (fls. 322-323).
- Que mediante oficio CSED ex No. 1466 de fecha 28 de septiembre de 2015, el Secretario de Educación Departamental del Cesar, de la respuesta al derecho de petición presentado por la actora, manifestándole que :

*"Si tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación social reclamada y que para tal fin le hace falta el paz y salvo expedido por esta sectorial en la cual se manifieste que la señora no posee deudas algunas con cualquier entidad.*

(...)

*Por lo tanto no es que la Secretaría de Educación Departamental, esté actuando caprichosamente sino que la señora Heizeth Adíela Mejía Rodríguez, en la actualidad tiene obligaciones vigentes con la Cooperativa (COOTEC) y el Banco BBVA, obligaciones financieras activas, las cuales fueron respaldadas con libranzas y en estas la Secretaría de Educación quedo comprometida con los descuentos correspondientes para el logro del cumplimiento de la obligación. De este modo esta Sectorial no puede expedir el paz y salvo.*

Pues bien, lo que primero que se debe señalar es que el auxilio de cesantías se ha entendido como una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, en tanto busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de actividad productiva, y por otro- en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda, erigiéndose en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismo, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada.

A través de la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y se estableció en su artículo 15 un régimen especial para los docentes afiliados a este, regulando lo concerniente al pago de las cesantías y cuyo tenor dispone lo siguiente:

*"Artículo 15: Numeral 3. Cesantías.*

*A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*

*B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1o. 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 1o. 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 de 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, acumuladas 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".*

Es decir que los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de la cesantía, conforme el régimen jurídico que les sea aplicable de acuerdo con su fecha de vinculación.

La Ley 244 de 1995<sup>1</sup>, subrogada en algunos artículos por la Ley 1071 de 2006<sup>2</sup>, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público, conforme a lo consagrado en el artículo 123 de la Carta Política<sup>3</sup>.

Dicha normatividad estableció el ámbito de aplicación de la misma y las condiciones para tramitar la solicitud, el pago de la prestación y el reconocimiento de la sanción por pago tardío, así:

*"Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Son destinatarios de la presente ley los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo nacional de Ahorro."*

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

*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.*

<sup>1</sup> Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.

<sup>2</sup> Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

<sup>3</sup> "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

*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 5°. 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”.*

De acuerdo a lo anterior y para el caso de los docentes oficiales, el Consejo de Estado a través de la Sección Segunda en reiteradas ocasiones ha indicado, que no existe ninguna razón para excluir al sector docente oficial al igual que los demás servidores públicos en aras de proteger a quienes son beneficiarios de esta prerrogativa laboral y con el fin de materializar los principios de igualdad e *in dubio pro operario*.

No obstante, en el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se presentaron dos posturas al respecto: la primera según la cual la Sección Segunda de la Corporación señaló que no existe fundamento alguno para excluir al personal docente oficial al considerar que en su calidad de servidores públicos también son destinatarios de la sanción moratoria, la segunda sostuvo que no era viable la aplicación de sanción moratoria al personal docente en la medida en que los docentes están sometidos a un régimen especial previsto en las Leyes 91 de 1989, 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005, que no prevé la sanción en comento.

La anterior problemática conllevó el ejercicio de la acción de tutela por parte de los docentes y ello concluyó con el pronunciamiento unificado de la Corte Constitucional contenido en la Sentencia SU-336/2017 donde dicha Corporación concluyó que los docentes oficiales no están integrados a ninguna categoría de servidores públicos definiéndolos como “empleados oficiales de régimen especial”, asimilándolos como servidores públicos y resaltando que siendo las cesantías un derecho de todos los trabajadores, son los docentes beneficiarios de la sanción moratoria, sin distinción alguna y previo en cumplimiento de las exigencias legales.

La Sección Segunda del Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación<sup>4</sup>, se refirió a la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, señalado que tal régimen es aplicable a los docentes oficiales en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales. En tal sentido, el Máximo Tribunal se pronunció sobre la aplicación de la Ley 962 de 2005, reglamentada por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 2005, en lo concerniente al procedimiento del reconocimiento de las cesantías ya que este

<sup>4</sup> Consejo de Estado- Sentencia CE- SU- SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

difiere del establecido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, sentando jurisprudencia en el entendido de que prevalece la Ley 1071 en cuanto a los términos de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas y la sanción moratoria en favor de los docentes, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica de servidores públicos.

De esta forma, esa Corporación determinó que no es procedente dar aplicación al Decreto 2831 de 2005 en el trámite de reconocimiento y pago de cesantías para los docentes, ya que por jerarquía normativa, son prevalentes los mandatos consignados en la Ley 1071 de 2006 expedida por el Congreso de la República en ejercicio de la función constitucional de hacer las leyes respecto de un Decreto Reglamentario dictado por el Presidente en uso de sus facultades constitucionales y legales, por lo que en aplicación de la "excepción de ilegalidad" establecida en el artículo 138 del CPACA, inaplicó lo señalado en el mencionado Decreto. Además de lo anterior, precisó que los dos procedimientos se contraponen siendo más beneficioso para el trabajador el establecido en la Ley 1071 de 2006, en aplicación además al derecho a la igualdad reconocida a los docentes oficiales en la Sentencia de Unificación SU 336 de 2017 de la Corte Constitucional.

En la precitada sentencia de unificación, se plantearon diversas situaciones que pueden configurarse en el trámite administrativo de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, fijando las siguientes reglas:

- Falta de respuesta o repuesta tardía: se señaló que en este caso los términos se contabilizan así: "(...) 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 I. 1071/2006), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Art. 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".
- Acto escrito y notificado en término: Indica el Consejo de Estado que al existir el deber de notificar esta decisión de manera personal, la misma puede adelantarse, si el peticionario así lo consintió, de forma electrónica; por lo que en aplicación de artículo 56 de la Ley 1437 de 2011 el término de ejecutoria se empezará a contar a partir del día siguiente a que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido del acto que reconoce la cesantía, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días desde la expedición del acto.

En el caso que no se realice de forma electrónica se debe remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto que decide acerca de las cesantías conforme el artículo 68 del CPACA, y si no comparece dentro de los siguientes 5 días al recibido de la notificación, se realizará por aviso remitiéndolo a la misma dirección aportada, entendiéndose por notificado al día siguiente a su recibo, de acuerdo con lo señalado en el artículo 69 de la citada norma.

En este caso el Consejo de Estado, fue claro al señalar que los términos de notificación no pueden tenerse como días de sanción moratoria, pues estos corresponden únicamente al deber de la administración de comunicar lo

decidido al interesado y para la producción de efectos del acto administrativo.

En conclusión, cuando se expide el acto escrito reconociendo las cesantías, el término de ejecutoria y consecuentemente, los 45 días hábiles para su pago efectivo empezarán a contabilizarse solo cuando se surta efectivamente la notificación. Caso contrario, en el evento en que no se notifique el actor conforme a la ley, solo será viable después de 12 días de expedido el acto definitivo, esto es, considerando la ficción que la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario, 5 días que le dio de espera para comparecer a recibir la notificación, 1 día para entregarle el aviso y 1 más con el que la perfecciona por este medio.

Por otra parte, en el evento en que el interesado renuncie a términos el Consejo de Estado determinó, que los 45 días para el respectivo pago de que trata la norma antes aludida, se contarán desde el día siguiente a la fecha en que se realizó tal manifestación.

- Cuando se interponen recursos: Cuando existe inconformidad- total o parcial- del peticionario respecto del reconocimiento de la cesantía, en procedente recurso dentro de los 10 días siguientes a la notificación, caso en el cual los 45 días empezarán a contabilizarse una vez adquiera firmeza el acto administrativo conforme lo indicado en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, es decir desde el día siguiente a la comunicación de la decisión sobre los recursos interpuestos.

Ahora, si no son resueltos los recursos el Consejo de Estado acogiendo la postura de la Corte Constitucional<sup>5</sup> indicó, que los términos para iniciar a contabilizar los días de sanción moratoria transcurrirán pasado 15 días hábiles de la interposición del recurso sin que se haya resuelto, independientemente de que pasados 2 meses se genere el silencio administrativo negativo de que trata el artículo 86 del CPACA.

Todo lo explicado, fue resumido por el Consejo de Estado en el siguiente cuadro:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	TÉRMINO DE EJECUTORIA	TÉRMINO DE PAGO CESANTÍA	TÉRMINO DE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el cómputo del término de pago	10 días después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

<sup>5</sup> Sentencias T-673-98, T- 785-01 y T- 795-01.

ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días posteriores al siguiente entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores al siguiente entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal 118	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso.	45 días a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días Desde la interposición del recurso.

Respecto a la base de liquidación de la sanción moratoria el Consejo de Estado, explicó que la base para liquidar el monto de la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de cesantías parciales, está constituido por la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, teniendo en cuenta que la obligación del empleador surge para cada vigencia fiscal.

En lo que se refiere a la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta, será la percibida para la época en que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pago.

Finalmente el H. Consejo de Estado, precisó que como quiera, que la sanción moratoria no se trata de un derecho salarial sino de una sanción por la negligencia del empleador, no es procedente disponer su ajuste a valor presente, en razón a que se refiere a valores que no van dirigidos a compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni frente a su remuneración, de forma: *“la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación”*<sup>6</sup>.

En la demanda se solicita la nulidad del acto administrativo proferido por la Secretaría de Educación del Departamento del Cesar, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas reclamadas por la señora HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ, bajo el argumento que le hacía falta el paz y salvo que expide la entidad sobre cancelación de pagos y deudas, el que a su vez no podía ser expedido toda vez que a la actora le aparecían obligaciones vigentes con la Cooperativa (COOTEC) y el Banco BBVA.

<sup>6</sup> CE- SUJ-SII-012-2018.

Al respecto, se recuerda que dentro de las obligaciones que tiene el empleador según el artículo 59 del C.S.T numerales 1 y 2, queda evidentemente prohibido practicar, retener o realizar descuentos sobre el salario y las prestaciones del trabajador, salvo disposición en contrario o autorización legal del trabajador, siempre que no se afecte el salario mínimo legal mensual vigente.

A su turno, el artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo, prohíbe la retención, deducción y compensación de salarios, aún con autorización del trabajador, en algunos casos dispuestos por la ley; para mayor ilustración transcribimos la norma citada:

**"ARTÍCULO 149. DESCUENTOS PROHIBIDOS:**

*"1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados, o pérdidas o averías de elementos de trabajo; avances o anticipos de salario; entrega de mercancías, provisión de alimentos, y precio de alojamiento.*

*"2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional, o la parte del salario declarada inembargable por la ley, o en cuanto el total de la deuda supere al monto del salario del trabajador en tres meses".*

En estricto sentido el artículo 250 del C.S.T señala los eventos taxativos por los que el trabajador puede perder o puede retenérsele sus cesantías.

*1. El trabajador perderá el derecho de auxilio de cesantías cuando el contrato de trabajo termina por alguna de las siguientes causas:*

*a). Todo acto delictuoso cometido contra el {empleador} o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero en afinidad, o el personal directivo de la empresa.*

*b). Todo daño material grave causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinaria y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo.*

*c). El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio grave para la empresa.*

*2. En estos casos el {empleador} podrá abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida.*

Para efectos de lo anterior, el empleador tendrá dos opciones ante el perjuicio: retener o descontar el pago de cesantías.

Lo anterior quiere significar, que si a la terminación del contrato ya se ha iniciado una investigación penal por la comisión de un delito de hurto, peculado (en caso

de servidores), estafa, abuso de confianza y los demás tipos penales que puedan encausarse frente a la conducta descrita en los literales del artículo 250, el empleador está en la facultad de retener el pago.

Puede inferirse entonces, que la única razón para que se efectúe la pérdida o el descuento sobre el pago de cesantías tendrá lugar en caso de sentencia condenatoria por los delitos investigados al trabajador.

De los anteriores planteamientos y lo dicho a lo largo de estas consideraciones, se concluye que la retención de las cesantías definitivas hecha a la señora HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ, es ilegal, toda vez que no se demostró que ella esté acusada de algún ilícito, no existe prueba de pignoración, pues en el expediente solo obra copia de un formato de libranza suscrito con el Banco BBVA (fl.297); en el que por ninguna parte se advierte autorización de retención de las cesantías, ni tampoco existe embargo judicial en contra de la actora que pudiera afectar el reconocimiento del valor que le corresponde por concepto de cesantías.

Por todo, resulta dable acceder a la solicitud de declaratoria de nulidad del acto demandado por cuanto el mismo negó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas a favor de la demandante, en consecuencia se condenará a la Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que reconozca y pague las cesantías definitivas que en derecho corresponden a la señora HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ, de conformidad al régimen del sistema anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, que le es aplicable teniendo en cuenta la fecha de su vinculación -7 de junio de 1997-, es decir después de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, por supuesto descontando el pago parcial que de ellas se hubiera realizado a la actora.

No habrá condena en costas en esta instancia porque no se demostró su causación.

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

#### FALLA:

REVOCAR la sentencia apelada, proferida el día 6 de abril de 2018, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda y se declaró inhibido para fallar de fondo, por las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se dispone:

PRIMERO: Declarar la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento de vía administrativa, en relación a la pretensión de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías definitivas.

SEGUNDO: Declárase la nulidad del oficio CSED ex No. 011466 de 28 de septiembre de 2015, proferido por el Secretario de Educación del Departamento del Cesar, por el cual niega el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas en favor de la señora HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ.

TÉRCERO: Como restablecimiento del derecho, condénase a la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a

reconocer, liquidar y pagar a favor de la señora HEIZETH ADIELA MEJÍA RODRÍGUEZ, las cesantías definitivas que en derecho le corresponden a la actora, de conformidad al régimen del sistema anualizado sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, que le es aplicable teniendo en cuenta la fecha de su vinculación -7 de junio de 1997-, es decir después de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989. Por supuesto descontando los pagos parciales que de ellas se hubieran realizado.

CUARTO: Las sumas que resulten a favor de la demandante, serán reajustadas conforme lo contemplado en el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

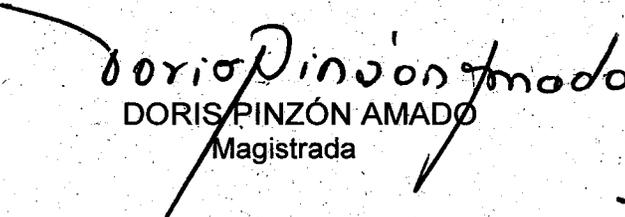
SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia conforme a los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

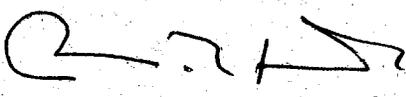
SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 006.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado