

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

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

RADICACIÓN: 15001 33 33 007 2019-00042-00

DEMANDANTE: MARIA STELLA IBAGUE DE BENITEZ

DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 de la Ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A., se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de la referencia. El Despacho anticipa que accederá a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- Demanda y tesis del demandante (Exp. Digital Archivo No. 2)

La señora María Stella Ibagué de Benítez a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en procura de obtener la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, derivado del silencio administrativo negativo que, según se dice en la demanda, se configuró ante la falta de respuesta a la solicitud de fecha 11 de diciembre de 2017, tendiente a obtener el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, reconocidas mediante Resolución No. 1444 del 1º de diciembre del 2015.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y pagar la sanción moratoria, consistente en un (1) día de salario por cada día de mora desde el día sesenta y seis (66) hábil siguiente a la radicación de la solicitud, es decir, el 18 de noviembre de 2015 y hasta el 29 de febrero de 2016, fecha final de pago.

Así mismo, solicitó condenar a la parte demandada a pagar la indexación, intereses moratorios, las costas derivadas del proceso, y al cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de C.P.A.C.A.

2.- Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante adujo la transgresión del preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 6, 25, 29, 53, 90, 93 y 94 de la Constitución Política, así como la garantía relativa a la igualdad y la dignidad humana.

Alegó que en el presente caso se vulnera la Ley 244 de 1995 y en especial lo consagrado en los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, respecto a la mora en el pago de las cesantías.

Indicó la vulneración de los artículos 2 y 84 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984 derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011 -C.P.A.C.A), argumentando que el acto demandado se expidió con falsa motivación al interpretar de manera restrictiva la norma aplicable. Agrega, que con los actos demandados se vulneran las disposiciones normativas, toda vez no se atendió en término la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías.

3.- CONTESTACIÓN Y TESIS DE LA ENTIDAD DEMANDADA

3.1.- NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La entidad demandada no presentó contestación a la demanda.

4.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante: (Expediente Digital Archivo No. 41)

Mediante escrito allegado el 12 de abril de 2021, el apoderado judicial de la parte actora allegó escrito contentivo de sus alegaciones, en el cual expuso lo siguiente:

Que en la actuación se probó que mediante la Resolución 1444 de 1º de diciembre de 2015 expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá se le reconoció a la demandante cesantía definitiva, la cual fue pagada el día 29 de febrero de 2016. Igualmente indicó que está demostrado que mediante petición con radicado No. 2017PQR8167 del 11 de diciembre de 2017 la demandante solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria.

Que la administración incurrió en tardanza en el pago de la cesantía, así como en la expedición de la respectiva resolución, toda vez que la petición de reconocimiento fue radicada el día 12 de agosto de 2015, por lo que indica, que los 70 días se cumplieron el día 25 de noviembre de 2015, configurándose mora en el trámite.

Finalmente insiste, en que el pago se realizó tan solo hasta el 29 de febrero de 2016, fecha en que ingresaron los recursos al patrimonio de la demandante, por lo que solicita sea tenido en cuenta este último extremo temporal y no aquella fecha en la cual quedó a disposición el dinero, para lo cual hace referencia a pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Boyacá en la materia.

4.2 Ministerio Público: (Expediente Digital Archivo No. 37)

Mediante escrito radicado el 04 de febrero de 2021, la Señora Procuradora 68 Judicial I para Asuntos Administrativos, emitió concepto solicitando se declare **i)** la existencia del silencio administrativo negativo respecto de la petición radicada por la señora MARÍA STELLA IBAGUÉ DE BENÍTEZ el 11 de diciembre de 2017, así como, la nulidad del acto ficto negativo producto de dicho silencio, y **ii)** ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la ley 1071 de 2006 en favor de la demandante liquidada con el salario básico de 2015, teniendo en cuenta como periodo a liquidar el lapso comprendido entre el 25 de noviembre de 2015 (día hábil siguiente al vencimiento del plazo) y hasta el día 29 de febrero de 2016, fecha a partir de la cual el dinero fue puesto a disposición y retirado por la docente, según aparece probado en el plenario.

4.3 NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

La entidad demandada se abstuvo de presentar alegatos.

II. CONSIDERACIONES

1.- Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial (Exp. Digital Archivo No. 16), corresponde al Despacho:

i) Establecer si se configura el silencio administrativo negativo ante la falta de respuesta de la solicitud de reconocimiento y pago de la citada sanción, presentada por la demandante ante la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante radicado 2017PQR8167 del 11 de diciembre de 2017.

ii) En caso afirmativo, el estudio de legalidad del acto ficto o presunto configurado con la falta de respuesta a la anterior petición.

iii) En tal sentido, determinar si la demandante **MARÍA STELLA IBAGUÉ DE BENÍTEZ** tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías, de conformidad con las previsiones de la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.

2.- MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

2.1.- De la sanción por mora en el pago de cesantías de los servidores públicos – Docentes oficiales

Al respecto, debe señalarse que la sanción moratoria es una penalidad en contra del empleador, que se debe pagar al trabajador generada por la demora en el pago del auxilio de cesantías legalmente previsto, como derecho laboral de contenido prestacional que ampara contingencias del trabajador. Al respecto ha señalado el Consejo de Estado, que la sanción por mora constituye un castigo para el empleador que incumple la obligación de liquidar y reconocer la prestación social en el evento en que el servidor público llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento relacionados con educación, mejoramiento o compra de vivienda¹.

Así, la Ley 244 de 1995² contempló los términos para la liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, so pena de que la entidad obligada deba pagar al titular un día de salario por cada día de retardo hasta su pago efectivo, en los siguientes términos:

¹ Sentencia 00332 de 2017

² “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”.

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías 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”. (Negrilla fuera del texto original).

Posteriormente, dicha normativa fue modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006³, estableciendo el ámbito de aplicación de la misma, en los siguientes términos:

“Artículo 2º. 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.”

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*⁴.

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 1989⁵, 962 de 2005⁶ 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

³ “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”.

⁴ Providencias del 21 de mayo de 2009, expediente 23001-23-31-000-2004-00069-02. (0859-08). C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez; de 21 de octubre de 2011, expediente 19001-23-31-000-2003-01299-01 (0672-09) C.P.: Gustavo Gómez Aranguren; de 22 de enero de 2015, expediente 73001-23-31-000-2013-00192-01. (0271-14) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; del 14 de diciembre de 2015, expediente 66001-23-33-000-2013-00189-01 (1498-14) CP: Gerardo Arenas Monsalve; del 17 de noviembre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00190-01 (1520-2014) CP: William Hernández Gómez; del 25 de mayo de 2017, expediente 18001233300020120004701 (0645-2014) C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez; del 8 de junio de 2017. expediente 73001233300020140019901 (0863-2015), C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez, entre otras.

⁵ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

⁶ “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios”

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. Postura acogida recientemente en sede de unificación por el Consejo de Estado⁷, tal como pasa a explicarse.

2.2.- Sentencia de Unificación del Consejo de Estado frente a la sanción moratoria por pago tardío de cesantías – Docentes oficiales

La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso radicado No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (N.I. 4961-2015), se refirió a la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, señalando 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 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.

Dicha sentencia de unificación servirá de aplicación en el presente asunto, de la cual se citan algunos apartes, así:

“31. La Corte Constitucional en ejercicio de la facultad de revisión prevista en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991⁸, seleccionó la anterior decisión judicial y se pronunció sobre la materia objeto de estudio, mediante la Sentencia de Unificación SU 336/17⁹, en la cual señaló que los educadores estatales no se encuentran contemplados dentro de ninguna de las categorías de servidores públicos, y expuso que, de conformidad con el artículo 125 superior, los empleados públicos conforman una categoría residual, a la que pertenecerían todos aquellos funcionarios del Estado que no encuadran en ninguno de tales grupos.

32. De ese modo, la Corte entendió que la normatividad especial que regula a los docentes los define como «empleados oficiales de régimen especial», tal como se transcribe a continuación:

«[...] De conformidad con los pronunciamientos de este Tribunal, si bien los educadores oficiales no están expresamente rotulados dentro de ninguna de estas categorías de los servidores públicos, lo cierto es que el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución¹⁰ los definió como empleados oficiales de régimen especial, mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos¹¹ y la Ley General de Educación¹², expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron servidores públicos de régimen especial, definiciones que pueden ser asumidas como de contenido equivalente. Así mismo, debe decirse que existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del

⁷ Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia jurídica.- Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 - SUJ-012-S2, 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01

⁸ «Artículo 31. Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.» (Se resalta)

⁹ M.P. Iván Humberto Escruera Mayolo

¹⁰ Decreto Ley 2277 de 1979, artículo 2.

¹¹ Ley 60 de 1993, artículo 6, inciso 6, derogada por la Ley 715 de 2001.

¹² Ley 115 de 1994, artículo 105, parágrafo 2.

trabajo de los docentes oficiales, por lo que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies, han de ser considerados empleados públicos.»

33. Ahora bien, el tribunal constitucional sostuvo por un lado que la situación de los docentes oficiales permite asimilarlos como servidores públicos, y por otro, destacó la finalidad de las cesantías como un derecho del cual es sujeto todo trabajador sin distinción alguna, por lo que unificó su jurisprudencia, para señalar que les es aplicable el régimen general contenido en la Ley 244 de 1995, modificado por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer en su favor la sanción por el pago tardío de las cesantías reconocidas, previo cumplimiento de los requisitos legales, en la medida que resulta ser la condición más beneficiosa y materializa los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

« [...] (i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

(ii) En la exposición de motivos de la iniciativa legislativa de la Ley 1071 de 2006 se señaló que su ámbito de aplicación cubre a todos los funcionarios públicos y servidores estatales de las tres ramas del poder, así como a las entidades que prestan servicios públicos y de educación, es decir, involucra a todo el aparato del Estado no solo a nivel nacional sino territorial.

(iii) Al igual que los demás servidores públicos, los docentes oficiales en calidad de trabajadores tienen derecho a que se les reconozcan pronta y oportunamente sus prestaciones sociales, por lo que proceder en contrario significaría desconocer injustificadamente el derecho a la igualdad, respecto de quienes sí les fue reconocida la sanción por la mora en el pago de las cesantías.

(iii) Existen importantes semejanzas entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, a saber: pertenecen a la rama ejecutiva, cumplen dentro de ella una tarea típicamente misional respecto de la función que compete a las secretarías de educación de las entidades territoriales y, en su momento, al Ministerio de Educación Nacional, se encuentran sujetos a un régimen de carrera y su vinculación se produce por efecto de un nombramiento.

(iv) En tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies de servidores públicos, han de ser considerados como empleados públicos.

(v) El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.»

34. En tal sentido, la Corte Constitucional estableció su doctrina en las sentencias C-741 de 2012 y SU-336 de 2017, «en el sentido de que aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2º) los define como ‘empleados oficiales de régimen especial’; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2º 105, párrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales.», por lo que es importante para la Sala, determinar si se encuentren incluidos en la categoría de servidor público, y definir si para tal efecto, son determinantes su especial situación en cuanto a la vinculación y finalidad de sus funciones (...).»

Más adelante, en la misma providencia y a manera de conclusión, la alta corporación, señaló:

*“(…) 81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales¹³, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.*

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995¹⁴ y 1071 de 2006¹⁵, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional (…). (Destacado por el Despacho)

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 normativa¹⁶ 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 C.P.A.C.A., inaplicó lo señalado en el mencionado Decreto¹⁷. 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 Constitucional¹⁸.

Postura que, además, ha sido acogida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en recientes providencias, tales como las proferidas en fechas 11 de septiembre de 2018 dentro del expediente Rad. 1500133330052015-00187-02 y 11 de octubre de 2018 dentro del Rad. 15001 3333 007 2017-00045-01.

2.3- Del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías al personal docente oficial – Hipótesis

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

¹³ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

¹⁴ «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.»

¹⁵ «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.»

¹⁶ Sentencia C-037-00

¹⁷ Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia jurídica.- Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 - SUJ-012-S2, 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01 “En tal virtud, si la nueva ley no podía ampliar los términos para el pago de la cesantía y causación de sanción moratoria de los docentes, con mayor razón una norma reglamentaria tiene vedado igual propósito, como es el decreto que regula el trámite de reconocimiento de prestaciones a cargo del Fomag”.

¹⁸ “Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.”

- **Falta de respuesta o respuesta 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 L. 1071/2006¹⁹), **10 del término de ejecutoria** de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011²⁰) 5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51²¹, 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 2006²²”. (Negrillas del Despacho)
- **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 del 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 de 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 C.P.A.C.A., y si no comparece dentro de los siguientes 5 días al recibo 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 acto 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

¹⁹ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación. [...] Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.”

²⁰ ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. [...] ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso. 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos. 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos. 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos. 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.

²¹ Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo. [...] Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme. [...]

²² 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.

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 1431 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 Constitucional²³ indicó, que los términos para iniciar a contabilizar los días de sanción moratoria transcurrirán pasados 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 C.P.A.C.A.

Tales hipótesis fueron sintetizadas por el Consejo de Estado en la precitada sentencia de unificación, así:

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE 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 computo del termino 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
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ²⁴	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

²³ Sentencias T-673-98, T-785-01 y T-795-01

²⁴ "Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del C.P.A.C.A. según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días."

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

2.4.- Base de liquidación de la sanción moratoria

Frente a este aspecto el Consejo de Estado²⁵ 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 por cada vigencia fiscal.

Ahora bien, en lo que 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.

2.5.- De la indexación de la sanción moratoria

Frente a este aspecto, el Consejo de Estado en la precitada sentencia de unificación precisó que como quiera que no se trata de un derecho laboral sino de una sanción por la negligencia del empleador, no es procedente disponer su ajuste a valor presente, en razón a que refiere

²⁵ Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia jurídica.- Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 - SUJ-012-S2, 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01

a valores que no van dirigidos a compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni frente a su remuneración, de esta 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”*²⁶.

Verificada la aplicación de la indexación en los casos de reconocimiento de prestaciones periódicas, la citada Corporación prosiguió con el análisis de su aplicación en los eventos de reconocimiento de sanciones, concluyendo que tal mecanismo no es procedente en el reconocimiento de la sanción moratoria de las cesantías, pues su propósito es garantizar la actualización de prestaciones sociales y en el caso de la sanción moratoria de las cesantías no se está ante un derecho o acreencia laboral, sino frente a una penalidad económica por la negligencia de la entidad en el trámite para el pago de la referida prestación de las cesantías. Así explicó el Consejo de Estado:

“(…) 175. Es evidente, que la jurisprudencia de la Sección Segunda se inclinó por descartar la procedencia de la indexación de la sanción moratoria, porque ésta penaliza la negligencia del empleador en la obligación de reconocer y pagar oportunamente las cesantías a sus empleados, que en términos monetarios constituyen sumas de dinero mayores a la actualización a valor presente.

176. No obstante lo anterior, con el ánimo de esclarecer aún más el punto de la indexación de la sanción moratoria, y amparados en el rol de órgano de cierre de la jurisdicción que en el contexto del artículo 271 del CPACA, la Sala se permite reiterar el ya expuesto criterio jurisprudencial, ofreciendo razones adicionales que lo refuerzan.
(…)

182. Visto lo anterior, es preciso concluir que la sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, es una sanción o penalidad cuyo propósito es procurar que el empleador reconozca y pague de manera oportuna la mencionada prestación, más no mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito.

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que **su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.**

184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una

prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

185. En tal sentido, **al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.**

²⁶ Ibídem

(...)

187. De acuerdo con lo anterior, **las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.**

(...)

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, **la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico.**

190. Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, **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.**

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. **Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA (...).** (Destacado por el Despacho)

De acuerdo a lo antes expuesto, se tiene que la sanción moratoria no constituye un derecho derivado de la relación de trabajo sino una penalidad económica por la negligencia en que incurre el empleador al no reconocer y pagar en tiempo la cesantía del trabajador, por tanto, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente.

2.6.- De la aplicación de las Sentencias de Unificación

La Corte Constitucional ha indicado en repetidos pronunciamientos²⁷ que las decisiones del Consejo de Estado como autoridad de cierre de lo contencioso administrativo tienen el carácter de vinculantes, por ser emanadas de un órgano encargado de unificar jurisprudencia y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica – establecidos en la Constitución en sus artículos 13 y 83.

Así, la unificación jurisprudencial ha tomado una relevancia especial desde la expedición de las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012, convirtiéndose en normas de carácter obligatorias y vinculantes, tal como lo ha considerado la Corte Constitucional en Sentencia C-179 de 2016, en la cual expresó:

“(...) Si bien se ha dicho que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, es claro que en su labor no se limitan a una mera aplicación mecánica de esta última, sino que realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica esencialmente (sic) la determinación de cuál es la regla de derecho aplicable al caso y los efectos que de ella

²⁷ Sentencia C-816 de 2011- - Sentencia C-634 de 2011- Sentencia SU-050-2017

se derivan. Incluso se ha entendido que los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración "de silogismos jurídicos. Precisamente, la actividad judicial supone la realización de un determinado grado de abstracción o de concreción de las disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico, para darle integridad al conjunto del sistema normativo y atribuirle, a manera de subregla, a los textos previstos en la Constitución o en la ley un significado coherente, concreto y útil."

De esta forma, el artículo 10 del C.P.A.C.A. estableció que es deber de las autoridades observar las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, como parte del principio de seguridad jurídica y de la garantía de imparcialidad y objetividad. A su turno el artículo 270 ibídem preceptuó: *"Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencia las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009."*

2.7.- Del silencio administrativo negativo

En primera medida, ha de señalarse que la figura del silencio administrativo ha sido instituida por la ley como una manera de otorgar ciertos efectos a la omisión por parte de la Administración, en relación con la resolución de las peticiones que se le hubieren elevado. En tal sentido, el silencio administrativo en términos generales, ha sido definido por la doctrina como "una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones".

La Corte Constitucional respecto a la finalidad o fundamento del silencio administrativo en la sentencia C-328 de 1995, indicó *"La institución del silencio administrativo encuentra su explicación en el hecho de que la relación jurídica que surge entre el particular y la administración no es de equivalencia, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones jurídicas privadas. Surge así el silencio administrativo como salvaguarda de los derechos de los particulares frente a la abstención injustificada de los funcionarios de la administración, obligados a producir un acto o manifestación expresa de voluntad dentro de un plazo fijado por la ley (...)"*. (Destacado por el Despacho)

Ahora bien, de acuerdo con la Ley 1437 de 2011, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es que si vencidos los plazos que tiene la administración para proferir respuesta de fondo respecto a una petición formulada bien sea de carácter general o particular, sin que aquella se produzca, ha de entenderse negado el requerimiento. Esta figura ha sido denominada silencio administrativo negativo y consiste en una ficción para que, vencidos los plazos de ley sin una respuesta por parte de la administración, se genere un acto ficto por medio del cual se niega la solicitud elevada, acto que el administrado puede recurrir ante la misma administración o la jurisdicción.

En tal sentido el artículo 83 del C.P.A.C.A. señala que si transcurridos tres (3) meses a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión, se entenderá que la misma es negativa, constituyéndose de tal forma en una ficción legal que puede ser

controvertida en sede judicial. La Corte Constitucional²⁸ ha dicho que el silencio administrativo es una herramienta importante para los ciudadanos porque **“i) puede hacer valer sus derechos ante la administración de justicia, por cuanto no puede quedar indefinidamente a la espera de una respuesta por parte del ente estatal encargado de resolverla, hecho que hace necesario crear un mecanismo para que pueda acudir ante la misma administración recurriendo el acto ficto o ante la jurisdicción o, ii) pueden ver satisfechos sus derechos ante la omisión de la administración,...”**

Recientemente el Consejo de Estado en providencia del 18 de julio de 2018, señaló frente al silencio administrativo negativo lo siguiente:

“El silencio administrativo es una ficción o presunción que el Legislador contempla cuando la Administración no se pronuncia frente a peticiones o recursos elevados por los administrados. La consecuencia de esa abstención que puede ser negativa o positiva. Si bien no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. Su razón de ser es la de evitar que los asuntos se queden sin decidir, de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse.”²⁹ (Negrilla del Despacho)

En tal sentido, la omisión de respuesta a una solicitud presentada por el ciudadano ante la administración, si bien desconoce el derecho fundamental de petición, no es óbice para que aquella falencia impida su conocimiento por parte de la jurisdicción.

3.- CASO CONCRETO

En el caso concreto de acuerdo con los elementos de prueba allegados al plenario, se encuentran acreditadas las circunstancias que se señalan a continuación:

- Que la señora **MARÍA STELLA IBAGUÉ DE BENÍTEZ** solicitó el reconocimiento de su Cesantía definitiva mediante petición radicada **No. 2015-CES-037194 del 12 de agosto de 2015** ante la Secretaría de Educación de Boyacá (Exp. Digital Archivo No.3, fl. 25)
- Mediante **Resolución No. 1444 del 1º de diciembre de 2015** la Secretaria de Educación de Boyacá de acuerdo a las facultades conferidas en la Ley 91 de 1989, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 reconoció y ordenó el pago de una Cesantía definitiva en favor de la señora **MARÍA STELLA IBAGUÉ DE BENÍTEZ**, ordenando el pago de la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS MCTE (\$52.045.305), el cual se realizaría a través de la Fiduciaria la Previsora S.A. (Exp. Digital Archivo No.3, fl. 26-28).
- Que el Banco BBVA informó que los recursos derivados del reconocimiento de Cesantías quedaron a disposición de la demandante el día **29 de febrero de 2016**, los cuales fueron cobrados en igual fecha. (Exp. Digital Archivo No. 31, fl. 2).

²⁸ Sentencia C – 875 de 2011

²⁹ M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ - Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00431-01(21043)

- Adicionalmente, el Gerente de la sucursal Tunja del Banco BBVA reportó que el pago correspondiente a las cesantías reconocidas a través del acto administrativo No. 1444 del 01 de diciembre de 2015, se realizó el día 29 de febrero de 2016. (Exp. Digital Archivo No.3, fl. 32).

- Posteriormente, mediante solicitud radicada **2017PQR8167 del 11 de diciembre de 2017** la demandante solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconociera y pagara la sanción moratoria, sin que a la fecha se haya emitido decisión alguna sobre el particular. (Exp. Digital Archivo No.3, fl. 3-8)

Ahora bien, como se indicó en precedencia en primer lugar se realizará el estudio de configuración del silencio administrativo negativo, para lo cual se debe precisar de acuerdo con las pruebas documentales aportadas a la actuación, que la docente MARÍA STELLA IBAGUÉ DE BENÍTEZ presentó petición ante la entidad demandada el día 11 de diciembre de 2017, con la cual pretendía pago de la sanción moratoria derivada del pago tardío de las cesantía definitiva que le fueron reconocidas, sin que se haya demostrado que la demandada de forma directa o a través de su delegado en materia de reconocimiento, es decir, de la Secretaría de Educación o del vocero en materia del pago de las prestaciones sociales que en este caso correspondería a la Fiduprevisora, se haya pronunciado de fondo; razón suficiente, para que el Despacho declare la existencia del acto ficto o presunto derivado de la no contestación de la reclamación administrativa presentada por la parte demandante en los términos del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011.

En ese entendido, procede el Despacho a estudiar la legalidad del acto ficto o presunto administrativo que negó el pago por la mora de las cesantías, al considerar que a la docente le es aplicable por favorabilidad lo preceptuado en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en aras de que se le realice el reconocimiento y pago de la sanción moratoria. En tal sentido, de acuerdo a los parámetros antes reseñados contenidos en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, se dispondrá la aplicación para el *sub examine* de la normatividad que garantiza en mayor medida los derechos del trabajador, concretamente los principios de igualdad en el régimen de seguridad social, es decir la Ley 1071 de 2006.

Así las cosas y como se señaló en precedencia, luego de que el docente radica su solicitud de reconocimiento y pago de cesantías definitivas o parciales la entidad cuenta con el término de **15 días** hábiles para expedir la resolución correspondiente, sí cumple con los requisitos³⁰; de no contar con toda la información requerida la entidad debe comunicar a la parte solicitante dentro de los **10 días** de tal situación, señalándole de manera expresa los requisitos faltantes. A su vez, luego de ejecutoriado el acto (**10 días C.P.A.C.A**) que le reconozca la prestación social la entidad cuenta con **45 días** para cancelar la prestación social³¹; disponiendo así la entidad con un término total de **70 días** para realizar el pago efectivo de la referida prestación³².

Establecido lo anterior, no queda duda para el Despacho que en caso en concreto se ha generado una mora en el reconocimiento y pago de la Cesantías definitivas de la señora **MARÍA STELLA IBAGUÉ DE BENÍTEZ**, en los siguientes términos:

³⁰ artículo 4 Ley 1071 de 2006

³¹ artículo 5 Ley 1071 de 2006

³² Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia jurídica.- Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 - SUJ-012-S2, 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01

FECHA DE RADICACIÓN DE LA SOLICITUD	FECHA EN QUE SE EXPIDE EL ACTO ADMINISTRATIVO	EJECUTORIA	FECHA DE CANCELACIÓN DE LOS RECURSOS
12 de agosto de 2015	01 de diciembre de 2015		29 de febrero de 2016

En cuanto a la fecha de pago de los recursos, el Despacho tendrá en cuenta aquella en la cual la demandada giró a la entidad financiera los recursos derivados de la Cesantía definitiva, en virtud a que desde ese día, es decir, desde el 29 de febrero de 2016, la señora **MARÍA STELLA IBAGUÉ DE BENÍTEZ** podía disponer de estos recursos y la demora en la realización de la transacción de cobro o transferencia no puede ser atribuible a la administración, la cual cumple con el deber de girar los recursos al Banco previamente señalado por el interesado a quien le corresponde verificar dicho depósito en su favor.

Ahora bien, encuentra el Despacho que desde la fecha de radicación de la solicitud de reconocimiento de las cesantías hasta la fecha en que se emitió el acto administrativo que reconoce la Cesantía definitiva a la docente **MARÍA STELLA IBAGUÉ DE BENÍTEZ** transcurrieron setenta y seis días hábiles, superando ostensiblemente lo señalado por la precitada norma; por tanto, ha de darse aplicación a la hipótesis relativa a la “existencia del acto expedido de forma extemporánea” y en tal sentido, habiéndose probado que la administración incumplió los términos señalados en la norma, no solo al momento de expedir la Resolución de reconocimiento sino en cuanto al pago efectivo de la misma, es aplicable el término de los **70 días** referidos por la norma y la jurisprudencia antes aludidas, contados a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud por parte del demandante.

Desde el punto de vista legal y en atención a la sentencia de unificación del Consejo de Estado antes referida, los términos que tenía la administración para tramitar y pagar la cesantía definitiva a la aquí demandante, eran los siguientes:

Actuación	Término
1. Solicitud de pago	12 d agosto de 2015.
2. Expedición del Acto Administrativo	El término de 15 días hábiles ³³ para expedir la resolución venció el 3 de septiembre de 2015.
3. Ejecutoria del Acto Administrativo	El término de 10 días hábiles ³⁴ venció 17 de septiembre de 2015.
4. Término límite de pago de cesantía	El término de 45 días hábiles ³⁵ venció el 24 de noviembre de 2015.

De esta forma, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías por parte de la entidad demandada - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-, se empezará a contar pasados setenta (**70 días hábiles**) contados desde el 13 de agosto de 2015 - día siguiente a la radicación de la solicitud de las cesantías-, cumpliéndose el día **25 de noviembre de 2015**- día siguiente al vencimiento de los 70 días y hasta el **26 de febrero de 2016** -día hábil anterior a la fecha en que se pusieron a disposición del demandante los recursos derivados

³³ Ley 1071 de 2006, Artículo 4.

³⁴ Arts. 76 y 87 del CPACA

³⁵ Ley 1071 de 2006, artículo 4.

del pago de la prestación social reclamada - periodo por el cual se ordenará el reconocimiento de la sanción moratoria.

En este punto, es pertinente indicar que en recientes pronunciamientos el Tribunal Administrativo de Boyacá³⁶, ha precisado que los días para calcular la sanción moratoria, se entienden **días calendario**.

Adicionalmente, se debe precisar que, al tratarse del reconocimiento y pago de una **cesantía definitiva**, el salario base de liquidación está constituido por la asignación básica vigente devengada por el servidor público para la época en que finalizó la relación laboral, es decir para el año 2015, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pago.

4.1 De la prescripción

A partir de la Sentencia de Unificación No. CE-SUJ2-004-16 de fecha 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado, indicó que en materia de prescripción de la sanción moratoria se debe acudir al artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, donde se prevé el término prescriptivo de **tres (03) años contados a partir de la exigibilidad del derecho**, que puede ser interrumpido, por una sola vez, con el simple reclamo del trabajador.

Pues bien, en el caso concreto se advierte que el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible desde el primer día de mora, esto es, desde el **25 de noviembre de 2015**—día siguiente al vencimiento de los 70 días, hasta el **26 de febrero de 2016**—día hábil anterior a la fecha en que se pusieron a disposición de la demandante los recursos derivados del pago de la prestación social reclamada.

De este modo, el término de los tres (3) años previsto para reclamar el pago respectivo sin que operara el fenómeno extintivo, vencería inicialmente el 25 de noviembre de 2018, por lo que se concluye que en este caso no operó el fenómeno prescriptivo, si se tiene en cuenta que la reclamación administrativa fue radicada por la demandante el día 11 de diciembre de 2017 (Exp. Digital Archivo No.3, fl. 3-8)

4.2. De la indexación

Como se expuso en precedencia, la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado³⁷ sentó jurisprudencia, estableciendo que no existe derecho a la indexación a valor presente de la sanción moratoria, al señalar "(...) **CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA.**" (Negrilla del Despacho); luego, tal como lo reconoció la misma Corporación, ello no comporta la inaplicación del artículo 187 del C.P.A.C.A.³⁸, respecto de la actualización de la condena que se impone por concepto de sanción moratoria de conformidad con el IPC, a

³⁶ Sentencia 29 de agosto de 2019 dentro del radicado 15001-3333-011-2017-00152-01 M.P. CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ, cita providencia-C.E del 27 de julio de 2017, dentro del proceso 73001-23- 33-000-2013-00246-01. Criterio al que ha recurrido el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia del 30 de enero del 2020 dentro del radicado No 15238-3333-001-2017-00249-01.

³⁷ Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia jurídica.- Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 - SUJ-012-S2, 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-

³⁸ **ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.** ...Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

partir de la fecha en que dejó de causarse la mora- que para el caso en concreto correspondería al día **29 de febrero de 2016** y hasta la fecha de la sentencia.

5.- DE LAS COSTAS

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señala:

“(…) ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. (...)”

Advierte el Despacho que el inciso segundo de la norma en comento se refiere al evento en que la demanda no prospere, por evidente carencia de fundamento legal, de tal manera que lo procedente es aplicar, en el presente caso, el inciso primero del artículo 188 del CPACA. A este respecto, ha de precisarse que tal como lo ha señalado el Consejo de Estado la condena en costas no hace referencia a la imposición de las mismas de manera objetiva sin que medie sustento alguno que permita evidenciar la conducta de las partes; en efecto, indicó la referida Corporación:

“Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales³⁹”.

Como quiera que en el presente asunto se trata de un proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho donde se ventila un asunto de contenido particular y concreto como lo es el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del pago tardío de las cesantías, se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas. En ese orden de ideas, se advierte que la demanda fue radicada el 07 de marzo de 2019 (Exp. Digital Archivo No. 4), fecha en la cual ya se había proferido por el Consejo de Estado sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, de tal manera que la entidad demandada al no comparecer al proceso, (incluso no se hizo parte en el trámite de la conciliación extrajudicial), desconoció dicho pronunciamiento, el cual resulta vinculante tanto para la administración como para el Juez de lo Contencioso Administrativo, con lo cual hay lugar a condenar en costas y agencias en derecho por el trámite de la primera instancia. Para su liquidación sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, actuando en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

³⁹ Consejo de Estado, Sección Primera. C.P. Guillermo Vargas Ayala. 16 de abril de 2015. Rad: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR que operó el silencio administrativo negativo con relación con la petición interpuesta el **11 de diciembre de 2017** con **Radicado No. 2017PQR8167** presentada por la demandante **MARÍA STELLA IBAGUÉ DE BENÍTEZ** ante la entidad accionada, relacionada con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto configurado con ocasión del silencio administrativo negativo por la falta de respuesta a la petición presentada por la señora demandante **MARÍA STELLA IBAGUÉ DE BENÍTEZ** y radicada **2017PQR8167 del 11 de diciembre de 2017**, por lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** para que reconozca, liquide y pague a favor de la señora **MARÍA STELLA IBAGUÉ DE BENÍTEZ** identificada con cédula de ciudadanía No. 24.040.362 de Santana - Boyacá, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas a razón de un día de salario por cada día de retardo cuya base será la asignación percibida para el momento en que finalizó la relación laboral - es decir para el año 2015, desde el día **25 de noviembre de 2015** hasta el **26 de febrero de 2016**, conforme la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: El valor de la condena será indexado en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., desde el **29 de febrero de 2016** hasta la fecha de esta sentencia.

QUINTO: Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: CONDENAR en costas a la entidad demandada por el trámite de esta instancia. Para su liquidación sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

SÉPTIMO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. **REALIZAR** las anotaciones de rigor en el Sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (art. 298 C.P.A.C.A.). **ARCHIVAR** el expediente dejando las constancias respectivas.

OCTAVO: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A.

NOVENO: NOTIFICAR por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del C.P.A.C.A. a las partes y al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JORGE ELIÉCER CÁCERES SEPÚLVEDA

JUEZ

LV

Firmado Por:

JORGE ELIECER CACERES SEPULVEDA

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 007 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE TUNJA-BOYACA

Código de verificación: **279e8323d3036c4dc2211b811f5012295773b38128809ffafc0ae956b50be03c**
Documento generado en 30/06/2021 10:55:36 a. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>