



197

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTE: MARIA CLAUDIA CASTELLANOS CUELLAR
**DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL Y FIDUPREVISORA S.A.**
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00109 - 00
**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1. Demanda y tesis de la demandante (fl. 2-14).

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, mediante apoderado judicial, la señora **MARIA CLAUDIA CASTELLANOS CUELLAR** interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** - y la **FIDUPREVISORA S.A.**

Pretende que previa declaratoria de la existencia del silencio administrativo negativo, se declare la nulidad del acto ficto o presunto mediante el cual le fue negado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantía parcial reconocida en Resolución No. 006245 de 2013, solicitada mediante petición presentada ante la Nación - Ministerio de Educación Nacional - FNPSM (Secretaría de Educación de Boyacá) el **9 de febrero de 2017**. De igual manera, solicita la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20170170384751 del 29 de marzo de 2017 por medio del cual la FIDUPREVISORA S.A. negó el reconocimiento y pago de la aludida sanción moratoria.

A título de restablecimiento del derecho persigue se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria correspondiente a un (1) día de salario por cada día de retardo desde el 23 de julio de 2013 hasta el 21 de agosto de 2014 conforme a las previsiones de las leyes 1071 de 2006 y 91 de 1989.

Igualmente solicitó, que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA, que sobre las sumas adeudadas se realicen los ajustes de valor conforme al IPC (art. 187 CPACA) y que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

1.1.- Normas violadas y concepto de violación:

La parte demandante aduce la transgresión del preámbulo y de los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política, así como los principios de igualdad, dignidad humana y principio de favorabilidad. Por otra parte, señala, la vulneración a la Ley 244 de 1995 y en especial lo consagrado en los artículos 4, 5 de la Ley 1071 de 2006, respecto a la mora en el pago de las cesantías.

Sostiene que los actos acusados son ilegales por incurrir en infracción manifiesta de normas constitucionales y legales, toda vez que en ellos se desconocieron los términos para reconocer y pagar las cesantías de los servidores públicos, contemplados en la Ley 1071 de 2006 según la cual cuando exista mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos –dentro de los cuales encuentran los docentes conforme a la Ley 91 de 1989- la entidad tiene la obligación de pagar al afectado como indemnización un día de salario por cada día de retardo.

De igual manera, sostiene que conforme a las disposiciones de la Ley 115 de 1994 la entidad competente para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes es la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional y no la Fiduprevisora S.A.

2.- Contestación y tesis de las demandadas:

2.1.- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 43- 47).

La demandada compareció al proceso mediante apoderado, oponiéndose a las pretensiones de la demanda explicando que la entidad no es la encargada de expedir el acto demandado en cuanto no es la responsable de reconocer, liquidar y pagar las prestaciones sociales de los afiliados al FOMAG.

Propuso como excepciones "*Falta de Legitimación por pasiva*" e "*Inexistencia de la obligación con fundamento a la ley*"; aduciendo que son las Secretarías de Educación en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 las que emitieron los actos administrativos demandados; además alude, que para el caso de los docentes existe un régimen especial para el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales consagrado en la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de

198

2005, excluyendo así la aplicación de las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996, 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Explica que la FIDUPREVISORA S.A es una Sociedad de Economía mixta de carácter indirecto de orden Nacional, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que para el caso, a través del Contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura No. 0083 del 21 de junio de 1990 se le encargó el manejo de los recursos y vocera del patrimonio autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Señala que de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005 (arts. 3, 4 y 5), la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que paga el Fondo, se efectúa a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, creándose así un procedimiento exclusivo para los docentes afiliados al Fondo, en el cual se establecen los trámites, etapas y términos específicos para su reconocimiento y pago. Agrega además, que los docentes beneficiarios de la aplicación de la Ley 91 de 1989 afiliados al Fondo, están excluidos de los demás regímenes de liquidación de cesantías establecidos en la Ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996 así como de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Por último, alega que en las normas que regulan el reconocimiento y pago de prestaciones de los docentes vinculados al Fondo no establecen sanción alguna, por lo que no se puede aplicar de forma extensiva las sanciones dispuestas en otras normas, dado que no puede extenderse arbitrariamente el poder punitivo a través de analogía, al no estar tipificada dicha sanción en el Decreto 2831 de 2005.

2.2.- Fiduciaria La Previsora: No contestó la demanda.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Corrido el traslado para alegar de conclusión, las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1. Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl. 185-195).

Reitera los argumentos expuestos inicialmente, señalando que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad, que se configura prescripción de los derechos reclamados y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Insiste en la inexistencia de relación laboral entre la demandante y el Ministerio de Educación y en la falta de competencia de este último para expedir el acto administrativo de reconocimiento del derecho invocado, en

razón a que de acuerdo con los Decretos 2831 de 2005 y 1075 de 2015 se encuentra en cabeza de las entidades territoriales certificadas reconocer la prestación social reclamada y de la Fiduciaria el pago con los recursos del citado Fondo. Reafirma que los docentes cuentan con un régimen especial para el pago de sus prestaciones sociales y que no existe línea jurisprudencial ni se ha emitido sentencia de unificación frente a la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

El extremo **demandante** y la **Fiduprevisora S.A.** no alegaron de conclusión. Por su parte, el **Ministerio Público** se abstuvo de emitir concepto.

II. CONSIDERACIONES:

1. PROBLEMA JURÍDICO:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, correspondería al Despacho:

i) Determinar si la demandante **MARÍA CLAUDIA CASTELLANOS CUELLAR** 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.

ii) 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 Secretaría de Educación de Boyacá el 9 de febrero de 2017.

iii) El estudio de legalidad del acto ficto o presunto configurado con la falta de respuesta a la anterior petición.

iv) El estudio de legalidad del Oficio No. 20170170384751 del 29 de marzo de 2017, mediante el cual la Fiduprevisora S.A. negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, solicitado por la demandante.

Sin embargo, con antelación a ello deberá analizarse si hay lugar a la configuración de la excepción de **prescripción extintiva** del derecho de acción, como quiera que según las previsiones del inciso segundo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, el Juez debe pronunciarse en la sentencia "*sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra (...) que encuentre probada.*". Por lo cual, se abordarán los siguientes aspectos:

2.- MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

2.1.- De la prescripción extintiva – Aplicación en sanción moratoria.

La figura de la prescripción extintiva se constituye en una forma de extinguir la oportunidad de ejercer la acción para reclamar un derecho del cual se es titular, dentro de un tiempo determinado en la ley. En efecto, el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la ha señalado que dicha institución "(...) **hace relación al deber que tiene cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial fijado en la ley; es decir, si los derechos que se han adquirido no se solicitan en un determinado lapso fijado por una norma, se pierde la oportunidad para ejercerlos ante la ausencia del interés que presume el legislador, por parte de quien ostenta el derecho.**"¹ (Negrita fuera de texto).

Por su parte, en sentencia C-072 de 1994 la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del término de prescripción de la acción laboral contenido en el Artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral -adoptado mediante Decreto Ley 2158 de 1948-, concluyendo que el mismo se adecuaba a la norma constitucional, no lesionaba derechos laborales ni el principio de seguridad jurídica. Sobre el punto destacó:

"La prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la C.P., porque el derecho al trabajo es en sí imprescriptible.

No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo.

(...)El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo."

En cuanto a su finalidad, expresó el máximo Tribunal Constitucional en sentencia T-662 de 2013, que:

"La figura de la prescripción (i) busca generar certidumbre entre las relaciones jurídicas; por esa razón (ii) incentiva y garantiza que las situaciones no queden en suspenso lo largo del tiempo fortaleciendo la

1. Consejo de Estado, Sección Segunda, Rad: 73001-23-33-000-2014-00217-01(4846-14). Sentencia del 16 de noviembre de 2017. M.P. William Hernández Gómez.

seguridad jurídica; (iii) supone que quien no acudió a tiempo a las autoridades para interrumpir el término lo hizo deliberadamente; y finalmente (iv) genera consecuencias desfavorables que pueden llegar incluso a la pérdida del derecho.”.

Así las cosas, no ejercer la acción para reclamar un derecho en el término establecido en la norma implica una sanción para su titular, consistente en la pérdida de oportunidad para hacerlo, dado que las relaciones jurídicas no pueden permanecer incólumes a lo largo del tiempo en virtud del principio de seguridad jurídica.

Ahora bien, en lo que hace a la prescripción relacionada con los **salarios moratorios**, resulta preciso señalar que el Consejo de Estado en sentencia de unificación de fecha 25 de agosto de 2016², reiterada en pronunciamientos posteriores³, aclaró que el término de prescripción aplicable a situaciones como la aquí analizada es el contenido en el artículo **151 del Código de Procedimiento Laboral**, como quiera que la sanción moratoria no es una prestación que se encuentra regulada en las normas que rigen expresamente las situaciones laborales de los servidores públicos. Al respecto, expresó la Corporación:

"Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios⁴ a la prestación "cesantías".

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador⁵ y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no

2. Consejo de Estado, Sección Segunda. Rad: 08001 23 31 000 2011 00628-01 (0528-14). Sentencia del 25 de agosto de 2016. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

3. Se citan entre otros. Consejo de Estado, Sección Segunda. Rad: 080012333000201300690-01 (4010-14). Sentencia del 6 de julio de 2017. M.P. William Hernández Gómez. - Consejo de Estado, Sección Segunda. Rad: 27-001-23-33-000-2013-00179-01 (1054-14). Auto del 8 de junio de 2017. M.P. William Hernández Gómez. - Consejo de Estado, Sección Segunda. Rad: 08001233300020140033201 (3815-15). Sentencia del 30 de marzo de 2017. M.P. Sandra Lisset Ibarra. - Consejo de Estado, Sección Segunda. Rad. No.: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14). Auto del 15 de febrero de 2018. M.P. William Hernández Gómez.

4. Tal indemnización no tiene el carácter de accesoria a las cesantías, como pasa a precisarse en esta providencia, a pesar de que en diversas providencias, se le haya dado tal connotación; ver, entre otras, el auto de 21 de enero de 2016, radicación número: 27001-23-33-000-2013-00166-01(0593-14).

5. En sentencia C-448 de 1996, la Corte Constitucional consideró que esta sanción "busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora..."

200

*obstante, sí es del caso precisar **que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:***

"ARTÍCULO 151. -Prescripción. *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."*

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969⁶, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990.". (Negrita fuera de texto).

Corolario de lo expuesto, para que opere la prescripción extintiva del derecho de acción se requiere que haya transcurrido un lapso superior a tres (3) años, contados **a partir del momento en que la obligación se haya hecho exigible** y durante el cual no se hayan ejercido las acciones necesarias para obtener la materialización de lo pretendido; teniendo en cuenta que la presentación de reclamo escrito interrumpirá por un lapso igual el término prescriptivo.

Tal como se señaló en la citada sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, **la sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías se hace exigible a partir de su causación.** Es decir, a partir del día siguiente al **vencimiento de los términos** con que contaba la administración para proferir el acto de reconocimiento de las cesantías y proceder a su pago. Ergo, a partir de su causación y dentro de los tres (3) años subsiguientes debe realizarse la respectiva reclamación, so pena de que opere la prescripción.

En cuanto a los términos aplicables para la configuración de la sanción moratoria a favor del personal docente regido por la Ley 91 de 1989, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del **18 de julio de 2018**, aclaró que son los mismos contenidos en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, a los cuales se hará alusión más adelante.

6. Normas aplicadas para efecto de prescripción, entre otras en sentencias de 21 de noviembre de 2013, Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez (E), radicación número: 08001-23-31-000-2011-00254-01(0800-13) y de 17 de abril de 2013, Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación número: 08001-23-31-000-2007-00210-01(2664-11).

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

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 vivienda⁷.

Así, la **Ley 244 de 1995⁸** 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:

"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". (Negrita fuera de texto).

Posteriormente, dicha normativa fue modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006⁹, estableciendo el ámbito de aplicación de la misma, en los siguientes términos:

⁷ Sentencia 00332 de 2017

⁸ "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".

⁹ "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."

201

"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*¹⁰.

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 y la segunda sostuvo que no era viable la aplicación de la sanción moratoria al personal docente en la medida en que los docentes están sometidos a un régimen especial previsto en las Leyes 91 de 1989¹¹, 962 de 2005¹² 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. Postura acogida recientemente en sede de unificación por el Consejo de Estado¹³, tal como pasa a explicarse.

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

10 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 otros.

11 «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

12 «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»

13 Consejo de Estado- Sentencia de unificación por importancia jurídica.- Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 - SUJ-012-52, 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01

La Sección Segunda del Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación, 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.

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 normativa¹⁴ 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 Decreto¹⁵. 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 Constitucional¹⁶.

Igualmente, se plantearon diversas **situaciones e hipótesis que pueden configurarse en el trámite administrativo de reconocimiento y pago de sanción moratoria**, fijando las siguientes reglas:

- **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. 1071/2006¹⁷), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁸) 5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984, artículo*

14 Sentencia C-037-00

15 Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia Jurídica.- Sentencia CE-SUI-SII-012-2018 - SUI-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".

16 "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."

17 "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."

18 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.

222

51¹⁹, 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 2006²⁰". (Negrita fuera de texto)

▪ **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 en término 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 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.

19 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. [...]

20 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.

- **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 Constitucional²¹ 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 C.P.A.C.A.

Tales hipótesis fueron sintetizadas por el máximo Tribunal en la pluricitada 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 ²²	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

2.4.- De la aplicación de las Sentencias de Unificación.

La Corte Constitucional ha indicado en repetidos pronunciamientos²³ que las decisiones del Consejo de Estado como autoridad de cierre de lo contencioso administrativo tiene el carácter de vinculantes, por ser emanadas de un

²¹ Sentencias T-673-98, T-785-01 y T-795-01

²² 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.

²³ Sentencia C-816 de 2011.- Sentencia C-634 de 2011.- Sentencia SU-050-2017

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 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."*

2.5.- Del acto acusado.

Dirá el Despacho que si bien la Fiduciaria La Previsora S.A. no es la entidad competente para emitir actos administrativos que resuelvan las peticiones de reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, pues dicha función recae en la respectiva Secretaría de Educación de las entidades territoriales certificadas, se acogerá la postura del Tribunal Administrativo de Boyacá y plasmada en providencia del 14 de noviembre de 2017²⁴, al concluir que es posible tener como demandados los actos proferidos por dicha entidad en el entendido que resuelven el procedimiento

administrativo, generando una situación que resulta desfavorable a las pretensiones del extremo actor.

Lo anterior, en el entendido en que al emitir respuesta por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A. se deja al solicitante en estado de indeterminación acerca del derecho subjetivo reclamado, siendo esta entidad la que exterioriza la manifestación unilateral de la voluntad de la Administración encaminada a definir una situación particular y concreta, actuando explícitamente como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De esta manera, en aras de privilegiar el acceso a la administración de justicia y evitar que las actuaciones adelantadas en ejercicio de la función pública queden excluidas de control jurisdiccional²⁵ los actos en que la Fiduprevisora resuelva la petición e impidan continuar con la actuación administrativa, debido a la remisión que hace la Secretaria de Educación se realiza para que se pronuncie de fondo en los términos del artículo 21 del C.P.A.C.A. serán tenidos como decisiones sujetas a control por la jurisdicción contencioso administrativa.

En consecuencia, la respuesta emitida por la Fiduciaria La Previsora S.A. constituye un verdadero acto administrativo emitido en su calidad de vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.-CASO CONCRETO:

Como se advirtió en precedencia, en primer lugar corresponderá analizar si en el presente asunto, a la luz de la jurisprudencia transcrita y conforme a lo acreditado en el plenario, operó la prescripción extintiva del derecho de acción de la señora **MARÍA CLAUDIA CASTELLANOS CUELLAR** para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida en la demanda de la referencia. De prosperar el medio exceptivo en comento, se procederá entonces a abordar el fondo del asunto.

Así las cosas, como se manifestó en los hechos de la demanda (fl. 4) y como se corrobora en el contenido de la **Resolución No. 006245 del 16 de octubre de 2013** (fl. 16-19), se tiene por acreditado que mediante petición elevada el **24 de abril de 2013** la señora **MARÍA CLAUDIA CASTELLANOS CUELLAR** solicitó ante la demandada a través de la Secretaría de Educación Departamental de Boyacá, el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías parciales.

Posteriormente, mediante **Resolución No. 006245 del 16 de octubre de 2013** fue reconocido el auxilio solicitado (fl. 16-19), puesto a disposición de la actora desde el **26 de diciembre de 2013**²⁶ (fl. 85-87) y retiradas las

²⁵ Ver: Tribunal Administrativo de Boyacá 1500133330032017-00072-01 - Principios *pro homine* y *pro actione*
²⁶ Según Certificación de fecha 1º de febrero de 2018 expedida por la Fiduprevisora S.A.

204

respectivas sumas de dinero el **21 de agosto de 2014** según constancia de retiro de dineros emitida por el Banco BBVA (fl. 9).

Como consecuencia del presunto pago tardío, en petición del **9 de febrero de 2017** la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 modificada por la 1071 de 2006 (fl. 22-25)

En respuesta del anterior requerimiento, la Fiduprevisora S.A. emitió el acto demandado, contenido en el Oficio No. 20170170384751 de fecha **29 de marzo de 2017** por medio del cual, actuando como vocera del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el derecho solicitado (fl. 26-28)

Las anteriores circunstancias demuestran que la situación de la actora se encuentra dentro del segundo supuesto sintetizado en la tabla contenida en la sentencia de unificación antes citada, donde se profirió **acto extemporáneo** (después de 15 días). En consecuencia, aplicando los términos contenidos en los artículos 4º y 5º de la Ley 244 de 1995, se tiene que la sanción moratoria **empieza a causarse y se hace exigible a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de los 45 días** que prevé el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 para el pago del auxilio de cesantía, una vez hayan transcurrido el término para proferir el acto de reconocimiento (**15 días**) y el término de ejecutoria de éste último (**10 días**)²⁷; y **finaliza** hasta que se realice el pago del auxilio.

Así, a partir de la culminación de los setenta (**70**) días antes referidos sin que se efectúe el pago de las cesantías, se incurre en mora. Luego, desde dicho momento y hasta dentro de los tres años siguientes es que deberá presentarse la reclamación en los términos contenidos en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que a partir del día siguiente al **24 de abril de 2013**, comenzaron a correr los **15 días** hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, los cuales vencieron el **13 de mayo de 2013**. Así, el acto debió quedar ejecutoriado el **31 de mayo** del mismo año (**10 días después**).

Ejecutoriado el acto, inició a contabilizarse el término de los **45 días** para el pago de la cesantía parcial, culminando el **8 de agosto de 2013**. Es decir, que a partir del **9 de agosto de 2013** la demandada incurrió en mora; por ende se hizo exigible el derecho al pago de la sanción moratoria y comenzaron a correr los tres (3) años para el ejercicio de la acción judicial, que podían ser interrumpidos con el reclamo escrito por parte de la accionante. Así, los tres (3) años finalizaron el **9 de agosto de 2016**.

²⁷ Teniendo en cuenta que dicho término inició a contabilizarse en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

Por su parte, la demandante presentó reclamo escrito de reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del pago tardío de cesantías, tan sólo hasta el **9 de febrero de 2017** según requerimiento No. 2017PQR6563 (fl.22-25), por fuera del término legal, **dando lugar a la configuración de la prescripción extintiva de su derecho** al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 modificada por la 1071 de 2006, sin que hubiera lugar a la interrupción por lapso igual de dicho término.

En estudio de similar asunto, el Consejo de Estado mediante proveído del 6 de julio de 2017²⁸, reiteró que *"la sanción moratoria por el no pago oportuno del auxilio de cesantía prescribe por la no reclamación oportuna del derecho por parte de quien se encuentre en la obligación de ejercerlo, en tanto que: "(...)si deja transcurrir el tiempo sin adelantar las gestiones necesarias para obtener el cumplimiento de la prestación debida, la sanción sobreviniente, por la desidia o abandono de su derecho, es la extinción del mismo (...)"*.

Se aclara que habiéndose emitido **de forma extemporánea** el acto de reconocimiento de la cesantía –por culpa imputable a la entidad y no al solicitante- *"(...)no es procedente inferir que el término de la sanción moratoria empieza a contarse desde la firmeza del acto administrativo expedido tardíamente, toda vez que ello atentaría contra el espíritu de la norma, que es darle un tiempo prudencial a la entidad para que realice el procedimiento interno de reconocimiento y pago de una prestación social que le pertenece al servidor público por el solo hecho de laborar en la entidad."*²⁹. (Negrita fuera de texto).

Como se aclaró en líneas atrás, el acto acusado corresponde al Oficio emitido por la Fiduprevisora S.A. con fecha **29 de marzo de 2017** (fl. 26-28) y no el acto ficto o presunto invocado en la demanda. En gracia de discusión, si se argumentara que el primer acto no es pasible de control jurisdiccional y que se configura el silencio administrativo negativo, debe señalarse que como se expuso en la sentencia de unificación del **18 de julio de 2018**, en ambos casos, el conteo de términos se realiza en idénticas condiciones y en consecuencia, también se configuraría la prescripción extintiva del derecho.

En suma, ante la configuración de la prescripción extintiva del derecho de acción que le asistía a la demandante **MARÍA CLAUDIA CASTELLANOS CUELLAR**, se concluye entonces que no hay lugar a pronunciarse sobre el fondo del asunto, así como tampoco respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Educación Nacional, cuyo análisis se pospuso al momento de proferir sentencia; correspondiendo según lo previsto en el inciso segundo del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, de oficio declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho conforme a las motivaciones atrás expuestas.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Rad: (80012333000201300690-01 (4010-14). Sentencia del 6 de julio de 2017. M.P. William Hernández Gómez. En reiteración de providencia del 17 de septiembre de 2015: 28 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección 8, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 27001233100020110015701 (2312-12).

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Rad. No.: 27001-23-33-000-2013-00188-01(0810-14). Auto del 15 de febrero de 2018. M.P. William Hernández Gómez.

205

4.- DE LAS COSTAS:

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del C.P.A.C.A., si bien corresponde imponer condena en costas en contra de la parte vencida, el Despacho considera que teniendo en cuenta que recientemente se profirieron posturas de unificación tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado, siendo a través de la Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018 que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo adoptó una postura uniforme en asuntos como el de la presente *Litis* y aclaró que al personal docente oficial le son aplicables las disposiciones relacionadas con el reconocimiento de la sanción moratoria en los términos establecidos en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, no se impondrá condena en costas en ésta instancia.

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

FALLA:


PRIMERO: De **oficio, declarar** configurada la excepción de **prescripción extintiva de la acción**, conforme a las consideraciones contenidas en la presente decisión.

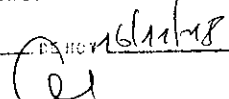
SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 C.P.A.C.A), archívese el expediente dejando las anotaciones y constancias respectivas.

CUARTO: 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO TUNJA	
NOTIFICACION POR DESPACHO	
EL AUTO ANTERIOR ES EL QUE SE POSUENIO	
NO. 76	
SECRETARIO(A)	

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Tunja, quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTE: NELLY JANET MENDIVELSO
RODRÍGUEZ

DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE
EDUCACIÓN FONDO DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO - FIDUPREVISORA, S.A.

RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00009 00

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final 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.

I. ANTECEDENTES:

1. Demanda y tesis del demandante (fl. 2-15).

La ciudadana NELLY JANET MENDIVELSO RODRÍGUEZ, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la FIDUPREVISORA S.A..

La demandante solicitó la declaratoria de la existencia del silencio administrativo negativo, con relación a la solicitud No. 2016PQR29666 del 30 de junio de 2016 por el cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071 de 2006 y consecuentemente, que se declare la nulidad del acto ficto o presunto mediante el cual le fue negada dicha sanción.

Por otra parte, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 20160171132111 del 06 de octubre del 2016 por medio del cual la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, negó el

reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago extemporáneo de la cesantía parcial reconocida a la demandante.

A título de restablecimiento de derecho, solicita se condene a las demandadas a reconocer y pagar la indemnización moratoria, consistente en un (1) día de salario por cada día de mora, desde el 16 de septiembre del 2015 hasta el 22 de marzo del 2016, de conformidad a lo establecido en la Ley 1071 de 31 de julio 2006.

Finalmente, solicita se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A, que sobre las sumas adeudadas se realicen ajustes del valor conforme al IPC (art. 187 C.P.A.C.A.), se reconozcan intereses moratorios y que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

2. Normas violadas y concepto de violación:

Refiere que los actos acusados trasgreden los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 53, 58, 228 y 226 de la Constitución Política. Agrega que existe vulneración de las disposiciones contenidas en la Ley 244 de 1995 y en especial lo consagrado en los artículos 4, 5 de la Ley 1071 de 2006, respecto a la mora en el pago de las cesantías.

Sostiene que los actos acusados son ilegales por incurrir en infracción manifiesta de normas constitucionales y legales, toda vez que se desconocieron los términos para reconocer y pagar las cesantías de los servidores públicos, contemplados en la Ley 1071 del 2006. De igual manera, señala que conforme a las disposiciones de la Ley 115 de 1994 la entidad competente para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes es la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional el cual delega dicha función a las Secretarías de Educación.

3.- Trámite procesal: Mediante auto adiado 18 de mayo de 2017 se dispuso admitir la demanda en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A (fls. 57-58)

4. Contestación y tesis de las demandadas.

4.1.- NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. (fl. 67-82)

La demandada compareció al proceso oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda argumentando que no existen fundamentos de hecho ni de derecho que sirvan de sustento a las mismas. Sostiene que no le corresponde efectuar la liquidación de las prestaciones de los afiliados al FOMAG y que el procedimiento regulado por la Ley 91 de 1989 y su Decreto 2831 de 2005 es el procedimiento especial aplicable al caso de las prestaciones sociales del personal docente, por lo que considera que mal podría aplicarse el régimen establecido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, ya que difiere del régimen especial de los docentes, y menos aún hacer extensiva una sanción por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno del auxilio de cesantías.

Finalmente, sostiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado mediante la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, con independencia contable y financiera, que funciona a través del consejo directivo, quien determina las políticas de administración y dirección del fondo, establece prioridades de atención a las prestaciones a través de acuerdos, y asigna los recursos para el pago de las prestaciones sociales, entre estas las cesantías.

Presentó las excepciones de: "*Falta de Legitimación por pasiva*" y "*Prescripción*" aduciendo que son las Secretarías de Educación en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 las que emiten los actos administrativos demandados; además solicita, que en el evento de condenar a la parte demandada se declare la prescripción de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

4.2.- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. No contestó la demanda, a pesar de haber sido notificada tal como consta a folio 34 de la actuación.

5.- Alegatos de conclusión: En el término de traslado para alegar (fl. 220), las partes guardaron silencio y el Ministerio Público emitió concepto tal como a continuación se reseña.

5.1.- Concepto Ministerio Público (fl. 222-230): Luego de la relación de antecedentes del asunto de la referencia y la síntesis del marco jurídico y jurisprudencial aplicable, el Procurador Administrativo 177 para Asuntos Administrativos Delegado ante este estrado judicial, conceptuó de manera favorable a las pretensiones de la demanda y precisando que debe declararse la

nulidad de los actos jurídicos acusados, ordenando a las entidades demandadas efectuar el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, teniendo como fecha límite para su cálculo el 16 de marzo de 2016.

II. CONSIDERACIONES:

1. De la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Alega que la Nación- Ministerio de Educación, no expidió los actos administrativos de conocimiento, sino que fueron expedidos por la Secretaría de Educación respectiva, en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005. Afirma que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a pagar las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta de docentes a través de las Secretarías de Educación, conforme la descentralización del sector educativo, trasladando la función nominadora a las entidades territoriales, siendo estas las que administran el personal docente y los servicios educativos estatales.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2013, señaló:

"...No hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989....., es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales"¹ (Negrilla fuera del texto).

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia del 08 de febrero de 2016. Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

234

Así mismo, en providencia del 18 de diciembre de 2014 Rad.: 68001-23-33-000-2012-00370-01 (2935-13), el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, recalcó que la Secretaría de Educación del ente territorial actúa en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de las prestaciones sociales del magisterio y no el ente territorial. En igual sentido, se refirió la misma Corporación en sentencia del 8 de febrero de 2016. Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). Postura reiterada en pronunciamiento del 25 de julio de 2017 – Exp: 15001 33 33 011 2015 00170 01, señalando:

*"(...) tratándose de prestaciones sociales de los docentes, **la entidad que en todos los casos debe ser vinculada como parte demandada** por tener la disposición sobre los referidos derechos laborales, no es otra que la Nación – Ministerio de Educación al ser la propietaria de los dineros con los cuales fue creado el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*Lo anterior, como quiera que es **la Nación – Ministerio de Educación**, a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, la encargada de realizar el reconocimiento de los emolumentos laborales de los docentes con cargo al Fondo especial creado para dicho fin."*
(Negrita fuera de texto)

Aunado a lo anterior, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 11 de octubre de 2017 dentro del Rad. 15001-23-33-000-2016-00266-00 en lo que se refiere a la responsabilidad frente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, concluyó: *"(...) el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías"*

Así las cosas, en vista que la actuación desplegada por las entidades territoriales se enmarca en una simple formalidad, que no obedece a una actuación propia y por tanto no tiene injerencia alguna en el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales a que tienen derecho los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se colige entonces que la demandada es la llamada a responder por la condena que eventualmente se llegare a imponer, y por ello, atendiendo a los pronunciamientos citados,

resulta procedente declarar **no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva** propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. PROBLEMA JURÍDICO:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho:

- i. Determinar si la demandante **NELLY JANET MENDIVELSO RODRÍGUEZ** 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.
- ii. 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 el 30 de junio de 2016.
- iii. Estudio de legalidad del acto ficto o presunto configurado con la falta de respuesta a la anterior petición.
- iv. El estudio de la legalidad del **Oficio No. 20160171132111 del 06 de octubre del 2016**, mediante el cual la Fiduprevisora S.A. negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, solicitado por la demandante².

3.- MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1.- De la educación docente oficial y su régimen de cesantías.

Lo primero que se debe señalar es que de acuerdo con los artículos 365 a 369 de la Constitución, el servicio de la educación esta cargo del Estado y constituye un servicio público esencial y un derecho fundamental; en esa medida, corresponde al Estado garantizar o asegurar su prestación, entre otras, asignando el personal docente idóneo para el desarrollo de dicha actividad pública, por lo que ha dispuesto de un sistema de carrera para el ingreso, ascenso y retiro del servicio público docente, bajo variables regladas definidas por el legislador³ para el ejercicio de esta función administrativa.

Así, en concordancia con el artículo 123 de la Constitución política, quienes presten un servicio a la comunidad y ejerzan una función pública serán considerados **servidores públicos**, sin que sea dable

² Audiencia inicial fls. 101-106

³ Empezando por el Decreto Ley 2277 de 1979 - Decreto 1278 del 19 de junio de 2002

235

exceptuar a los docentes en razón a la actividad que prestan en beneficio del interés general, tal como recientemente concluyó el Consejo de Estado en sentencia de Unificación emitida por la Sección Segunda⁴, al concluir que los docentes oficiales prestan un servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general, ubicándolos en la Rama Ejecutiva del Poder Público, de conformidad con el artículo 113 de la Constitución Política, concluyendo lo siguiente:

*“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 oficiales, 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**”⁵ (Negrilla del Despacho)*

En cuanto al pago de cesantías de los docentes oficiales, la Ley 91 de 1989⁶, indicó en su artículo 15 lo siguiente:

“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 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 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

⁴ Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia jurídica.- Sentencia CE-SUI-SII-012-2018 - SUJ-012-S2, 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01

⁵ *Ibidem*

⁶ Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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 Cesantías, conforme el régimen jurídico que les sea aplicable de acuerdo con su fecha de vinculación.

3.2.- 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 vivienda⁷.

Así, la Ley 244 de 1995⁸ 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:

"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.

⁷ Sentencia 00332 de 2017

⁸ "Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuna de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

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 2006⁹, 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*¹⁰.

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

⁹ "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".

¹⁰ 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.

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 1989¹¹, 962 de 2005¹² 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. Postura acogida recientemente en sede de unificación por el Consejo de Estado¹³, tal como pasa a explicarse.

3.3.- 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 reciente sentencia de unificación, 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.

De esta forma, esa Corporación determinó que no es procedente dar aplicación al Decreto 2831 de 2005 en el trámite de

¹¹ "Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio" C.C.

¹² "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"

¹³ Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia jurídica.- Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 - SUJ-012-S2, 18 de julio de 2018 Expediente: 730C1-23-33-000-2014-00580-01

reconocimiento y pago de cesantías para los docentes, ya que por jerarquía normativa¹⁴ son prevalentes los mandatos consignados en la Ley 1071 de 2006 expedida por el Congreso de la Republica 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 Decreto¹⁵. 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 Constitucional¹⁶.

Postura que además, ha sido acogida por el Tribunal de Boyacá en recientes providencias, para el efecto se citan pronunciamientos del 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.

3.4.- 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:

- **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. 1071/2006¹⁷), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁸) 5 días si la petición*

¹⁴ Sentencia C-037-00

¹⁵ Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia jurídica.- Sentencia CE-SUI-SII-012-2018 - SUI-012-52, 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".

¹⁶ "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."

¹⁷ "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 a aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinadas en la ley."

¹⁸ ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrita en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, a a la notificación por aviso, o al vencimiento

se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁹, 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 2006²⁰. (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 petitionario 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 petitionario 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.

del término de publicación, según el caso. Los recursos contra las octas presuntas podrán interponerse en cualquier tiempo, salva 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 ellas 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 ellas. 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de las recursas. 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.

¹⁹ Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrita, 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 presuntas podrán interponerse en cualquier tiempo. [...] Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos precedentes, la decisión quedará en firme. [...]

²⁰ Artículo 5°. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plaza máxima de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acta administrativa que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de la establecida para el Fondo Nacional de Ahorro.

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 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 Constitucional²¹ 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 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 CESANTIA	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 término de	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

²¹ Sentencias T-673-98, T-785-01 y T-795-01

	pago			
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 ²²	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

3.5.- Base de liquidación de la sanción moratoria.

Frente a este aspecto el Consejo de Estado²³ 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.

3.6.- De la indexación de la sanción moratoria.

Frente a este aspecto, el Consejo de Estado 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 a valores que no van dirigidos a compensar ninguna contingencia relacionada con el

²² "Se consideran los supuestos 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."

²³ 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

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"*²⁴.

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.

3.7.- De la aplicación de las Sentencias de Unificación.

La Corte Constitucional ha indicado en repetidos pronunciamientos²⁵ que las decisiones del Consejo de Estado como autoridad de cierre de lo contencioso administrativo tiene 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 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."

²⁴ Ibídem

²⁵ Sentencia C-816 de 2011- - Sentencia C-634 de 2011- Sentencia SU-050-2017

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.*"

4.- CASO CONCRETO:

Previamente a abordar el caso concreto, debe aclarar el Despacho que en el presente asunto se solicita la nulidad tanto del acto ficto o presunto negativo como del Oficio No. 20160171132111 del 06 de octubre de 2016 expedido por la Fiduprevisora, por tanto debe señalarse que si bien la Fiduciaria La Previsora S.A. no es la entidad competente para emitir actos administrativos que resuelvan las peticiones de reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, pues dicha función recae en la respectiva Secretaría de Educación de las entidades territoriales certificadas, se acogerá la postura del Tribunal Administrativo de Boyacá y plasmada en providencia del 14 de noviembre de 2017²⁶, al concluir que es posible tener como demandados los actos proferidos por dicha entidad en el entendido que resuelven el procedimiento administrativo, generando una situación que la parte demandante considera desfavorable a sus pretensiones.

Lo anterior, en el entendido en que al emitir respuesta por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A. es esta la entidad que exterioriza la manifestación unilateral de la voluntad de la Administración definiendo una situación particular y concreta, actuando explícitamente como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De esta manera, en aras de privilegiar el acceso a la administración de justicia y evitar que las actuaciones adelantadas en ejercicio de la función pública queden excluidas de control jurisdiccional²⁷ los actos en que la Fiduprevisora resuelva la petición en virtud de la remisión que hace la Secretaria de Educación serán tenidos como

²⁶ Radicado 1500133330032017-00072-01

²⁷ Ver: Tribunal Administrativo de Boyacá 1500133330032017-00072-01 - Principios pro homine y pro actione

decisiones sujetas a control por la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia, la respuesta emitida por la Fiduciaria La Previsora S.A. constituye un verdadero acto administrativo no como particular, sino como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En consecuencia, dirá el Despacho que para el análisis del caso concreto no se torna necesario hacer alusión al silencio administrativo habida cuenta que en el presente asunto se verifica que existe un acto emitido por la Fiduprevisora derivado de la solicitud presentada por la interesada y que expone la posición²⁸ respecto de la sanción moratoria reclamada, el cual como se planteó en precedencia, es sujeto de control judicial.

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

- Que la señora **NELLY JANET MENDIVELSO RODRÍGUEZ** prestó sus servicios en el sector educativo en el desde el 22 de abril de 1987 (fls. 24-25).
- Que la señora **NELLY JANET MENDIVELSO RODRÍGUEZ** solicitó el reconocimiento de sus Cesantías parciales mediante la radicación **No 2015-CES-011178 del 10 de junio de 2015** ante el Secretaría de Educación de Tunja - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 17 y 157).
- Que mediante **Resolución No. 1489 del 18 de diciembre de 2015** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago Cesantía parcial a favor de la señora **NELLY JANET MENDIVELSO RODRÍGUEZ** identificada con cédula de ciudad 40.017.350 de Tunja (Boyacá); ordenando el giro de la suma liquida de **VEINTISIETE MILLONES CIENTO SIETE MIL SEISCIENTOS DOCE PESOS (\$27.107.612) MCTE**, que debe cancelar la Fiduciaria La Previsora S.A. (fl.17-20).
- Que los recursos derivados del reconocimiento de Cesantías quedaron a disposición de la demandante en el Banco BBVA el día **16 de marzo de 2016** (fl. 211)
- Que mediante solicitud radicada **2016PQR29666 del 30 de junio de 2016** la demandante a través de apoderado solicitó a la Secretaría de Educación de Boyacá para que en nombre y representación de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

²⁸ Oficio 20170170599741 del 22 de mayo de 2017- demandado-“... Par la expuesta, es que me permito comunicarle que según la información ya suministrada, esta entidad efectúa el pago de su cesantía dentro de las términos legalmente establecidas por ello, por la que no se incurrió en la sanción moratoria a la cual hace referencia su petición”

Magisterio reconociera y pagara la sanción moratoria (fls. 187-188).

- Que por oficio 6230 de 2016 la Secretaría de Educación remitió por competencia la solicitud de pago de sanción moratoria a la Fiduciaria la Previsora S.A en los términos del artículo 21 del C.P.A.C.A. (fls.187-188).
- Trámite que fue comunicado al apoderado del demandante mediante oficio 6440 del 18 de julio del 2016 (fl 188).
- Que mediante **Oficio No. 20160171132111 del 06 de octubre de 2016** la Fiduprevisora negó el pago de la indemnización por mora, conforme la solicitud presentada por la docente NELLY JANET MENDIVELSO RODRÍGUEZ (fls 26-32).

Luego, en la demanda de la referencia se solicita la nulidad del acto administrativo que negó el pago por la mora de las cesantías, al considerar que a la docente le es aplicable el proceso establecido en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, de tal forma que se realice el reconocimiento y pago de la sanción moratoria evitando así un perjuicio económico. 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 excepción de ilegalidad consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 respecto del Decreto Reglamentario 2831 de 2005, y en este sentido se dará aplicación a la normatividad que garantiza en mayor medida los derechos de la trabajadora, 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 requisitos²⁹; 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 social³⁰; disponiendo así la entidad con un término total de **70 días** para realizar el pago efectivo de la referida prestación³¹.

²⁹ artículo 4 Ley 1071 de 2006

³⁰ artículo 5 Ley 1071 de 2006

³¹ 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

241

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 Parciales de la señora **NELLY JANET MENDIVELSO RODRÍGUEZ**, en los siguientes términos:

FECHA DE RADICACIÓN DE LA SOLICITUD	FECHA EN QUE SE EXPIDE EL ACTO ADMINISTRATIVO	EJECUTORIA	FECHA EFECTIVA DE LA CANCELACIÓN DE LOS RECURSOS
10 de junio de 2015	18 de diciembre de 2015		16 de marzo de 2016

En ese sentido, 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 las Cesantías Parciales a la docente NELLY JANET MENDIVELSO RODRÍGUEZ³² transcurrieron más de ciento veinte 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 de la demandante.

De esta forma, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales por parte de la entidad demandada, se empezará a contar pasados setenta (**70 días hábiles**) contados desde el 11 de junio de 2015 -día siguiente a la radicación de la solicitud de las cesantías-, cumpliéndose el día **24 de septiembre de 2015** - día siguiente al vencimiento de los 70 días y hasta el **15 de marzo de 2016** -día anterior a la fecha en que se pusieron a disposición de la demandante los recursos derivados del pago de la prestación social reclamada - periodo por el cual se ordenará el reconocimiento de la sanción moratoria.

Adicionalmente, se debe indicar que al tratarse del reconocimiento y pago de una **cesantía parcial**, el salario base de liquidación está constituido por la asignación básica diaria devengada por la docente para el momento en que se causó la mora- es decir para el año 2015- por el no pago, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

³² Resolución 1489 del 18 de diciembre de 2015 – fls 17-20

5. De la prescripción.

De acuerdo con la excepción planteada por la parte demandada (fl. 80) y teniendo en cuenta que se accederá al reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida por la parte actora, es necesario verificar si para el caso se configura el fenómeno de la prescripción, para lo cual se hará alusión a lo resuelto por el Consejo de Estado³³ al referirse a la prescripción en materia de sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, así:

"Prescripción de los salarios moratorios.

Como se señaló en forma previa los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él: pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.(...) Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

"Artículo 151.-Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la

³³ Sentencia del 8 de Junio de 2017 M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Exp. 27-001-23-33-000-2013-00179-1

242

consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990"

Así entonces, la sanción moratoria es prescriptible en 3 años, por lo que para el caso concreto se debe tener en cuenta que el día **24 de septiembre de 2015** se originó para la demandante el derecho a la indemnización por el pago tardío de las cesantías, fecha en la cual empezó a correr el término de prescripción trienal. Que la parte demandante acreditó haber presentado reclamo escrito ante la autoridad el **30 de junio de 2016** (fl. 188) y presentando la respectiva demanda el día **20 de enero de 2017** (fl. 15), solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por lo que se observa que el fenómeno prescriptivo no afectó las sumas que por sanción moratoria sean causadas en el presente proceso, por lo que en tal sentido no prosperará la excepción propuesta por la parte demandada.

6. De la indexación.

Como se expuso en precedencia, la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado³⁴ 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.³⁵, respecto de la actualización de la condena que se impone por concepto de sanción moratoria de conformidad con el IPC, a partir de la fecha en que dejó de causarse la mora- que para el caso en concreto correspondería al día **16 de marzo de 2016** (fl. 211) y hasta la fecha de la sentencia.

7. De las costas:

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del C.P.A.C.A., si bien corresponde imponer condena en costas en contra de la parte vencida, el Despacho considera que teniendo en cuenta que recientemente se profirieron posturas de unificación tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado,

³⁴ Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia jurídica.- Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 - SUJ-012-52, 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01

³⁵ 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.

siendo a través de la Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018 que el Máximo Tribunal de los Contencioso Administrativo adoptó una postura de obligatorio acatamiento para asuntos como el de la presente *Litis*, no se impondrá condena en costas.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no configurada la excepción de “*falta de legitimación en la causa*”, propuesta por la entidad demandada, conforme a las consideraciones contenidas en la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR no configurada la excepción de “*prescripción*”, propuesta por la entidad demandada, en los términos antes expuestos.

TERCERO: INAPLICAR para el caso particular y concreto el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, de acuerdo a las motivaciones precedentes.

CUARTO: DECLARAR la nulidad del **Oficio No. 20160171132111 de fecha 06 de octubre de 2016** emitido por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en lo que se refiere estrictamente a la negativa de reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor de la señora **NELLY JANET MENDIVELSO RODRÍGUEZ** identificada con cédula de ciudadanía No. 40.017.350 de Tunja (Boyacá), conforme a las motivaciones arriba expuestas.

QUINTO: 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** reconozca, liquide y pague a favor de la señora **NELLY JANET MENDIVELSO RODRÍGUEZ** identificada con cédula de ciudadanía No. 40.017.350 de Tunja (Boyacá), la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales razón de un día de salario por cada día de retardo cuya base será la asignación percibida para el momento en que se causó la mora, desde el día **24 de septiembre de 2015** hasta el **15 de marzo de 2016**, conforme la parte motiva de la presente providencia.

SSEXTO: El valor de la condena será indexada en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., desde el **16 de marzo de 2016** hasta la fecha de esta sentencia.

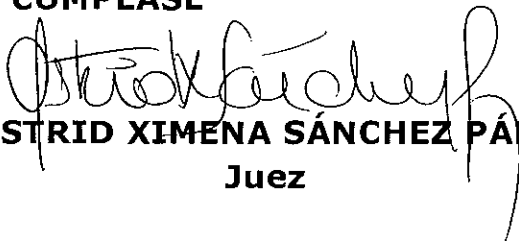
SÉPTIMO: Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: NO CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandada según lo antes expuesto.

NOVENO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvase al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 C.P.A.C.A), archívese el expediente dejando las anotaciones y constancias respectivas.

DÉCIMO: 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

SECRETARÍA DE JUSTICIA
CALLE 100, TORRE AGUÍ, BOGOTÁ
TELÉFONO 261 1000
NOTIFICACION POR ENCOMENDADO
TELÉFONO ADMINISTRATIVO NOTIFICADO POR ESTADO
No. 76 DE HOY 16/03/17
SECRETARIO(A)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Tunja, quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTE: MARIELA SUAREZ CANO
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE
EDUCACION - FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y FIDUPREVISORA S.A.
RADICACIÓN: 15001 33 33 011 2017 00132 - 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final 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.

I. ANTECEDENTES:

1.- Demanda y tesis del demandante (fl. 2-9).

La ciudadana MARIELA SUAREZ CANO, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A), contra la NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACION - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Solicitó la demandante la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 20170170599741 del 22 de mayo del 2017, por medio del cual la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por el pago extemporáneo de la cesantía parcial reconocida en Resolución No. 005623 del 7 de septiembre de 2015.

A título de restablecimiento de derecho, reclamó se expida el correspondiente acto administrativo por medio del cual se reconozca, liquide y pague la sanción moratoria, consistente en un

216

(1) día de salario por cada día de mora, desde el día 66 hábil siguiente a la radicación, hasta el día de pago final, que según la parte accionante, fue el 29 de diciembre del 2015, de conformidad a lo establecido en la Ley 1071 de 31 de julio 2006. Igualmente solicitó, a título de condena, que las sumas de dinero reconocidas sean indexadas en los términos de la ley, así como que se reconozcan los intereses moratorios a la máxima tasa fijada por la Superintendencia.

Finalmente, solicita que la sentencia se cumpla en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y que se condene a la entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

Sostiene que la entidad demandada omitió el cumplimiento de los términos establecidos en la ley para el reconocimiento de las cesantías, toda vez que las mismas fueron solicitadas el día 7 de mayo de 2015 y reconocidas mediante Resolución No 005623 del 7 de septiembre de 2015, realizándose el pago final el día 29 de diciembre de 2015, por lo que considera que se generó la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, esto es, un día de salario por cada día de retardo.

2.- Normas violadas y concepto de violación:

La parte demandante aduce la transgresión del Preámbulo y de los artículos 1, 2, 4, 6, 25, 29, 53, 83, 90, 93, 94, 121, 122 y 209 de la Constitución Política, así como la igualdad, dignidad humana, moralidad, eficacia, economía y primacía de la realidad sobre las formalidades.

Alega que el presente caso, se vulnera la Ley 244 de 1995 y en especial lo consagrado en los artículo 2, 3, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, respecto a la mora en el pago de las cesantías, así como el Acuerdo 34 de 1998 expedido por el Fondo Nacional n de Prestaciones Sociales del Magisterio que a su vez modifica los Acuerdos del 11 de enero de 1995 y No. 1 del 26 de junio de 2996, por medio del cual se establece el trámite de reconocimiento y pago de las Cesantías Parciales a cargo del Fondo.

Indica vulneración del artículo 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), indicando que el acto demandado se expidió con violación a las normas superiores y con falsa motivación ya que se interpreta de forma restrictiva y errónea las

normas que los sustentan, en detrimento de los derechos del más débil en la relación laboral.

De esta manera, resalta la parte actora que existe una falsa motivación al expedirse el acto demandado por parte de la administración, realizando una interpretación restrictiva de las normas y quitándole a la ley el verdadero contenido, al sustentar el acto con una interpretación errónea que genera su nulidad. Señala, que la administración contando con el soporte legal en materia de cesantías, inaplica el principio de favorabilidad buscando el detrimento del trabajador. Expresa igualmente, que existe violación directa a la ley en tanto la administración deniega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria sin ningún fundamento legal o fáctico, perjudicando económicamente a la demandante.

3. Trámite procesal: Mediante auto adiado 12 de octubre de 2017 se dispuso admitir la demanda en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se ordenó vincular a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. (fls. 29- 30)

4. Contestación y tesis de las demandadas.

4.1 NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. (fl. 41-55)

La demandada compareció al proceso oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda explicando que la entidad no es la encargada de expedir el acto demandado en cuanto no es la responsable de reconocer, liquidar y pagar las prestaciones sociales de los afiliados al FOMAG.

Alude, a que de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005 (arts. 3, 4 y 5), la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que paga el Fondo, se efectúa a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, creándose así un procedimiento exclusivo para los docentes afiliados al Fondo, en el cual se establecen los trámites, etapas y términos específicos para su reconocimiento y pago. Agrega además, que los docentes beneficiarios de la aplicación de la Ley 91 de 1989 afiliados al Fondo, están excluidos de los demás regímenes de liquidación de cesantías establecidos en la Ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996 así como de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Por lo anterior señala, que a los docentes beneficiarios de la aplicación de la Ley 91 de 1989 afiliados al Fondo leS son aplicables las disposiciones del Decreto 2831 de 2005 el cual contiene un procedimiento especial para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de este sector de trabajadores, considerando que mal podría aplicarse el régimen establecido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, ya que difiere del régimen especial de los docentes, y menos aún hacer extensiva una sanción -establecida en una norma especial -por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno del auxilio de cesantías.

Finalmente, sostiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fue creado mediante la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, con independencia contable y financiera, que funciona a través del consejo directivo, quien determina las políticas de administración y dirección del fondo, establece prioridades de atención a las prestaciones a través de acuerdos, y asigna los recursos para el pago de las prestaciones sociales, entre estas las cesantías.

Presentó las excepciones de: "*Falta de Legitimación por pasiva*" y "*Prescripción*" aduciendo que son las Secretarías de Educación en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 las que emiten los actos administrativos demandados; además solicita, que en el evento de condenar a la parte demandada se declare la prescripción de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

4.2.- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A: No contestó la demanda, a pesar de haber sido notificada tal como consta a folio 34 de la actuación.

5. Alegatos de conclusión:

Corrido el traslado para alegar de conclusión (fl. 193), dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 13 de junio de 2018, el apoderado de la **parte actora**, se pronunció mediante escrito allegado el 15 de junio de los corrientes (fl. 195- 196), señalando que en el proceso se acreditó que mediante Resolución 005623 del 7 de septiembre de 2015 expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, le fue reconocida a la demandante el pago de una Cesantía Parcial, cuyo pago extemporáneo se efectuó el 29 de diciembre de 2015, como consta en el comprobante de pago obrante en el expediente.

Iteró, que se hizo solicitud ante la entidad demandada de reconocimiento siendo denegada mediante el acto administrativo demandado; en aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 y haciendo referencia a sentencia emitida por el Consejo de Estado de fecha 22 de marzo de 2018 dentro del radicado 08001-23-33-000-2014-00565-01.

Finaliza insistiendo, que la petición de reconocimiento de la cesantía fue radicada el 07 de mayo de 2015 y los 65 días hábiles para el pago se cumplían el 14 de agosto del mismo año, configurándose mora en el trámite.

Por su parte, la **entidad demandada -Nación- Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** a través de memorial radicado el día 21 de junio de los cursantes (fl. 197-206), presentó sus alegaciones en las cuales reitera los argumentos expuestos inicialmente, señalado que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad y que igualmente existe prescripción de los derechos reclamados.

Insiste además, en la inexistencia de relación laboral entre la demandante y el Ministerio de Educación, y en la falta de competencia de este último para expedir el acto administrativo de reconocimiento del derecho reclamado, en razón a que de acuerdo con los Decretos 2831 de 2005 y 1075 de 2015 se encuentra en cabeza de las entidades territoriales certificadas reconocer la prestación social reclamada y de la Fiduciaria el pago con los recursos del citado Fondo. Reafirma la postura en el sentido de que los docentes cuentan con un régimen especial para el pago de sus prestaciones sociales y que no existe línea jurisprudencial ni se ha emitido sentencia de unificación frente a la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por otro lado, la **entidad demandada- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A** guardó silencio y el **MINISTERIO PÚBLICO** no emitió concepto.

II. C O N S I D E R A C I O N E S:

1. De la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Alega que la Nación- Ministerio de Educación, no profirió el acto administrativo que reconoció la prestación social, sino que fue expedido por la Secretaría de Educación respectiva, en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005. Afirma que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a pagar las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta de docentes a través de las Secretarías de Educación, conforme la descentralización del sector educativo, trasladando la función nominadora a las entidades territoriales, siendo estas las que administran el personal docente y los servicios educativos estatales.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2013, señaló:

"...No hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989....., es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales"¹ (Negrilla fuera del texto).

Así mismo, en providencia del 18 de diciembre de 2014 Rad.: 68001-23-33-000-2012-00370-01 (2935-13), el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, recalcó que la Secretaría de Educación del ente territorial actúa en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de las prestaciones sociales del magisterio y no el ente territorial. En igual sentido, se refirió la misma Corporación en sentencia del 8 de febrero de 2016. Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). Postura reiterada en pronunciamiento del 25 de julio de 2017 – Exp: 15001 33 33 011 2015 00170 01, señalando:

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Providencia del 08 de febrero de 2016. Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

*"(...) tratándose de prestaciones sociales de los docentes, **la entidad que en todos los casos debe ser vinculada como parte demandada** por tener la disposición sobre los referidos derechos laborales, no es otra que la Nación – Ministerio de Educación al ser la propietaria de los dineros con los cuales fue creado el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*Lo anterior, como quiera que es **la Nación – Ministerio de Educación**, a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, la encargada de realizar el reconocimiento de los emolumentos laborales de los docentes con cargo al Fondo especial creado para dicho fin."*
(Negrita fuera de texto)

Aunado a lo anterior, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 11 de octubre de 2017 dentro del Rad. 15001-23-33-000-2016-00266-00 en lo que se refiere a la responsabilidad frente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, concluyó: *"(...) el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías"*

Así las cosas, en vista que la actuación desplegada por las entidades territoriales se enmarca en una simple formalidad, que no obedece a una actuación propia y por tanto no tiene injerencia alguna en el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales a que tienen derecho los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se colige entonces que la demandada es la llamada a responder por la condena que eventualmente se llegare a imponer, y por ello, atendiendo a los pronunciamientos citados, resulta procedente declarar **no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva** propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. PROBLEMA JURÍDICO:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho:

- i) Determinar si la demandante **MARIELA SÚAREZ CANO** 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.

- ii) 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 el demandante ante la Secretaria de Educación de Boyacá mediante radicado 2017PQR19280 del 17 de abril del 2017.
- iii) Estudio de legalidad del acto ficto o presunto configurado con la falta de respuesta a la anterior petición.
- iv) El estudio de la legalidad del oficio No. 201701725999741 del 22 de mayo del 2017, mediante el cual la Fiduprevisora S.A. negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, solicitado por la demandante.

3.- MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1.- De la educación docente oficial y su régimen de cesantías.

Lo primero que se debe señalar es que de acuerdo con los artículos 365 a 369 de la Constitución, el servicio de la educación esta cargo del Estado y constituye un servicio público esencial y un derecho fundamental; en esa medida, corresponde al Estado garantizar o asegurar su prestación, entre otras, asignando el personal docente idóneo para el desarrollo de dicha actividad pública, por lo que ha dispuesto de un sistema de carrera para el ingreso, ascenso y retiro del servicio público docente, bajo variables regladas definidas por el legislador² para el ejercicio de esta función administrativa.

Así, en concordancia con el artículo 123 de la Constitución política, quienes presten un servicio a la comunidad y ejerzan una función pública serán considerados **servidores públicos**, sin que sea dable exceptuar a los docentes en razón a la actividad que prestan en beneficio del interés general, tal como recientemente concluyó el Consejo de Estado en sentencia de Unificación emitida por la Sección Segunda³, al concluir que los docentes oficiales prestan un servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general, ubicándolos en la Rama Ejecutiva del Poder Público, de conformidad con el artículo 113 de la Constitución Política, concluyendo lo siguiente:

² Empezando por el Decreto Ley 2277 de 1979 - Decreto 1278 del 19 de junio de 2002

³ 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

"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 oficiales, 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**"⁴ (Negrilla del Despacho)

En cuanto al pago de cesantías de los docentes oficiales, la Ley 91 de 1989⁵, indicó en su artículo 15 lo siguiente:

"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 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 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. "

⁴ *Ibidem*

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

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

3.2.- 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 vivienda⁶.

Así, la Ley 244 de 1995⁷ 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:

“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

⁶ Sentencia 00332 de 2017

⁷ “Por medio de la cual se fijan términos para el paga oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

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 2006⁸, estableciendo el ámbito de aplicación de la misma, en los siguientes términos:

"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."

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*⁹.

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

⁸ "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".

⁹ 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.

especial previsto en las Leyes 91 de 1989¹⁰, 962 de 2005¹¹ 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. Postura acogida recientemente en sede de unificación por el Consejo de Estado¹², tal como pasa a explicarse.

3.3.- 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 reciente sentencia de unificación, 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.

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 normativa¹³ son prevalentes los mandatos consignados en

¹⁰ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” CÇ

¹¹ “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”

¹² 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

¹³ Sentencia C-037-00

la Ley 1071 de 2006 expedida por el Congreso de la Republica 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 Decreto¹⁴. 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 Constitucional¹⁵.

Postura que además, ha sido acogida por el Tribunal de Boyacá en recientes providencias, para el efecto se citan pronunciamientos del 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.

3.4.- 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:

- **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. 1071/2006¹⁶), 10 del término de ejecutoria de la decisión*

¹⁴ 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".

¹⁵ "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."

¹⁶ "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación. [...] Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley."

(Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁷) 5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁸, y **45 días hábiles** a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al **vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia**, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006¹⁹". (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.

¹⁷ ARTÍCULO 76. *oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. [...] ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso. 2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos. 3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos. 4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos. 5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.*

¹⁸ Artículo 51. *Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo. [...] Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme. [...]*

¹⁹ Artículo 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.*

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 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 Constitucional²⁰ 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 C.P.A.C.A.

²⁰ Sentencias T-673-98, T-785-01 y T-795-01

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

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTIA	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 ²¹	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

3.5.- Base de liquidación de la sanción moratoria.

Frente a este aspecto el Consejo de Estado²² 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

²¹ "Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del C.P.A.C.A. según los cueles, 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."

²² 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

nd

cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pago.

3.6.- De la indexación de la sanción moratoria.

Frente a este aspecto, el Consejo de Estado 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 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"*²³.

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.

3.7.- De la aplicación de las Sentencias de Unificación.

La Corte Constitucional ha indicado en repetidos pronunciamientos²⁴ que las decisiones del Consejo de Estado como autoridad de cierre de lo contencioso administrativo tiene 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

²³ Ibídem

²⁴ Sentencia C-816 de 2011- - Sentencia C-634 de 2011- Sentencia SU-050-2017

aplicable al caso y los efectos que de ella 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.*"

4.- CASO CONCRETO:

Previamente a abordar el caso concreto, debe aclarar el Despacho que en el presente asunto el acto acusado, esto es el Oficio No. 20170170599741 del 22 de mayo de 2017 expedido por la Fiduprevisora, por tanto debe señalarse que si bien la Fiduciaria La Previsora S.A. no es la entidad competente para emitir actos administrativos que resuelvan las peticiones de reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, pues dicha función recae en la respectiva Secretaría de Educación de las entidades territoriales certificadas, se acogerá la postura del Tribunal Administrativo de Boyacá y plasmada en providencia del 14 de noviembre de 2017²⁵, al concluir que es posible tener como demandados los actos proferidos por dicha entidad en el entendido que resuelven el procedimiento administrativo, generando una situación que la parte demandante considera desfavorable a sus pretensiones.

Lo anterior, en el entendido en que al emitir respuesta por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A. es esta la entidad que exterioriza la manifestación unilateral de la voluntad de la Administración

²⁵ Radicado 1500133330032017-00072-01

225

definiendo una situación particular y concreta, actuando explícitamente como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De esta manera, en aras de privilegiar el acceso a la administración de justicia y evitar que las actuaciones adelantadas en ejercicio de la función pública queden excluidas de control jurisdiccional²⁶ los actos en que la Fiduprevisora resuelva la petición en virtud de la remisión que hace la Secretaria de Educación serán tenidos como decisiones sujetas a control por la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia, la respuesta emitida por la Fiduciaria La Previsora S.A. constituye un verdadero acto administrativo no como particular sino como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En consecuencia, dirá el Despacho que para el análisis del caso concreto no se torna necesario hacer alusión al silencio administrativo habida cuenta que en el presente asunto se verifica que existe un acto emitido por la Fiduprevisora derivado de la solicitud presentada por la interesada y que expone la posición²⁷ respecto de la sanción moratoria reclamada, el cual como se planteó en precedencia, es sujeto de control judicial.

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

- Que la señora **MARIELA SUAREZ CANO** prestó sus servicios en el sector educativo en el Departamento de Boyacá desde el 5 de mayo de 1991 (fls. 125-127).
- Que la señora **MARIELA SUAREZ CANO** solicitó el reconocimiento de sus Cesantías Parciales mediante la radicación **2015-CES-013623** del **07 de mayo de 2015** ante el Secretaría de Educación de Boyacá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fl 20, 108, 109, 121-124).
- Mediante **Resolución No. 005623 del 7 de septiembre de 2015** el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordenó el pago Cesantía parcial a favor de la señora **MARIELA SUAREZ CANO** identificada con cédula de ciudadanía 23.489.549 de Chiquinquirá (Boyacá).

²⁶ Ver: Tribunal Administrativo de Boyacá 1500133330032017-00072-01 - Principios pro homine y pro actione

²⁷ Oficio 20170170599741 del 22 de mayo de 2017- demandado-“... *Por lo expuesto, es que me permito comunicarle que según la información ya suministrada, esta entidad efectuó el pago de su cesantía dentro de los términos legalmente establecidos por ello, por lo que no se incurrió en la sanción moratoria a la cual hace referencia su petición*”

Ordenando el giro de la suma líquida de DIECIOCHO MILLONES DE PESOS (\$18.000.000) MCTE, que debe cancelar la Fiduciaria La Previsora S.A. (fl.20-23).

- Que los recursos derivados del reconocimiento de Cesantías quedaron a disposición de la demandante en el Banco BBVA el día **30 de diciembre de 2015** (fl. 170)
- Que mediante solicitud radicada **2017PQR19280 del 17 de abril de 2017** la demandante a través de apoderado solicitó a la Secretaría de Educación de Boyacá para que en nombre y representación de la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconociera y pagara la sanción moratoria (fls 17-19).
- Que por oficio 1.2.9.003855 del 18 de abril de 2017 la Secretaría de Educación remitió por competencia la solicitud de pago de sanción moratoria a la Fiduciaria la Previsora S.A en los términos del artículo 21 del C.P.A.C.A. (fl.90-91).
- Trámite que fue comunicado a la demandante mediante oficio 1.2.9 003884 del 19 de abril del 2017 (fl 89).
- Que mediante **oficio No. 20170170599741 del 22 de mayo de 2017** la Fiduprevisora informa que no es procedente el pago de intereses moratorios y/o indexación, conforme la solicitud presentada por la docente MARIELA SUAREZ CANO. (fls 10- 16)

En la demanda se solicita la nulidad del acto 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, evitando así un perjuicio económico. 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 excepción de ilegalidad consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 respecto del Decreto Reglamentario 2831 de 2005, y en este sentido se dará aplicación a la normatividad que garantiza en mayor medida los derechos de la trabajadora, 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

226

los requisitos²⁸; 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 social²⁹; disponiendo así la entidad con un término total de **70 días** para realizar el pago efectivo de la referida prestación³⁰.

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 Parciales de la señora MARIELA SUAREZ CANO, en los siguientes términos:

FECHA DE RADICACIÓN DE LA SOLICITUD	FECHA EN QUE SE EXPIDE EL ACTO ADMINISTRATIVO	EJECUTORIA	FECHA EFECTIVA DE LA CANCELACIÓN DE LOS RECURSOS
7 de mayo de 2015	7 de septiembre de 2015		30 de diciembre de 2015

En ese sentido, 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 las Cesantías Parciales a la docente MARIELA SUAREZ CANO³¹ transcurrieron más de setenta y cinco 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 de la demandante.

De esta forma, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales por parte de la entidad demandada, se empezará a contar pasados setenta (**70**) **días hábiles** contados desde el 8 de mayo de 2015 -día siguiente a la radicación de la solicitud de las cesantías-, cumpliéndose el día **25 de agosto de**

²⁸ artículo 4 Ley 1071 de 2006

²⁹ artículo 5 Ley 1071 de 2006

³⁰ 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

³¹ Resolución 005623 del 7 de septiembre de 2015 – fls 20-23

2015 - día siguiente al vencimiento de los 70 días y hasta el **29 de diciembre de 2015** -día anterior a la fecha en que se pusieron a disposición de la demandante los recursos derivados del pago de la prestación social reclamada – periodo por el cual se ordenará el reconocimiento de la sanción moratoria.

Adicionalmente, se debe indicar que al tratarse del reconocimiento y pago de una **cesantía parcial**, el salario base de liquidación está constituido por la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora- es decir para el año 2015- por el no pago, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

5. De la prescripción.

De acuerdo con la excepción planteada por la parte demandada (fl. 53) y teniendo en cuenta que se accederá al reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida por la parte actora, es necesario verificar si para el caso se configura el fenómeno de la prescripción, para lo cual se hará alusión a lo resuelto por el Consejo de Estado³² al referirse a la prescripción en materia de sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, así:

"Prescripción de los salarios moratorios.

Como se señaló en forma previa los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él: pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.(...) Siendo así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

³² Sentencia del 8 de Junio de 2017 M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Exp. 27-001-23-33-000-2013-00179-1

227

"Artículo 151.-Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990"

Así entonces, la sanción moratoria es prescriptible en 3 años, por lo que para el caso concreto se debe tener en cuenta que el día **25 de agosto de 2015** se originó para la demandante el derecho a la indemnización por el pago tardío de las cesantías, fecha en la cual empezó a correr el término de prescripción trienal. Que la parte demandante acreditó haber presentado reclamo escrito ante la autoridad competente el **17 de abril de 2017** (fl. 17-19), solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por lo que se observa que el fenómeno prescriptivo no afectó las sumas que por sanción moratoria sean causadas en el presente proceso, por lo que en tal sentido no prosperará la excepción propuesta por la parte demandada.

6. De la indexación.

Como se expuso en precedencia, la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado³³ 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.³⁴, respecto de la actualización de la condena que se impone por concepto de sanción

³³ 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

³⁴ 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.

moratoria de conformidad con el IPC, a partir de la fecha en que dejó de causarse la mora- que para el caso en concreto correspondería al día **30 de diciembre de 2015** (fl. 170)- y hasta la fecha de la sentencia.

7. De las costas:

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del C.P.A.C.A., si bien corresponde imponer condena en costas en contra de la parte vencida, el Despacho considera que teniendo en cuenta que recientemente se profirieron posturas de unificación tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado, siendo a través de la Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018 que el Máximo Tribunal de los Contencioso Administrativo adoptó una postura de obligatorio acatamiento para asuntos como el de la presente *Litis*, no se impondrá condena en costas.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no configurada la excepción de "***falta de legitimación en la causa***", propuesta por la entidad demandada, conforme a las consideraciones contenidas en la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR no configurada la excepción de "***prescripción***" propuesta por la entidad demandada, en los términos antes expuestos.

TERCERO: INAPLICAR para el caso particular y concreto el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, de acuerdo a las motivaciones precedentes.

CUARTO: DECLARAR la nulidad del **Oficio No. 20170170599741 de fecha 22 de mayo de 2017** emitido por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** en lo que se refiere estrictamente a la negativa de reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor de la señora **MARIELA SUAREZ CANO identificada con cédula de ciudadanía No. 23.489.549 de Chiquinquirá**, conforme a las motivaciones expuestas.

228

QUINTO: 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** reconozca, liquide y pague a favor de la señora **MARIELA SUAREZ CANO** identificada con cédula de ciudadanía No. 23.489.549 de Chiquinquirá, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales razón de un día de salario por cada día de retardo, cuya base será la asignación percibida para el momento en que se causó la mora, desde el día **25 de agosto de 2015** hasta el **29 de diciembre de 2015**, conforme la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO: El valor de la condena será indexado en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., desde el **30 de diciembre de 2015** hasta la fecha de esta sentencia.

SÉPTIMO: 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.

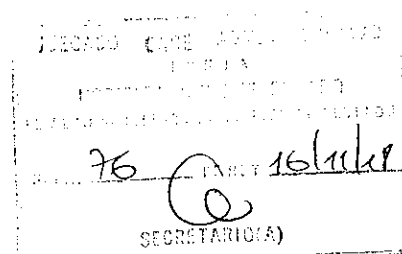
OCTAVO: NO CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandada según lo antes expuesto.

NOVENO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 C.P.A.C.A), archívese el expediente dejando las anotaciones y constancias respectivas.

DÉCIMO: 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez



REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

**DEMANDANTE: MUNICIPIO DE CÓMBITA
DEMANDADO: JOSE DIMAS GOMEZ
RADICACIÓN: 150013333011201600062-00
MEDIO DE CONTROL: REPETICIÓN**

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181, inciso final de la Ley 1437 de 2011 -CPACA-, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1.1.- La demanda y la tesis del demandante (fl.2-15, 154):

El Municipio de Cómbita, a través de apoderado judicial, presentó demanda de repetición, prevista en el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, en contra del ciudadano JOSÉ DIMAS GÓMEZ, solicitando que se declare la responsabilidad del demandado por su actuar presuntamente doloso y gravemente culposo, que dio origen a una sentencia judicial condenatoria en contra de la entidad territorial y que se materializó con la expedición del oficio No. 63668-203 de 6 de abril de 2001, por medio del cual se negó la existencia de una relación laboral entre la señora Mónica Gamboa y el Municipio de Cómbita y **ii)** el incumplimiento de sus funciones como la de verificar el contrato a realizar a la docente Mónica Gamboa y el respectivo seguimiento, a efectos de que no se generara una relación laboral.

A título de restablecimiento de derecho, reclamó el reconocimiento y pago de la suma de SEIS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y UN MIL NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE. (\$6.781.099.00), de conformidad con un certificado expedido por la tesorería municipal. Adicionalmente, solicita se indexe la condena, se condene en costas al demandado, y que la sentencia que ponga fin al proceso cumpla los requisitos formales para prestar merito ejecutivo.

1.2.- Contestación y tesis del demandado (fl. 121-136):

El ciudadano JOSÉ DIMAS GÓMEZ MONTOYA por intermedio de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que **i)** a la fecha de expedición del oficio anulado, la señora Mónica Gamboa no tenía vinculo jurídico ni relación laboral vigente; **ii)** actuó de buena fe y conforme al ordenamiento jurídico vigente, como quiera que no era posible reconocer la existencia de una relación laboral, cuando la vinculación de la señora Mónica Gamboa se había dado a través de contratos de prestación de servicios; **iii)** en el expediente no obra prueba siquiera sumaria que determine una conducta dolosa o gravemente culposa del demandado, teniendo en cuenta que la sola sentencia condenatoria no es prueba suficiente para demostrar este elemento; y **iv)** el Municipio de Cómbita omitió llamar en garantía al aquí accionante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, negándole la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

Propuso como excepciones las que denominó: **i).**falta de legitimación en la causa por pasiva, **ii).**inexistencia de la obligación, **iii).**cobro de lo no debido, **iv).**mala fe del Municipio de Cómbita, **v).**buena fe del demandado, **vi).**ausencia de responsabilidad, **vii).**inexistencia de la conducta dolosa o gravemente culposa y **viii).**omisión del llamamiento en garantía.

1.3.- Alegatos de conclusión:

Corrido el traslado para alegar (fl. 252), las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

Dentro del término concedido, la **entidad demandante** reiteró que se reúnen los elementos de prosperidad de la acción de repetición, teniendo en cuenta que i) el señor JOSÉ DIMAS GÓMEZ se desempeñó como director de núcleo en el Municipio de Cómbita, ii) que dicho empleo tenía funciones de vigilancia académica, programación y de coordinación respecto de los docentes, dentro de los que se encontraba la profesora Mónica Gamboa Gamboa, iii) que esta última solicitó una certificación laboral y al parecer el accionado dio respuesta manifestando que no existía ninguna relación laboral; y iv) que se produjo sentencia judicial en la que se declaró la nulidad de dicho acto y se ordenó el pago de una indemnización, (fl. 256-258).

La **parte accionada** presentó alegatos de conclusión de forma extemporánea a los términos de ley. Por su parte el **Ministerio Público** guardó silencio en esta etapa del proceso.

II. CONSIDERACIONES:

2.1. De la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por el demandado José Dimas Gómez Montoya:

Al respecto, debe indicarse en primer lugar que el Consejo de Estado ha reiterado que la legitimación en la causa se refiere a la existencia de un "vínculo o conexidad que inevitablemente debe existir entre los sujetos que integran la relación controversial."¹ De igual forma, ha precisado que esta figura procesal se predica en dos modalidades: i) de hecho, que se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y demandado y se estructura con la debida integración del contradictorio después de la notificación del auto admisorio de la demanda y ii) la material que hace referencia a la **participación real y concreta de las partes procesales en el hecho que dio origen a la presentación de la demanda y/o a la titularidad del derecho reclamado, independientemente de que dichas personas hayan demandado o sido demandadas**². (Negrilla fuera del texto).

Definido lo anterior, y como quiera que en el presente caso la legitimación de hecho ya fue analizada en la audiencia inicial celebrada el 18 de enero de 2018 (fl.152 y s), es del caso, en este momento procesal analizar si el demandado JOSE DIMAS GÓMEZ MONTOYA está legitimado materialmente en la causa, tal como pasa a explicarse:

El accionado considera que no está legitimado en la causa, por cuanto en la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen a la condena, no se evidencia que este hubiera actuado con dolo o con culpa grave, tan es así, que ni siquiera fue llamado en garantía para poder hacer uso de su derecho de defensa. Agrega que no puede atribuirse responsabilidad al demandado, como quiera que a la fecha de expedición del oficio del 6 de abril de 2001, la señora MÓNICA GAMBOA no tenía contrato de prestación de servicios.

En el presente caso se atribuye al accionado un actuar doloso o gravemente culposo derivado de la expedición del oficio No. 63668-203 de 6 de abril de 2001; acto que fue declarado nulo dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2001-1663. Así entonces, considerando que fue este el hecho que dio origen a la acción de la referencia, basta con señalar que fue el señor José Dimas Gómez Montoya quién suscribió el acto anulado en su calidad de Director de Núcleo Educativo del Municipio de Cómbita (fl.2 anexo); calidad que fue certificada por la Secretaria de Gobierno del ente territorial, para la fecha de expedición del oficio mencionado (fl.63).

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda, providencia del 7 de abril de 2016, radicado interno (1720-14).C.P.: William Hernández Gómez.

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Auto del 02 de octubre de 2017. Radicación número: 20001-23-33-003-2015-00647-01(59991). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En conclusión, advierte este Despacho que se acredita de manera suficiente la relación causal existente entre los hechos que se invocan en la demanda y las partes, y en tal sentido, el accionado se encuentra legitimado en la causa por pasiva para actuar en el proceso.

Ahora bien, en cuanto a si actuó con dolo o culpa grave para el momento de los hechos en su calidad de Director de Núcleo Educativo, se advierte que tales proposiciones serán analizadas en el caso concreto como presupuestos de la procedencia de la acción de repetición y de acuerdo con lo que resulte probado en el plenario.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial del 18 de enero de 2018 (f.152 s.), corresponde al Despacho determinar si el pago que dice la entidad demandante efectuó a la señora Mónica Gamboa Gamboa, en virtud de la condena impuesta al Municipio de Cóbbita en sentencia del 7 de julio de 2011 proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja y confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 27 de noviembre de 2012, resulta atribuible a un actuar doloso o gravemente culposo desplegado por el demandado JOSÉ DIMAS GÓMEZ MONTOYA, en ejercicio del cargo Director de Núcleo Educativo del Municipio de Cóbbita que ostentaba en el año 2001, en razón de la expedición del oficio No. 63668-203 de 6 de abril de 2001. Consecuente con lo anterior, deberá determinarse si es procedente acceder a la pretensión de pago formulada por el Municipio de Cóbbita en la demanda.

A efectos de resolver el anterior problema jurídico, el Despacho procederá a analizar los siguientes aspectos, en su orden: **i)** marco constitucional y legal de la acción de repetición, **ii)** de los requisitos para la prosperidad de las pretensiones en acción de repetición, y **iii)** análisis del caso concreto.

i) MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.

La acción de repetición, como mecanismo judicial que la Constitución y la ley otorgan al Estado, tiene como propósito el reintegro de los dineros que por los daños antijurídicos causados como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público e incluso del particular investido de una función pública, hayan debido salir del patrimonio estatal para el reconocimiento de una indemnización, de manera que la finalidad de la misma la constituye la

protección del patrimonio estatal, necesario para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho.

Como una manifestación del principio de la responsabilidad estatal, el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política dispuso que *"en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste"*.

La acción de repetición fue consagrada en el artículo 78 del C.C.A., declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-430 de 2000, como un mecanismo para que la entidad condenada judicialmente en razón de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario suyo o de un particular en ejercicio de funciones públicas, pueda solicitar de éste el reintegro de lo que hubiere pagado como consecuencia de una sentencia o de una conciliación o de otra forma de terminación de un conflicto. De conformidad con la disposición legal anotada, el particular afectado o perjudicado con el daño antijurídico por la acción u omisión estatal se encuentra facultado para demandar a la entidad pública, al funcionario o a ambos. En este último evento, la responsabilidad del funcionario habrá de establecerse durante el proceso correspondiente.

En el mismo sentido, los Decretos 1222 (artículo 235) y 1333 de 1986 (artículo 102) establecieron que los Departamentos y los Municipios repetirían contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de funcionarios, por el valor de las indemnizaciones que hubieren pagado por esta causa. La violación de la ley, para estos efectos, debía ser manifiesta y ostensible. También la Ley 136 de 1994, en artículo 5º, incluyó el tema dentro de los principios rectores de la Administración Municipal.

Esta posibilidad ha sido consagrada también en ordenamientos especiales tales como la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, la cual, en su artículo 71, consagró que *"en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste"*, norma referida, en este caso, a los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política encuentra su desarrollo en la Ley 678 del 3 de agosto de 2001, *"por medio de la cual se reglamenta la determinación*

de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.

Dicha ley en su artículo segundo definió la repetición como “una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial”.

La Ley 678 de 2001, reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía con tales propósitos; sin embargo, los hechos y actos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico precedente a su expedición, potencialmente constitutivos de la acción de repetición contra funcionarios o ex funcionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen integrado por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales que, aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente o ex funcionario del Estado en los términos consagrados en el referido artículo 90 de la Carta Política.

Finalmente, la Ley 1437 de 2011, a través de la cual se adoptó el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contempló en su artículo 142 el medio de control de repetición. En este punto es necesario precisar que atendiendo al régimen de transición establecido en el artículo 308 ibídem, en lo que concierne al trámite procesal, al presente proceso le son aplicables las disposiciones contenidas en el Código procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 del 2011).

Ahora bien, es necesario decantar cuál es la normatividad aplicable en el aspecto sustancial, circunstancia sobre la cual ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado, que *“...las normas aplicables para dilucidar si el demandado actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo en que tuvo lugar la conducta del agente estatal...”*, posición que se aviene con el principio de legalidad contenido en el artículo 29 superior, el cual establece que *“...Nadie podrá ser juzgado **sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...**”*.

De acuerdo con lo anterior, si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en la parte sustancial; si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 3 de agosto de 2001 (4 de agosto de 2001³), las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente o ex agente público que es la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado.

Entonces la culpa grave o dolo en la conducta del agente o ex agente público se debe estudiar de conformidad con las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño.

Lo anterior sin perjuicio de que las disposiciones procesales contempladas en la citada ley hayan entrado a operar directamente aún en relación con aquellos litigios que se encontraban en trámite, pues la naturaleza de las mismas exige su aplicación inmediata (art. 40 Ley 153 de 1887⁴).

Si bien es cierto, la sentencia condenatoria fue proferida el 27 de noviembre de 2012 , ha de tenerse en cuenta que la acción de repetición busca determinar la responsabilidad del funcionario con ocasión a su conducta, por ello, el análisis debe realizarse conforme a la norma vigente para la época en que se consolidó el hecho que se imputa, que en este caso, es la expedición del oficio a través del cual el ex director de núcleo educativo negó la existencia del vínculo laboral entre la señora Mónica Gamboa Gamboa y el Municipio de Cóbbita, así como el respectivo pago de prestaciones que se reclamaban, el cual data del 6 de abril de 2001 (fl.205).

Así las cosas, en relación con los aspectos sustanciales, además de las normas constitucionales pertinentes resultan aplicables al presente caso, las disposiciones previstas en las normas anteriores a la Ley 678 de 2001, siendo necesario remitirse directamente al criterio de culpa grave y dolo que plantea el Código Civil, normas vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos, esto es, como ya se dijo, para el 6 de abril de 2001 (fl.205) y en cuanto a las normas procesales, es claro que se debe

³ Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001.
⁴ "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación"

aplicar lo dispuesto en el CPACA y la Ley 678 de 2001, vigentes a la fecha en que se instauró la presente demanda.

ii) PRESUPUESTOS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.

El artículo 2º de la Ley 678 de 2001 define la acción de repetición como una acción civil de carácter patrimonial que debe ser ejercida en contra del servidor o ex-servidor público que a consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado en virtud de una sentencia condenatoria, una conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

Para la Corte Constitucional, la acción de repetición tiene carácter indemnizatorio y a través de ella el Estado pretende el reintegro de los dineros cancelados a título de indemnización a favor de un particular y en virtud de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto⁵. En el mismo sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en señalar que según las voces del precitado artículo 2º de la Ley 678 de 2001, **"...la de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto..."**⁶, acción que de conformidad con el mismo mandato, puede ejercitarse contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

Han sido entonces consecuentes las Altas Corporaciones en precisar que la acción de repetición, tiene por finalidad garantizar los principios de

⁵ Sobre la naturaleza de la acción, la citada Corporación expuso "...Como puede observarse, esta acción tiene un carácter claramente indemnizatorio. La Corte Constitucional sostuvo en relación con los elementos y la finalidad de la misma: "De acuerdo con lo anterior, la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado. "Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos (sic) causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público. (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia. "Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política. "Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública." .Sentencia C-832 de 2001. M. P. Rodrigo Escobar Gil..."

C. Constitucional. M.P. Jaime Araujo Rentería. Sent. C-778/03 del 11 de septiembre de 2003. Exp. D-4477.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección 8. Consejero ponente: Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755). Actor: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional. Demandado: Jhon Jairo Parra Rentería. Referencia: Acción de Repetición (Consulta de Sentencia).

moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella⁷ y que en tal virtud, al tenor de lo previsto por la citada Ley 678 de 2001, **la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos⁸**: **i)** la existencia de condena judicial, acuerdo conciliatorio, transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que imponga una obligación de pagar una suma de dinero a cargo de la entidad estatal correspondiente; **ii)** el pago efectivo realizado por la entidad pública; **iii)** la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular en ejercicio de funciones públicas; **iv)** la cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa; y **v)** que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

Luego, la no acreditación de los tres primeros requisitos, esto es la imposición de una obligación a cargo de la entidad pública demandante, el pago real o efectivo de la indemnización respectiva por parte de esa entidad y la calidad del demandado, tornan improcedente la acción y relevan del análisis de la responsabilidad que se imputa.

3.- CASO CONCRETO:

De acuerdo con el material probatorio arrimado al proceso y con los lineamientos dados por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹, la cual determina que la Administración, por ostentar la calidad de parte demandante, tiene la carga de acreditar oportuna y debidamente los hechos en que se fundamenta la demanda, es preciso establecer si se encuentran reunidos los presupuestos que permitan deprecar la responsabilidad del agente, para lo cual se procederá abordando en primer lugar los requisitos de carácter objetivo bajo las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda y finalmente será analizado el elemento subjetivo conforme a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado, así:

3.1.- Existencia de una obligación impuesta al Estado para reparar un daño antijurídico.

⁷ Normas que consonantes con los artículos 6, 90, 95, 121, 122 y 124 de la Constitución Política; los artículos 63 y 2341 del Código Civil; los artículos 65 a 70 de la Ley 270 de 1996; el artículo 54 de la Ley 80 de 1993 y los artículos 31 y 44 numeral 9, 40 y 42 de la Ley 446 de 1998.

⁸ Sobre el tema pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 27 de noviembre de 2006, expediente: 22099; 6 de diciembre de 2006, expediente: 22056; 3 de octubre de 2007, expediente: 24844; 26 de febrero de 2009, expediente: 30329; 13 de mayo de 2009, expediente: 25694; 28 de abril de 2011, expediente: 33407; y 26 de febrero de 2014, expediente: 48384.

⁹C.E. S.3, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sent. 04-12-2006. Rad. 110010326000199900781-01 (16887).

Según lo ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado, "...El primer presupuesto para que haya lugar a la procedencia de este medio de control consiste en que el Estado se haya visto compelido a la reparación de un daño antijurídico, por virtud de un fallo condenatorio, de una conciliación debidamente aprobada en sede judicial o haya dado reconocimiento indemnizatorio por virtud de otra forma de terminación de un conflicto, tal y como prevé el artículo 2º de la Ley 678 de 2001..."¹⁰.

En este caso, se encuentra debidamente acreditado que el Municipio de Cómbita fue condenado por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante sentencia de 7 de julio de 2011 dictada dentro del proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho No. 15001-33-31-012-2001-1663, a reconocer liquidar y pagar a la señora MÓNICA GAMBOA GAMBOA unas sumas de dinero por concepto de indemnización derivada de la declaratoria de nulidad del acto que negó la existencia de una relación laboral (fl.39-40). La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia de 27 de noviembre de 2012 (fl.46-62).

En efecto, en el plenario obra copia de las sentencias de primera y segunda instancia (fl. 16-40 y 46-62) y del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 2001-01663-00 donde se advierte que el fallo proferido por el *ad quem* que confirmó la condena impuesta fue notificado por edicto que fue desfijado el 24 de enero de 2013 (fl. 51).

Lo anterior, evidencia el cumplimiento de la primera de las exigencias, pues está suficientemente demostrado que, al Municipio de Cómbita, a través de una sentencia judicial se le impuso una obligación, tendiente a reparar un daño antijurídico sufrido por la señora MÓNICA GAMBOA.

3.2.- Pago efectivo de la condena judicial:

En lo que concierne al pago efectivo de la condena, se advierte que se allegaron al plenario los siguientes documentos:

- **Resolución N° 211 de 02 de mayo de 2014** (fl.64-65), por medio de la cual, el ente territorial ordenó el pago de seis millones setecientos ochenta y un mil noventa y nueve pesos (\$6.781.099) a favor de la señora Mónica Gamboa, por intermedio de su apoderada, la señora Sindy Yesenia Cepeda Novoa, a efectos de dar cumplimiento a la condena judicial impuesta.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Rad.: 27001-23-31-000-2006-00180-01 (40755).

265

- Copias del comprobante de egreso **No.2014000370 de fecha 12 de mayo del 2014** (fl.66) por valor de seis millones setecientos ochenta y un mil noventa y nueve pesos (\$6.781.099), por concepto de "...PAGO SENTENCIA PROFERIDA POR EL JUZGADO 12 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA Y CONFIRMADA EL 27 DE NOVIEMBRE DE 2012 POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ DE LA DOCENTE MÓNICA GAMBOA GAMBOA...".

- Certificación expedida el 5 de mayo de 2016, por el Tesorero del Municipio de Cóbbita, relativa a la realización efectiva del pago (fl.67).

De los anteriores documentos, se pudo determinar que el Municipio de Cóbbita expidió comprobante de egreso a favor de la profesional del derecho Sindy Yesenia Cepeda Novoa apoderada de la demandante Mónica Gamboa Gamboa, por el valor exacto ordenado en el acto administrativo que dio cumplimiento a la sentencia condenatoria. Así mismo, se advierte que dicho documento fue suscrito por la apoderada de la beneficiaria de la indemnización.

En consecuencia, se demuestra con suficiente claridad, que el Municipio de Cóbbita no solo adelantó los trámites respectivos para pagar la condena impuesta, sino que efectivamente la pagó a la apoderada de la señora MÓNICA GAMBOA GAMBOA, de manera que se satisface la segunda exigencia a que alude la jurisprudencia, para la procedencia de la condena en repetición.

3.3.- De la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular en ejercicio de funciones públicas.

Como se señaló para efectos de adelantar el juicio de responsabilidad, es preciso identificar, la calidad del agente, esto es, si para el momento en que se realizó la conducta ostentaba la condición de servidor público o si se trataba de un particular en ejercicio de funciones públicas.

En este caso, el demandado o sujeto cuya responsabilidad se analiza, es el señor JOSÉ DIMAS GÓMEZ, persona mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No. 6.746.407 de Tunja, quien se desempeñó como Director de Núcleo Educativo en el Municipio de Cóbbita para el año 2001, según consta en la certificación expedida por el Secretario de Gobierno Municipal (fl.63); circunstancia que ratificó el demandado en audiencia de pruebas de 28 de febrero del 2018, al señalar que permaneció en dicho cargo durante los años 1998 a 2009 (min 00:07:30- fl.167).

3.4.- La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa:

Además de los tres presupuestos analizados, resulta de vital importancia analizar si la conducta cumplida por el agente en ejercicio de sus funciones es imputable **a título de dolo o culpa grave**, y si en efecto, esta ocasionó el daño que dio lugar al pago de una condena judicial.

En este caso, la conducta que sirve de base para imputar responsabilidad al entonces Director de Núcleo Educativo, refiere a la expedición del oficio 63668-203 del 06 de abril del 2001, por medio del cual, se negó la existencia del vínculo laboral entre Mónica Gamboa Gamboa y el Municipio de Cóbbita, y de manera consecuente, se negó el pago de las prestaciones y reconocimientos solicitados por la referida docente; presupuesto que no fue objeto de contradicción y se encuentra probado documentalmente (ver fl.205).

Precisado lo anterior, queda por establecer si se encuentra presente el elemento subjetivo que permite imputar responsabilidad al demandado, esto es, si la actuación del agente que originó la condena contra el Estado, es imputable a título de dolo o de culpa grave.

Como se precisó en páginas anteriores, en este caso el análisis de la conducta del agente, debe efectuarse atendiendo a los parámetros fijados por la norma legal vigente al momento de la realización de la conducta, situación que ha sido claramente depurada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que frente a estas situaciones ha sido enfático en precisar que **"...las normas sustanciales aplicables para dilucidar si el llamado actuó con culpa grave o dolo, serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público ..."**,¹¹ que en este caso, serían las vigentes al momento de la suscripción del oficio mediante el cual el ex Director de Núcleo Educativo negó las prestaciones sociales solicitadas por la señora Mónica Gamboa Gamboa.

Así es que la conducta desplegada por el servidor público en cuestión, debe ser analizada bajo el régimen de responsabilidad subjetiva correspondiente, contenido en las normas vigentes para la época de los hechos (arts. 90 de la C. P. y 77, 78 y 86 del Decreto 01 de 1984), por cuanto los hechos ocurrieron con anterioridad al 4 de agosto de 2001, fecha de entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001.

La tesis consistente en que los hechos y actos jurídicos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico anterior referido deben ser

¹¹ *Ibíd.*

valorados en armonía con las disposiciones sustanciales y procesales vigentes para la época, encuentra su fundamento en que la Ley 678 de 2001 contiene las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales debe ser analizada la conducta del agente y establece una serie de presunciones legales en las que estaría incurso el funcionario, preceptos que resultan ser más rigurosos que lo previsto en las normas anteriores aplicadas en esta materia, a saber, artículos 63 y 2341 del Código Civil, por lo que en atención a la garantía constitucional de debido proceso y teniendo en cuenta que la responsabilidad es eminentemente subjetiva, se debe hacer el análisis a la luz de las normas vigentes a la comisión de la conducta que dio origen a la responsabilidad civil frente al Estado.

En relación con el tránsito de legislación aludido y la forma en que debe ser analizada la conducta desplegada por el agente con anterioridad a la expedición de la Ley 678 de 2001, el Consejo de Estado precisó lo siguiente¹²:

"13. Sobre el alcance de dichos conceptos, la Sala para eventos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 678, a partir de lo prescrito por el artículo 63 del C.C. señaló que la "culpa" es la conducta reprochable de un agente que generó un daño antijurídico, no querido por él, pero que se desencadena por omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado, al no prever los efectos nocivos de su acto o, cuando habiéndolos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos.

Y reviste el carácter de "culpa grave" aquel comportamiento grosero, negligente, despreocupado o temerario, al paso que el dolo es asimilado a la conducta realizada con la intención de generar un daño a una persona o a su patrimonio. (subrayado por el despacho)

Una y otra nociones, que, aunque propias del ámbito del derecho común, deben ser acompañados con la órbita del servicio público, esto es, a la luz del "principio de legalidad":

Al no haberse precisado o definido legalmente, de manera específica para efectos de la acción de repetición, los conceptos de 'culpa grave' y 'dolo', la jurisprudencia (...) acudió inicialmente a la noción recogida y desarrollada por el ordenamiento civil, en cuyo artículo 63 (...) se distingue entre la culpa grave, la culpa leve y la culpa levísima, para efectos de señalar que culpa o negligencia grave es el descuido en que ni siquiera incurrirían las personas negligentes o de poca prudencia en el manejo de sus propios negocios. Así mismo, el aludido artículo 63 precisa que en materia civil esa culpa se equipara al dolo que, a su vez, se concibe como 'la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro'.

¹² C.E. S.3, M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Sent. 29-05-2014. Rad. 27001-23-31-000-2006-00180-01(40755).

(...) En términos generales la doctrina autorizada ha sostenido, que el dolo hace referencia a 'la intención dirigida por el agente del Estado a realizar la actividad generadora del daño', mientras que la culpa grave tiene que ver con 'aquella conducta descuidada del agente estatal', causadora del daño que hubiera podido evitarse con la diligencia y cuidado que corresponde a quien debe atender dicha actividad en forma normal.¹³

De ahí que en sede de repetición la responsabilidad del agente sólo puede predicarse en la medida en que se compruebe su actuación dolosa o gravemente culposa." Subrayado por el despacho.

Así las cosas, en lo que tiene que ver con la conducta del funcionario, analizada bajo la regulación normativa vigente para la época de los hechos que dieron origen a la condena judicial, corresponde a la parte actora demostrar que el agente incurrió en una conducta dolosa o gravemente culposa.

Bajo la égida del artículo 63 del Código Civil en armonía con los principios que deben orientar la función pública, la culpa grave debe entenderse como la falta de diligencia y cuidado en las actividades que desarrolla el servidor público en cumplimiento de sus funciones. Por su parte, el dolo hace referencia a un comportamiento ajeno al derecho realizado con la intención de causar un daño.

Para acreditar la conducta reprochable, la parte actora solicitó el interrogatorio de parte del señor **José Dimas Gómez**, el cual, fue recepcionado en la audiencia de pruebas el 28 de febrero de 2018 (fl.164-166), quién a la pregunta relativa a que si conocía a la señora Mónica Gamboa, señaló que *"su nombre me es conocido, pero la persona en sí no retengo su presencia, porque tal vez no tuve mayor incidencia con ella"*. Al indagársele sobre las funciones que cumplía, contestó: *"mis funciones están determinadas por un decreto que figura en el expediente y dado por el Ministerio de Educación Nacional y yo siendo nombrado directamente por la Secretaría a partir de concurso. Mis funciones justamente las principales, eran asesoría de la parte pedagógica ante los docentes de Cómbita, organización de la educación en Cómbita (...) frente al municipio no tenía ninguna obligación plena porque no dependía del municipio."*

Al preguntársele sobre si tenía conocimiento acerca de quién efectuaba los nombramientos de docentes de planta y provisionales en el municipio, afirmó que *"...los de manera provisional, iban nombrados unos por el Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación, y algunos otros por el alcalde (...) no tenía yo, ninguna injerencia frente a*

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 16887, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

los docentes municipales, en virtud a que ellos eran municipales y como tal ni casi respondían a las funciones frente al director de núcleo, que lo consideraban como elemento distinto a la organización municipal...". Y en cuánto, a si alguna vez recibió alguna orden por delegación de parte del municipio en la época en que se desempeñó como director de núcleo, contestó "pues tal vez del alcalde en su época recibí un oficio en el que me decía que yo pudiera resolver algunas cosas de los docentes municipales, pero sin ninguna injerencia en nombramientos, ni traslados, ni nada que ver con sueldos". Frente a si desempeñó funciones como ordenador del gasto, precisó que "no señor, ni en ordenamiento del gasto, ni como auditor, ni como interventor, ni como nominador, absolutamente en eso no tenía ninguna injerencia; ni frente a la Secretaría de Educación Departamental y menos frente al municipio (min. 00:06:20-min. 00:10:42).

En la misma diligencia (fl. 164-166), se llevó a cabo la recepción de los siguientes testimonios pedidos por la defensa del ex servidor público, de los cuales se transcriben los apartes más relevantes, así:

1) Testimonio de la señora **Doris María Aguilar Hernández** (secretaria Alcaldía) "conozco al profesor José Dimas porque fue el director de núcleo para la época en que yo trabajé como secretaria en la Alcaldía (...) él no era ordenador del gasto, era director de núcleo que dependía únicamente de la Secretaría de Educación de Boyacá". A la pregunta del apoderado del accionado, en relación con la forma de contratación de los profesores, aseveró que "en ese tiempo había por parte de educación un rubro que se podían pagar profesores del municipio y los contrataba el Alcalde con contrato de prestación de servicios u orden de prestación de servicios, que se hacían "cuando iniciaba la parte académica que era en febrero a noviembre". Frente a su conocimiento en lo que tiene que ver si dentro de las funciones del demandado se tenía la de resolver derechos de petición que presentaban los profesores, precisó que "directamente todas las solicitudes las hacían al señor Alcalde". Y en relación con las funciones del accionado en el municipio de Cómbita, refirió que "entre las funciones del director de núcleo, era la de pasar las solicitudes de necesidades que habían en diferentes escuelas (...) la labor de él era directamente con la Secretaría de Educación y con los profesores nada que ver, me imagino que estar pendientes del cumplimiento de las labores de ellos". En cuanto al vínculo laboral existente entre profesor José Dimas y el municipio Cómbita, aseveró "no, él iba directamente de la Secretaría de Educación de Boyacá, él del municipio no dependía en nada (...) del municipio no recibía ninguna orden".

El apoderado de la entidad accionante preguntó a la testigo si le consta que el alcalde haya emitido alguna orden o delegación al profesor José Dimas frente a los docentes, y al respecto, refirió la testigo *"no, al director de núcleo no se le delegaba ninguna función con los docentes, él únicamente cumplía funciones pero de la Secretaría de Educación, de la Alcaldía no, que yo me acuerde no (...) él no tenía ninguna injerencia en terminar contratos, ni hacer contratos, todo era directamente del señor Alcalde"* **(min. 00:11:00-min. 00:24:10)**.

2) Testimonio de la señora **Rosa Consuelo Pirabague Benítez** (secretaria del señor José Dimas) *"yo laboré como secretaria del profesor José Dimas Gómez desde el 6 de febrero del año 2002 todo el año, y él prácticamente se dedicaba a ejercer la supervisión de la labor de los docentes, en esta oficina se le certificaba el cumplimiento de su labor como docentes, la cual, era requisito para el pago de su salario si así se podía llamar, él estaba pendiente de la labor educativa"* El apoderado del demandado preguntó sobre quién pagaba su salario, y al respecto, precisó que *"yo fui vinculada por el municipio directamente, por el Alcalde en su momento, fui asignada a la dirección de núcleo, pero mi relación laboral como tal, era con el municipio de Cómbita"*. Frente a la forma de contratación de los profesores en el municipio, contestó *"en ese momento los docentes eran vinculados por OPS que les elaboraba directamente el Alcalde como ordenador del gasto del municipio"*. Al indagársele sobre la injerencia del accionado en el nombramiento de esos profesores, refirió que *"ninguna, como lo dije anteriormente, él ejercía la labor de supervisión de la actividad educativa como tal de los docentes, y él certificaba el cumplimiento de su labor"*. En cuanto a la existencia de delegación o autorización conferida por parte del municipio al señor José Dimas, para tomar decisiones frente a los profesores, señaló *"no, ninguna, él no tenía ninguna delegación, ni ninguna toma de decisiones respecto de la vinculación o no de los docentes"*. Y frente a la vinculación del demandado con el municipio, refirió *"siempre tuve entendido que su vinculación era directamente con la Secretaría de Educación..."*. Finalmente, se le preguntó sobre la señora Mónica Gamboa, y al respecto, refirió *"en el momento en que yo laboré allá, recuerdo que ella estaba vinculada como docente (...) ella mes a mes pasaba por la dirección de núcleo a solicitar la certificación para el pago que le hacía el municipio (...) por sus servicios como docente"*. **(min. 00:25:35-min. 00:32:52)**.

De las anteriores declaraciones, colige el Despacho que el señor José Dimas Gómez *i)* fungió como director de núcleo en el municipio de Cómbita, *ii)* se encontraba vinculado laboralmente con la Secretaría de Educación de Boyacá, *iii)* no recibía órdenes del municipio, ni tenía

injerencia alguna en la ordenación del gasto, ni en la suscripción o terminación de los contratos de prestación de servicios con los docentes que laboraban para la entidad territorial, iv) tenía dentro de sus funciones la de supervisar y certificar el cumplimiento de la labor ejercida por los docentes vinculados contractualmente con el municipio, y v) no contaba con delegación para decidir sobre la vinculación o desvinculación de los docentes.

Para el Despacho, dichas apreciaciones coinciden con las funciones que para la fecha se le atribuían al Director de Núcleo Educativo, a través de la Ley 115 de 8 de febrero de 1994 (norma vigente sin modificaciones al momento de expedición del oficio), como son:

"ARTICULO 152. Funciones de las Secretarías de Educación Municipales. *Las secretarías de educación municipales ejercerán las funciones necesarias para dar cumplimiento a las competencias atribuidas por la Ley 60 de 1993, la presente ley y las que le delegue el respectivo departamento.*

En los municipios donde no exista secretaría de educación municipal, estas funciones serán ejercidas por el alcalde, asesorado por el Director del Núcleo respectivo.

(...)

ARTICULO 171. *Ejercicio de la Inspección y Vigilancia a nivel local. Los gobernadores y los alcaldes podrán ejercer la inspección y vigilancia a través de las respectivas secretarías de Educación o de los organismos que hagan sus veces.*

En los municipios donde no exista Secretaría de Educación, el Alcalde podrá delegar la función de inspección y vigilancia en los directores de núcleo del correspondiente municipio."

Así entonces, las funciones relativas a la administración municipal de la educación, dentro de las que se hallaban las de nombrar, remover y trasladar a los docentes, debían ser ejercidas de manera directa por el Alcalde municipal, pudiéndose delegar solamente el ejercicio de la inspección y vigilancia de la educación, que en los términos de la referida normativa, se dirigía a garantizar el cumplimiento de la función social prevista en el artículo 67 de la Constitución Política.

En consecuencia, no es dable señalar como lo hace la entidad territorial, que el accionado incurrió en una conducta inexcusable carente de prudencia, al no constatar la realidad en torno a la forma de vinculación laboral de la docente, pues dentro de sus competencias no se encontraba la de efectuar nombramientos ni modificar las condiciones laborales del personal docente, como quiera que sus funciones solo se limitaban a la verificación del cumplimiento satisfactorio de la labor ejercida por estos.

Adicionalmente, debe resaltarse que en el evento en que el ex servidor JOSÉ DIMAS GÓMEZ hubiera determinado *motu proprio* reconocer la configuración de una relación laboral y el pago de prestaciones sociales, no solo hubiera actuado sin competencia, sino que además se encontraría incurso en una conducta sancionable disciplinaria y fiscalmente ante un eventual detrimento patrimonial del Estado, al reconocer emolumentos expresamente prohibidos por virtud del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

De otra parte, es evidente para el Despacho que solo hasta el momento en que se profirió la sentencia, fue claro el hecho de que el Municipio de Cómbita debía cancelar las prestaciones sociales a la señora MONICA GAMBOA GAMBOA, por tanto, no puede la entidad accionante pretender imputar culpa grave o dolo, al entonces Director de Núcleo Educativo con el argumento de que al expedir el acto anulado, este no previó la existencia de un vínculo de carácter laboral, pues lo cierto es, que la docente había venido trabajando por medio de contrato de prestación de servicios, y como se explicó, la conducta desplegada por el señor JOSÉ DIMAS no resulta ser reprochable, pues fue solo hasta la providencia judicial que se constituyó el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones en favor de la docente ante la verificación de la concurrencia de los elementos propios de una relación laboral cuyo empleador era la entidad territorial.

En suma, es claro que la parte actora no allegó al proceso ninguna prueba fehaciente en la que se demuestre el dolo o culpa grave determinante en la expedición del acto contenido en el oficio 63668-203 del 6 de abril de 2001.

Respecto de la carga de la prueba que debe asumir la parte demandante, el Consejo de Estado ha señalado que las entidades públicas que ejercen la acción de repetición deben realizar una labor probatoria que tienda a demostrar el dolo y culpa grave con el que actuó el funcionario demandado, exactamente se señaló¹⁴:

*"No satisface esta conducta procesal cuando la actora se limita a afirmar o incluso, en principio, cuando simplemente allega al expediente la sola sentencia de condena a cargo del Estado, puesto que **en este juicio no se trata de una pretensión ejecutiva, sino de un proceso contencioso y declarativo de su responsabilidad por culpa grave o dolo en su acción u omisión que habría ocasionado un daño que resarció el Estado, y en el cual el interesado en obtener una sentencia favorable de la jurisdicción deberá desplegar una actividad***

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 31 de agosto de 2006 Consejera Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación No 52001-23-31-000-1998-00150-01(17482).

probatoria prolífica, acorde y proporcional con dicho interés, siendo por tanto indispensable que sea celoso en atender la carga procesal probatoria que implica el acreditamiento de los elementos que han sido explicados, para el éxito y prosperidad de las pretensiones y el aseguramiento de los fines constitucionales y legales de la acción de repetición, lo cual no se evidenció en el presente caso. Sobre este aspecto, bien señala el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que "...incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen". (Resalta el Despacho).

En tal sentido, la misma Corporación se refirió en providencia del 27 de agosto de 2015, proceso 110010326000201300108 00 (48016), indicando que "lo vital es que quede evidenciado en el plenario que la conducta del servidor público, ex servidor o particular que ejecute funciones públicas fue dolosa o gravemente culposa, es decir, que ese elemento subjetivo enmarcado en el actuar del servidor público se destaque y aflore en la actuación procesal, para que así, la entidad pública pueda sacar adelante sus pretensiones económicas. "

De igual forma, el Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁵ ha señalado:

"Debe decir la Sala que la sentencia de condena no se constituye en este proceso como un elemento de juicio determinante para acreditar la culpa grave que se endilga al demandada, pues, como fuera ya advertido, el análisis jurídico en sede de repetición se nutre de la situación fáctica y probatoria que en razón del planteamiento del litigio propuesto por las partes se da al interior de la controversia retributiva, por ello su decisión no se gobierna por las razones que llevaron al resultado desfavorable a la entidad pública que ahora demanda, (...) Recuérdese que la culpa grave impone una actuación distante de los mínimos legales, una conducta inexcusable carente de toda justificación, un descuido que no admite comparación siquiera con un actuar de poca prudencia y para efectos de repetición, (...) ha de evidenciarse una franca infracción al deber objetivo de cuidado con connotaciones de un actuar especialmente grosero, negligente, imprudente, y omisión del deber funcional exigible."

Así entonces, aunque la sentencia es condenatoria y el juez administrativo fundó su decisión de instancia en una razón clara y determinada, la cual no es susceptible de discusión en esta instancia, es claro para el Despacho que el razonamiento en que se funda la decisión judicial, aun cuando se encuentre en firme y haga tránsito a cosa juzgada, **no tiene la virtud de demostrar por sí misma la presencia del elemento subjetivo de la responsabilidad, esto es,**

¹⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá. Sala de Decisión No. 3. Sentencia del 12 de abril de 2018. Expediente: 15001-33-33-011-2013-00196-01. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

no demuestra la existencia de un actuar gravemente culposo del entonces director de núcleo José Dimas Gómez, es más del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 2001-01663 y su respectiva condena, se advierte que el fallador de primera y segunda instancia analizaron estrictamente la legalidad del acto acusado y no hicieron alusión alguna a la conducta personal del demandado, pues allí nada se dijo respecto de la responsabilidad que se endilga, por lo que no puede pretender la entidad que con la condena resulte satisfecho el factor subjetivo que debe ser acreditado para la prosperidad de la acción de repetición, en los términos del artículo 63 del Código Civil.

En ese orden de ideas, es claro que no se encuentra demostrada la concurrencia de los elementos indispensables para declarar la responsabilidad patrimonial del señor **José Dimas Gómez,** razón por la cual las pretensiones de la demanda serán denegadas.

▪ **DE LAS COSTAS:**

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, el Despacho se abstendrá de condenar en costas, como quiera en el presente medio de control tiene su origen en el deber que tienen las entidades públicas de ejercitarla cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. En consecuencia, cuando se promueve una acción de esta naturaleza el interés no es otro distinto al de defender la prevalencia del patrimonio estatal, siendo un interés eminentemente público.

Tesis que ha sido avalada en recientes pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Boyacá¹⁶, en los que se ha concluido que *“No hay lugar a vacilaciones sobre el interés público que fundamenta a la acción de repetición y por ende el juez al momento de definir el caso que se sometió a su conocimiento, **debe aplicar la excepción a la regla general contemplada en el artículo 188 del CPACA** y no condenar en costas. Si bien, esta Sala únicamente consideraba esta excepción cuando el Estado resulta condenado, lo cierto es que la norma no establece diferencias, y de forma general se refiere a los procesos en los que se ventile un interés público, razón por la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 del CPACA no habrá condena en costas, (...)”* (Negrilla fuera del texto).

¹⁶ Se cita entre otros: Tribunal Administrativo de Boyacá. *Sentencia del 12 de abril de 2018*. Expediente: 15001-33-33-011-2013-00196-01. M.P. Clara Elisa Cifuentes Ortiz. *Sentencia del 14 de agosto de 2018*. Expediente: 15001-33-33-001-2012-00052-01. M.P. José Ascención Fernández Osorio.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por el MUNICIPIO DE CÓMBITA en contra del señor JOSÉ DIMAS GÓMEZ, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: No condenar en costas en la presente instancia.

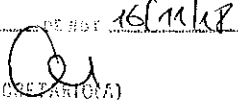
CUARTO: POR SECRETARÍA, devuélvase al Archivo de la Rama Judicial ubicado en el Barrio Santa Rita de la ciudad de Tunja, el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el No. 150012331000 2001 01663 00, que fue remitido con destino a este proceso en calidad de préstamo.

QUINTO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

SEXTO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
JUEZ

SECRETARÍA
EL 7/03/2016 - 10:00 AM
NO. 75 DE 001 1600062

SECRETARÍA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Tunja, 15 NOV 2018

DEMANDANTE: MARÍA GUILLERMINA TORRES DE GUIO
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN: 150013333011201500011-00
MEDIO DE CONTROL : EJECUTIVO

Revisado el expediente, se observa que los oficios Secretariales No. A.X.S.P. 610, 611, 612, 613, 614 y 615 del 25 de septiembre de 2015 por los cuales se dio cumplimiento al auto de fecha 11 de septiembre de 2018 (fls. 31-32) contienen algunas imprecisiones relacionadas con el Nit que suministró la parte demandada que de acuerdo a esta corresponden a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en especial por cuanto no incluyen el Nit. 899999001-7, por lo que es necesario ordenar se de cumplimiento estricto a lo dispuesto en el ordinal Primero de la referida providencia.

De otro lado verificado el oficio A.X.S.P. 618 del 25 de septiembre de los cursantes, igualmente se destaca que no hace relación a lo ordenando en numeral Cuarto del auto del 11 de septiembre de 2018, por lo que es procedente que se dé cumplimiento al mismo en los términos de la citada decisión.

Ahora bien, se evidencia que el Banco BBVA no ha aportado la información requerida mediante el oficio A.X.S.P. 617 del 25 de septiembre de los cursantes, siendo preciso requerir por segunda vez a dicha entidad financiera a efectos que de cumplimiento a lo ordenando en auto del pasado 11 de septiembre de 2018.

Por otra parte, vista la respuesta allegada por el Banco Popular a folio 49 del plenario, es pertinente solicitar se aclare y amplíe la misma en el entendido que solo remite la información respecto de una de las cuentas referidas anteriormente por la misma entidad financiera, tal como consta a folio 13 del expediente, por lo que deberá reportar toda la información de las cuentas *110-08000170-4 DTN MEN GASTOS PERSONALES, 11008000171-2 DTN MEN TRANSFERENCIAS, 110-08000194-4 APORT. PARAF. LEY 21 RECAUDADORA, 110-08000299-1 MEN TRANSFERENCIAS ICFES, 110-08000188-6 DTN MEN CAJA MENOR ADMINISTRATIVA, 110- 08000284-3 DTN MEN CAJA MENOR VIATICOS EXTERIOR y 110-08000285-0 DTN CAJA MENOR VIATICOS NACIONALES*, certificando su existencia, destinación de los recursos, saldo disponible y aportando el extracto de las mismas con corte a 31 de octubre de 2018.

Por lo anterior, el Despacho

RESUELVE:

PRIMERO: Por **SECRETARIA** dese cumplimiento a los ordinales Primero y Cuarto del auto de fecha 11 de septiembre de 2018, conforme lo expuesto anteriormente.


SEGUNDO: REQUERIR POR SEGUNDA VEZ al **BANCO BBVA** para que en el término de diez (10) días siguientes al recibo de la respectiva comunicación, certifique la denominación de las cuentas: 310-000161, 310-001763, 310- 002571, 310-002563, 309-009553, 310-005046, 310-005053, 310-000161 y 310-001763 cuyo titular es la entidad demanda, la proveniencia de los recursos y el saldo disponible en cada una de estas.

TERCERO: OFICIAR al **BANCO POPULAR** para que en el término de diez (10) días siguientes al recibo de la respectiva comunicación, aclare y amplíe la información allegada, reportando toda la información de las cuentas 110-08000170-4 DTN MEN GASTOS PERSONALES, 11008000171-2 DTN MEN TRANSFERENCIAS, 110-08000194-4 APORT. PARAF. LEY 21 RECAUDADORA, 110-08000299-1 MEN TRANSFERERENCIAS ICFES, 110-08000188-6 DTN MEN CAJA MENOR ADMINISTRATIVA, 110- 08000284-3 DTN MEN CAJA MENOR VIATICOS EXTERIOR y 110-08000285-0 DTN CAJA MENOR VIATICOS NACIONALES, certificando su existencia, destinación de los recursos, saldo disponible y aportando el extracto de las mismas con corte a 31 de octubre de 2018.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 295 del C.G.P., por Secretaría envíese correo electrónico a los apoderados de las partes, así mismo infórmese de la publicidad del estado en la página Web de la rama judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N° 76, Hoy 16/11/2018 siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIA

707

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Tunja, quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

ACCIONANTE : DEFENSORIA DEL PUEBLO REGIONAL BOYACA
ACCIONADO : MUNICIPIO DE TUNJA Y OTROS
RADICACIÓN : 150013333011201500152-00
ACCIÓN POPULAR

Ingresa el expediente al Despacho, informando sobre memorial radicado por el la apoderada del Municipio de Tunja, en el que solicita ampliación del término otorgado en la audiencia del 24 de octubre de 2018, para la reconsideración por parte del comité de conciliación y defensa judicial del municipio de Tunja, de la postura asumida frente fórmula de pacto dentro del proceso de la referencia.

Conforme a lo establecido en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, se accede a la solicitud de ampliación y se procede a fijar nueva fecha para la diligencia.

RESUELVE

PRIMERO: REPROGRAMAR la continuación de la audiencia de pacto de cumplimiento dentro del proceso de la referencia, que se llevará a cabo el día el día **seis (06) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), a partir de las nueve de la mañana (9:00 a.m.)**, en la Sala de Audiencias **B1-3** ubicada en el edificio de los de los Juzgados Administrativos de Tunja.

TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 del CPACA, por Secretaría envíese correo electrónico a los apoderados de las partes e infórmese de la publicidad del estado en la página Web de la Rama Judicial. Así mismo, comuníquesele al correo electrónico del Agente del Ministerio Público delegado ante este Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del
Circuito Judicial de Tunja

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO
ELECTRÓNICO**

El auto anterior se notificó por Estado
N° 76, Hoy 16/11/18 siendo las 8:00
AM.


SECRETARIO

35

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Tunja, 15 NOV 2018.

DEMANDANTE : JUAN DE JESÚS BARRERA MENDEZ
DEMANDADO : UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP
RADICACIÓN : 150013333011201800211-00
ACCIÓN EJECUTIVA

De conformidad con el acta individual de reparto del 08 de noviembre de 2018 - secuencia 1810 -(fl. 33), correspondió a este Despacho el conocimiento del medio de control de la referencia.

Corresponde al Despacho decidir respecto de la admisión de la demanda EJECUTIVA formulada a través de apoderado judicial por el señor JUAN DE JESÚS BARRERA MENDEZ, contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, en la que pretende se libre mandamiento de pago a su favor, a fin de que dé cumplimiento integral al fallo proferido dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho proferido por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja el 5 de diciembre de 2016, dentro del expediente No. 1500133 33- 014-2015-00038- 00, confirmado por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 9 de agosto de 2017.

Por lo anterior el Despacho, determinará si es o no competente para conocer del presente asunto, en los términos de los artículos 104, 155, 156, 297 y 298 del C.P.A.C.A., previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 104, establece la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, así:

"...La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

"Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

"(...)

"6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en contratos celebrados por estas entidades....".

A su turno, el artículo 155 ibídem define la competencia de los Jueces Administrativos en primera instancia, atendiendo al factor cuantía en los siguientes términos:

"...Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

7. De los procesos ejecutivos, cuando la cuantía no exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes..."

No obstante lo anterior, es claro para el Despacho que el criterio que determina la competencia en los medios de control de ejecución de condenas impuestas por esta Jurisdicción, es el factor territorial, delimitado por el numeral 9 del artículo 156 del CPACA, así,

"ARTÍCULO 156. Competencia por razón del territorio. Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes reglas:

(...)

9. En las ejecuciones de las condenas impuestas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de las obligaciones contenidas en una conciliación aprobada por esta jurisdicción, **será competente el juez que profirió la providencia respectiva...** (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, en los artículos 297 y 298 del C.P.A.C.A. se estableció cuáles documentos constituyen título ejecutivo, y se aclaró que sin excepción alguna el Juez que debe ordenar el cumplimiento, es aquel que profirió la sentencia, así:

"ARTÍCULO 297. Título ejecutivo. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

(...)

ARTÍCULO 298. Procedimiento. En los casos a que se refiere el numeral 1 del artículo anterior, si transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la fecha que ella señale, esta no se ha pagado, sin excepción alguna **el juez que la profirió ordenará su cumplimiento inmediato.** (Resalta el Despacho)

De acuerdo con lo antes expuesto, al revisar el expediente de la referencia, encuentra el Despacho que la parte ejecutante pretende el pago de sumas de dinero que derivan de la condena impuesta en la sentencia fechada 05 de diciembre de 2016 proferida por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de la Ciudad de Tunja y que fuera confirmada por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá; por lo que, en aplicación de lo dispuesto en la normatividad antes enunciada, la ejecución de dicha providencia corresponde al Juez de conocimiento.

Por consiguiente, el Despacho se abstendrá de avocar conocimiento del presente asunto, y en su lugar ordenará remitir el proceso Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja, para que de conformidad con las reglas de competencia antes enunciadas, avoque su conocimiento.

En consecuencia, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de avocar el conocimiento del medio de control de la referencia por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: REMITIR de manera inmediata las presentes diligencias al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos para que el expediente sea dado de baja en el inventario de este Despacho y, por su conducto, se envíe al Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja.

TERCERO: Comuníquese esta decisión a los interesados, previas las anotaciones y constancias de rigor en el Sistema de Información Judicial.

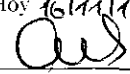
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del
Circuito Judicial de Tunja

**NOTIFICACIÓN POR ESTADO
ELECTRÓNICO**

El acto anterior se notificó por Estado
N° 76, Hoy 16/11/18 siendo las
8:00 AM.


SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Tunja, 15 NOV 2018

DEMANDANTE : ROSA IMELDA ACERO LÓPEZ
DEMANDADO : NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN
NACIONAL- FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN : 150013333011201800213-00
ACCIÓN EJECUTIVA

De conformidad con el acta individual de reparto del 08 de noviembre de 2018 - secuencia 1816 -(fl. 33), correspondió a este Despacho el conocimiento del medio de control de la referencia.

Corresponde al Despacho decidir respecto de la admisión de la demanda EJECUTIVA formulada a través de apoderado judicial por la señora ROSA IMELDA ACERO LÓPEZ, contra la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en la que pretende se libere mandamiento de pago a su favor, a fin de que dé cumplimiento integral al fallo proferido dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho proferido por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Tunja el 27 de septiembre de 2013, dentro del expediente No. 1500133 33- 010-2012- 0126- 00.

Por lo anterior el Despacho, determinará si es o no competente para conocer del presente asunto, en los términos de los artículos 104, 155, 156, 297 y 298 del C.P.A.C.A., previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 104, establece la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, así:

"...La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

*"Igualmente conocerá de los siguientes procesos:
"(...)*

"6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en contratos celebrados por estas entidades...".

A su turno, el artículo 155 ibídem define la competencia de los Jueces Administrativos en primera instancia, atendiendo al factor cuantía en los siguientes términos:

"...Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

7. De los procesos ejecutivos, cuando la cuantía no exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes..."

No obstante lo anterior, es claro para el Despacho que el criterio que determina la competencia en los medios de control de ejecución de condenas impuestas por esta Jurisdicción, es el factor territorial, delimitado por el numeral 9 del artículo 156 del CPACA, así,

"ARTÍCULO 156. Competencia por razón del territorio. Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes reglas:

(...)

9. En las ejecuciones de las condenas impuestas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de las obligaciones contenidas en una conciliación aprobada por esta jurisdicción, **será competente el juez que profirió la providencia respectiva...** (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, en los artículos 297 y 298 del C.P.A.C.A. se estableció cuáles documentos constituyen título ejecutivo, y se aclaró que sin excepción alguna el Juez que debe ordenar el cumplimiento, es aquel que profirió la sentencia, así:

"ARTÍCULO 297. Título ejecutivo. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

(...)

ARTÍCULO 298. Procedimiento. En los casos a que se refiere el numeral 1 del artículo anterior, si transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la fecha que ella señale, esta no se ha pagado, sin excepción alguna **el juez que la profirió ordenará su cumplimiento** inmediato. (Resalta el Despacho)

De acuerdo con lo antes expuesto, al revisar el expediente de la referencia, encuentra el Despacho que la parte ejecutante pretende el

pago de sumas de dinero que derivan de la condena impuesta en la sentencia fechada 27 de septiembre de 2013 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de la Ciudad de Tunja; por lo que, en aplicación de lo dispuesto en la normatividad antes enunciada, la ejecución de dicha providencia corresponde al Juez de conocimiento.

Por consiguiente, el Despacho se abstendrá de avocar conocimiento del presente asunto, y en su lugar ordenará remitir el proceso Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Tunja, para que de conformidad con las reglas de competencia antes enunciadas, avoque su conocimiento.

En consecuencia, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de avocar el conocimiento del medio de control de la referencia por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: REMITIR de manera inmediata las presentes diligencias al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos para que el expediente sea dado de baja en el inventario de este Despacho y, por su conducto, se envíe al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Tunja.

TERCERO: Comuníquese esta decisión a los interesados, previas las anotaciones y constancias de rigor en el Sistema de Información Judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

<p>Juzgado 11º Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja</p> <hr/> <p>NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO</p> <p>El auto anterior se notificó por Estado Nº <u>36</u>, Hoy <u>16/11/18</u> siendo las 8:00 AM.</p> <p></p> <p>SECRETARIA</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Ounja, 15 NOV 2018

DEMANDANTE : TEODULO HUERTAS MELO
DEMANDADO : NACION - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
RADICACIÓN : 150013333011201800210-00
ACCIÓN EJECUTIVA

De conformidad con el acta individual de reparto del 07 de noviembre de 2018 - secuencia 1799 -(fl. 32), correspondió a este Despacho el conocimiento del medio de control de la referencia.

Corresponde al Despacho decidir respecto de la admisión de la demanda EJECUTIVA formulada a través de apoderado judicial por el señor TEODULO HUERTAS MELO, contra la NACION - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en la que pretende se libre mandamiento de pago a su favor, a fin de que dé cumplimiento integral al fallo proferido dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho proferido por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja el 20 de mayo de 2016, dentro del expediente No. 1500133 33- 014-2014-00191- 00, confirmado por el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante providencia del 8 de agosto de 2017.

Por lo anterior el Despacho, determinará si es o no competente para conocer del presente asunto, en los términos de los artículos 104, 155, 156, 297 y 298 del C.P.A.C.A., previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 104, establece la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, así:

"...La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

"Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

"(...)

"6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en contratos celebrados por estas entidades...".

A su turno, el artículo 155 ibídem define la competencia de los Jueces Administrativos en primera instancia, atendiendo al factor cuantía en los siguientes términos:

"...Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

(...)

7. De los procesos ejecutivos, cuando la cuantía no exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes..."

No obstante lo anterior, es claro para el Despacho que el criterio que determina la competencia en los medios de control de ejecución de condenas impuestas por esta Jurisdicción, es el factor territorial, delimitado por el numeral 9 del artículo 156 del CPACA, así,

"ARTÍCULO 156. Competencia por razón del territorio. Para la determinación de la competencia por razón del territorio se observarán las siguientes reglas:

(...)

9. En las ejecuciones de las condenas impuestas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de las obligaciones contenidas en una conciliación aprobada por esta jurisdicción, **será competente el juez que profirió la providencia respectiva...** (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, en los artículos 297 y 298 del C.P.A.C.A. se estableció cuáles documentos constituyen título ejecutivo, y se aclaró que sin excepción alguna el Juez que debe ordenar el cumplimiento, es aquel que profirió la sentencia, así:

"ARTÍCULO 297. Título ejecutivo. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

(...)

ARTÍCULO 298. Procedimiento. En los casos a que se refiere el numeral 1 del artículo anterior, si transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la fecha que ella señale, esta no se ha pagado, sin excepción alguna **el juez que la profirió ordenará su cumplimiento** inmediato. (Resalta el Despacho)

De acuerdo con lo antes expuesto, al revisar el expediente de la referencia, encuentra el Despacho que la parte ejecutante pretende el pago de sumas de dinero que derivan de la condena impuesta en la sentencia fechada 20 de mayo de 2016 proferida por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de la Ciudad de Tunja y que fuera confirmada por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá; por lo que, en aplicación de lo dispuesto en la normatividad antes enunciada, la ejecución de dicha providencia corresponde al Juez de conocimiento.

Por consiguiente, el Despacho se abstendrá de avocar conocimiento del presente asunto, y en su lugar ordenará remitir el proceso Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja, para que de conformidad con las reglas de competencia antes enunciadas, avoque su conocimiento.

En consecuencia, el Despacho

RESUELVE


PRIMERO: ABSTENERSE de avocar el conocimiento del medio de control de la referencia por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: REMITIR de manera inmediata las presentes diligencias al Centro de Servicios de los Juzgados Administrativos para que el expediente sea dado de baja en el inventario de este Despacho y, por su conducto, se envíe al Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Tunja.

TERCERO: Comuníquese esta decisión a los interesados, previas las anotaciones y constancias de rigor en el Sistema de Información Judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>78</u> , Hoy <u>16 de mayo</u> siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Tunja, 15 NOV 2018

DEMANDANTE : GUILLERMO AURELIO MORALES CASAS
DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACIÓN : 15001 33 33 011 201800212-00
MEDIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Corresponde al Despacho decidir respecto de la admisión del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el ciudadano GUILLERMO AURELIO MORALES CASAS, quien actúa a través de apoderada judicial, contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Del estudio de la demanda y sus anexos, se advierte que reúne los presupuestos y requisitos exigidos por los artículos 160, 162 y 166 de la Ley 1437 de 2011, y el Despacho es competente para avocar su conocimiento en virtud de la naturaleza jurídica del asunto señalada en el artículo 104-4 *ibídem*, así como de la competencia conferida en el numeral 2º del artículo 155 y numeral 3º del artículo 156 *ibídem*.

Por lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el ciudadano **GUILLERMO AURELIO MORALES CASAS** en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: TRAMITAR conforme al procedimiento previsto en el Título V de la Ley 1437 de 2011 para el proceso contencioso administrativo de primera instancia.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de esta providencia al representante legal de **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a quien éste haya delegado la facultad, de conformidad con lo previsto por el numeral 1º del artículo 171 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso - Ley 1564 de 2012, esto es, vía correo electrónico al buzón para notificaciones judiciales, y córrasele traslado de la demanda por el término de **treinta (30) días** (artículo 172 de la Ley 1437 de 2011), plazo que comenzará a correr al vencimiento del término común de **veinticinco (25) días** después de surtida la última notificación.

CUARTO: NOTIFICAR personalmente al **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO** delegado ante este Despacho y a la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, conforme lo establecen los artículos 197, 198 y 199 de

la Ley 1437 de 2011, modificado este último por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

QUINTO: NOTIFICAR por estado electrónico a la parte demandante, de conformidad con los artículos 171-1 y 201 de la Ley 1437 de 2011.

Atendiendo a lo previsto en el artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, las entidades demandadas, durante el término para contestar la demanda, deberán allegar el **expediente administrativo** que contenga **los antecedentes administrativos de los actos acusados**, y la **totalidad de las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso**, so pena de incurrir **falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto**.

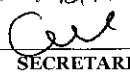
SEXTO: Adviértasele a las entidad demandada, que es su deber allegar junto con la contestación de la demanda y antes de la audiencia inicial, certificación expedida por el Comité de Conciliación o la posición asumida por dicha Entidad en materia de conciliación, en relación con asuntos de esta índole, lo anterior de conformidad con el artículo 19 numeral 5 del Decreto 1716 de 2009.

SÉPTIMO: La parte actora deberá sufragar los gastos del proceso (notificación y envío postal) de que trata el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, para lo cual deberá consignar la suma de siete mil quinientos pesos (\$7.500) en la cuenta **4 - 1503-0-22921-00** (Convenio No. 13271) del Banco Agrario y acreditar su pago a través de la Oficina del Centro de Servicios, para que repose en el expediente dentro de los **cinco (5) días** siguientes a la ejecutoria de esta providencia, so pena de dar aplicación al artículo 178 del C.P.A.C.A. Si al finalizar el trámite quedare algún excedente de la suma antes fijada, por secretaría se hará la correspondiente devolución sin necesidad de auto que lo ordene.

OCTAVO: RECONOCER personería jurídica para actuar dentro de las presentes diligencias a la abogada MATILDE EUGENIA GÓMEZ VILLAMARIN identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.024.360 de Tunja y portadora de la T.P. No. 239.184 del C.S de la J., como apoderada de la demandante y en los términos del poder obrante a folio 1 de la actuación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

Juzgado 11° Administrativo Oral del Círculo Judicial de Tunja
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto anterior se notificó por Estado N° <u>26</u> , Hoy <u>16/11/2018</u> siendo las 8:00 AM.
 SECRETARIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Tunja, quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

DEMANDANTE : SONIA LÓPEZ LAITON
**DEMANDADO : NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-
FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES
SOCIALES DEL MAGISTERIO**
VINCULADA : FIDUPREVISORA S.A.
RADICACIÓN : 150013333011201700168-00
MEDIO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final 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.

I. ANTECEDENTES:

1.- Demanda y tesis del demandante (fl. 2-9).

La ciudadana SONIA LÓPEZ LAITON, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Solicitó la demandante se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20170170856191 del 18 de julio de 2017 por medio del cual la FIDUPREVISORA S.A. -como administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

A título de restablecimiento de derecho, reclamó se expida el correspondiente acto administrativo por medio del cual se reconozca, liquide y pague la sanción moratoria, consistente en un (1) día de salario por cada día de mora, desde el día 66 hábil siguiente a la radicación - 18 de julio de 2015 hasta el día de pago final, es decir hasta el día 06 de octubre de 2015, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1071 de 2006. Igualmente solicitó, que a título de condena se ordene que las sumas de dinero reconocidas sean indexadas en los términos de la ley y que se

reconozcan los respectivos intereses moratorios a la tasa fijada por la Superfinanciera.

Finalmente, solicita que la sentencia se cumpla en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y que se condene a la entidad demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

2.- Normas violadas y concepto de violación:

La parte demandante aduce la transgresión del Preámbulo y de los artículos 1, 2, 4, 6, 25, 29, 53, 83, 90, 93, 94, 121, 122, 209 de la Constitución Política, así como la igualdad, dignidad humana, moralidad, eficacia, economía y primacía de la realidad sobre las formalidades.

Alega que el presente caso, se vulnera la Ley 244 de 1995 y en especial lo consagrado en los artículo 2, 3, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, respecto a la mora en el pago de las cesantías, así como el Acuerdo 34 de 1998 expedido por el Fondo Nación de Prestaciones Sociales del Magisterio que a su vez modifica los Acuerdos del 11 de enero de 1995 y No. 1 del 26 de junio de 2996, por medio del cual se establece el trámite de reconocimiento y pago de las Cesantías Parciales a cargo del Fondo.

Indica vulneración del artículo 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), indicando que el acto demandado se expidió con violación a las normas superiores y con falsa motivación ya que se interpreta de forma restrictiva y errónea las normas que los sustentan, en detrimento de los derechos del más débil en la relación laboral.

De esta manera, resalta la parte actora que existe una falsa motivación al expedirse el acto demandado por parte de la administración, realizando una interpretación restrictiva de las normas y quitándole a la ley el verdadero contenido, al sustentar el acto con una interpretación errónea que genera su nulidad. Señala, que la administración contando con el soporte legal en materia de cesantías, inaplica el principio de favorabilidad buscando el detrimento del trabajador. Indica igualmente, que existe violación directa a la ley en tanto la administración deniega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria sin ningún fundamento legal o fáctico, perjudicando económicamente a la demandante.

3.- Trámite procesal: Mediante auto adiado 12 de octubre de 2017 EL Despacho dispuso admitir la demanda en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y se ordenó vincular a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.(fls 79-80).

4. Contestación y tesis de las demandadas:

4.1 NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fls. 91- 105).

La demandada compareció al proceso oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda explicando que la entidad no es la encargada de expedir el acto demandado en cuanto no es la responsable de reconocer, liquidar y pagar las prestaciones sociales de los afiliados al FOMAG.

Alude, a que de acuerdo con el Decreto 2831 de 2005 (arts. 3, 4 y 5), la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que paga el Fondo, se efectúa a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, creándose así un procedimiento exclusivo para los docentes afiliados al Fondo, en el cual se establecen los trámites, etapas y términos específicos para su reconocimiento y pago. Agrega además, que los docentes beneficiarios de la aplicación de la Ley 91 de 1989 afiliados al Fondo, están excluidos de los demás regímenes de liquidación de cesantías establecidos en la Ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996 así como de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

Por lo anterior señala, que a los docentes beneficiarios de la aplicación de la Ley 91 de 1989 afiliados al Fondo les son aplicables las disposiciones del Decreto 2831 de 2005 el cual contiene un procedimiento especial para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de este sector de trabajadores, considerando que mal podría aplicarse el régimen establecido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, ya que difiere del régimen especial de los docentes, y menos aún hacer extensiva una sanción -establecida en una norma especial- por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno del auxilio de cesantías.

Presentó las excepciones de: "*Falta de Legitimación por pasiva*" y "*Prescripción*" aduciendo que son las Secretarías de Educación en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005 las que emiten los actos administrativos demandados; además solicita, que en el evento de condenar a la parte demandada se declare la prescripción de conformidad con lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.

4.2. FIDUCIARIA LA PREVISORA: No contestó la demanda.

5.- Alegatos de conclusión:

Corrido el traslado para alegar de conclusión (fls. 224-225) dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 13 de junio de 2018, el apoderado

de la **parte actora**, se pronunció mediante escrito allegado el 15 de junio de los corrientes (fls. 227-228), señalando que en el proceso se acreditó que mediante Resolución 003219 del 19 de mayo de 2015 expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá, le fue reconocida a la demandante Cesantía Parcial cuyo pago extemporáneo se efectuó hasta el 06 de octubre de 2015, como consta en el recibo de pago obrante en el expediente.

Itero, que se hizo solicitud ante la entidad demandada de reconocimiento que fue denegada mediante el acto administrativo demandado; siendo aplicable las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 haciendo referencia a sentencia emitida por el Consejo de Estado de fecha 22 de marzo de 2018 dentro del radicado 08001-23-33-000-2014-00565-01. Finaliza insistiendo, en que la petición de reconocimiento de la cesantía fue radicada el 09 de abril de 2015 y los 65 días hábiles para el pago se cumplían el 16 de junio de 2015, configurándose mora en el trámite.

Por su parte, la **entidad demandada -Nación- Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** mediante memorial radicado el día 21 de junio de los cursantes (fls 230-240), presentó sus alegaciones de conclusión en las cuales reitera los argumentos expuestos inicialmente, señalando que las pretensiones no tienen vocación de prosperidad y que igualmente existe prescripción de los derechos reclamados.

Insiste en la inexistencia de relación laboral entre la demandante y el Ministerio de Educación, y en la falta de competencia de este último para expedir el acto administrativo de reconocimiento del derecho reclamado, en razón a que de acuerdo con los Decretos 2831 de 2005 y 1075 de 2015 se encuentra en cabeza de las entidades territoriales certificadas reconocer las prestación social reclamada y de la Fiduciaria el pago con los recursos del citado Fondo. Reafirma la postura en el sentido de que los docentes cuentan con un régimen especial para el pago de sus prestaciones sociales y que no existe línea jurisprudencial ni se ha emitido sentencia de unificación frente a la aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La **Fiduciaria la Previsora** guardó silencio y el **Ministerio Público** no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES:

1.- De la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

305

Sostiene que la Nación –Ministerio de Educación no profirió los actos administrativos de reconocimiento de las prestaciones sociales, sino que fueron expedidos por la Secretaría de Educación respectiva, en uso de las facultades conferidas por el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 2831 de 2005. Afirma que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, consistente en un patrimonio autónomo cuyos recursos están destinados a pagar las prestaciones que los entes territoriales reconozcan a su planta de docentes a través de las Secretarías de Educación, conforme la descentralización del sector educativo, trasladando la función nominadora a las entidades territoriales, siendo estas las que administran el personal docente y los servicios educativos estatales.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2013, señaló:

"...No hay duda de que es a la administración representada en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de los derechos prestacionales de los docentes afiliados al citado fondo, de acuerdo con el procedimiento que para tal efecto ha dispuesto el legislador y las normas reglamentarias, con posterioridad a la expedición de la Ley 91 de 1989....., es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a quien en últimas el mismo legislador, en el artículo 56 de la citada Ley 962 de 2005, le atribuye la función de reconocer y pagar las prestaciones sociales a los docentes oficiales."¹ (Negrilla fuera del texto).

Así mismo, en providencia del 18 de diciembre de 2014 Rad.: 68001-23-33-000-2012-00370-01 (2935-13), el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, recalcó que la Secretaría de Educación del ente territorial actúa en nombre y representación del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a quien le corresponde el pago de las prestaciones sociales del magisterio y no el ente territorial. En igual sentido, se refirió la misma Corporación en sentencia del 8 de febrero de 2016. Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). Postura reiterada en pronunciamiento del 25 de julio de 2017 – Exp: 15001 33 33 011 2015 00170 01, señalando:

"(...) tratándose de prestaciones sociales de los docentes, la entidad que en todos los casos debe ser vinculada como parte demandada por tener la disposición sobre los referidos derechos laborales, no es otra que la Nación – Ministerio de

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección 8. Providencia del 08 de febrero de 2016. Radicación número: 08001-23-31-000-2013-00623-01(1945-14). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Educación al ser la propietaria de los dineros con los cuales fue creado el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

*Lo anterior, como quiera que es **la Nación – Ministerio de Educación**, a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, la encargada de realizar el reconocimiento de los emolumentos laborales de los docentes con cargo al Fondo especial creado para dicho fin.” (Negrita fuera de texto)*

Aunado a lo anterior, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 11 de octubre de 2017 dentro del Rad. 15001-23-33-000-2016-00266-00 en lo que se refiere a la responsabilidad frente al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, concluyó: “(...) *el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el ente encargado del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al mismo por lo tanto, de la sanción moratoria que se cause por la no consignación oportuna de las cesantías”*

Así las cosas, en vista que la actuación desplegada por las entidades territoriales se enmarca en una simple formalidad, que no obedece a una actuación propia y por tanto no tiene injerencia alguna en el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales a que tienen derecho los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se colige entonces que la demandada es la llamada a responder por la condena que eventualmente se llegare a imponer, y por ello, atendiendo a los pronunciamientos citados, resulta procedente declarar **no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva** propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

2. PROBLEMA JURÍDICO:

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho:

- i)** Determinar si la demandante **SONIA LÓPEZ LAITON** 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.
- ii)** El estudio de legalidad del **Oficio No. 20170170856191 del 18 de julio de 2017**, mediante el cual la Fiduprevisora S.A. negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, solicitado por la demandante.

3.- MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1.- De la educación docente oficial y su régimen de cesantías.

Lo primero que se debe señalar es que de acuerdo con los artículos 365 a 369 de la Constitución, el servicio de la educación esta cargo del Estado y constituye un servicio público esencial y un derecho fundamental; en esa medida, corresponde al Estado garantizar o asegurar su prestación, entre otras, asignando el personal docente idóneo para el desarrollo de dicha actividad pública, por lo que ha dispuesto de un sistema de carrera para el ingreso, ascenso y retiro del servicio público docente, bajo variables regladas definidas por el legislador² para el ejercicio de esta función administrativa.

Así, en concordancia con el artículo 123 de la Constitución política, quienes presten un servicio a la comunidad y ejerzan una función pública serán considerados **servidores públicos**, sin que sea dable exceptuar a los docentes en razón a la actividad que prestan en beneficio del interés general, tal como recientemente concluyó el Consejo de Estado en sentencia de Unificación emitida por la Sección Segunda³, al concluir que los docentes oficiales prestan un servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general, ubicándolos en la Rama Ejecutiva del Poder Público, de conformidad con el artículo 113 de la Constitución Política, concluyendo lo siguiente:

*"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 oficiales, 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**"⁴ (Negrilla del Despacho)*

En cuanto al pago de cesantías de los docentes oficiales, la Ley 91 de 1989⁵, indicó en su artículo 15 lo siguiente:

"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

² Empezando por el Decreto Ley 2277 de 1979 - Decreto 1278 del 19 de junio de 2002

³ 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

⁴ Ibidem

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

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 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 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 Cesantías, conforme el régimen jurídico que les sea aplicable de acuerdo con su fecha de vinculación.

3.2.- 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 vivienda⁶.

Así, la Ley 244 de 1995⁷ 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:

⁶ Sentencia 00332 de 2017

⁷ "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".

507

"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 2006⁸, 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*⁹.

No obstante, en el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se presentaron dos posturas al respecto: la primera según la cual la Sección

⁸ "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."

⁹ 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 otros.

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 1989¹⁰, 962 de 2005¹¹ 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. Postura acogida recientemente en sede de unificación por el Consejo de Estado¹², tal como pasa a explicarse.

3.3.- 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 reciente sentencia de unificación, 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.

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 normativa¹³ son prevalentes los mandatos consignados en la Ley 1071 de 2006 expedida por el Congreso de la Republica en ejercicio de la función constitucional de

¹⁰ «Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio»

¹¹ «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»

¹² Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia jurídica.- Sentencia CE-SUJ-Sil-012-2018 - SUJ-012-S2, 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01

¹³ Sentencia C-037-00

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 Decreto¹⁴. 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 Constitucional¹⁵.

Postura que además, ha sido acogida por el Tribunal de Boyacá en recientes providencias, para el efecto se citan pronunciamientos del 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.

3.4.- 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:

- **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. 1071/2006¹⁶), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁷) 5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁸, y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006¹⁹*". (Negritas del Despacho)

¹⁴ Consejo de Estado- Sentencia de unificación por importancia jurídica.- Sentencia CE-SUJ-SI-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 uedado igual propósito, como es el decreto que regula el trámite de reconocimiento de prestaciones a cargo del Fomag".

¹⁵ "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."

¹⁶ "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación. [...] Artículo 4. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley."

¹⁷ ARTÍCULO 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el caso de 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. [...] 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.

¹⁸ Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo. [...] Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme. [...]

¹⁹ Artículo 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.

- **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 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 Constitucional²⁰ 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 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	TERMINO 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 ²¹	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

3.5.- Base de liquidación de la sanción moratoria.

Frente a este aspecto el Consejo de Estado²² 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

²⁰ Sentencias T-673-98, T-785-01 y T-795-01

²¹ 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.

²² Consejo de Estado- Sentencia de unificación por Importancia jurídica.- Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 - SUJ-012-52, 18 de julio de 2018 Expediente: 73001-23-33-000-2014-00580-01

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.

3.6.- De la indexación de la sanción moratoria.

Frente a este aspecto, el Consejo de Estado 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 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"*²³.

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.

3.7.- De la aplicación de las Sentencias de Unificación.

La Corte Constitucional ha indicado en repetidos pronunciamientos²⁴ que las decisiones del Consejo de Estado como autoridad de cierre de lo contencioso administrativo tiene 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

²³ Ibidem

²⁴ Sentencia C-816 de 2011 - Sentencia C-634 de 2011 - Sentencia SU-050-2017

realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica esencial-mente (sic) la determinación de cuál es la regla de derecho aplicable al caso y los efectos que de ella 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.*"

4. CASO CONCRETO:

Previamente a abordar el caso concreto, debe aclarar el Despacho que en el presente asunto el acto acusado, esto es el Oficio No. 20170170856191 del 18 de julio de 2017 fue expedido por la Fiduprevisora, por tanto debe señalarse que si bien la Fiduciaria La Previsora S.A. no es la entidad competente para emitir actos administrativos que resuelvan las peticiones de reconocimiento y pago de sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, pues dicha función recae en la respectiva Secretaría de Educación de las entidades territoriales certificadas quienes lo realizan en nombre del Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; en esa medida, se acogerá la postura del Tribunal Administrativo de Boyacá y plasmada en providencia del 14 de noviembre de 2017²⁵, al concluir que es posible tener como demandados los actos proferidos por dicha entidad en el entendido que resuelven el procedimiento administrativo, generando una situación que la parte demandante considera desfavorable a sus pretensiones.

Lo anterior, en el entendido en que al emitir respuesta por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A. es esta la entidad que exterioriza la manifestación unilateral de la voluntad de la Administración definiendo

²⁵ Radicado 1500133330032017-00072-01

una situación particular y concreta, actuando explícitamente como vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

De esta manera, en aras de privilegiar el acceso a la administración de justicia y evitar que las actuaciones adelantadas en ejercicio de la función pública queden excluidas de control jurisdiccional²⁶ los actos en que la Fiduprevisora resuelva la petición en virtud de la remisión que hace la Secretaria de Educación serán tenidos como decisiones sujetas a control por la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia, la respuesta emitida por la Fiduciaria La Previsora S.A. constituye un verdadero acto administrativo no como particular sino como vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

- Que la señora **SONIA LÓPEZ LAITON** prestó sus servicios en el sector educativo en el Departamento de Boyacá desde el 23 de enero de 1995 (fls. 71-73).
- Que la señora SONIA LÓPEZ LAITON solicitó el reconocimiento de sus Cesantías Parciales mediante la radicación **2015-CES-007973** (2015PQR15752) de fecha **9 de abril de 2015** ante el Secretaría de Educación de Boyacá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls 22, 28 y 38).
- Que mediante **Resolución No. 003219 del 19 de mayo de 2015** el Fondo Nacional de Prestaciones Social del Magisterio reconoció y ordenó el pago Cesantía Parciales a favor de la señora SONIA LÓPEZ LAITON identificada con cédula de ciudadanía 23.994.702 de Saboyá. Ordenando el giro de la suma líquida de VEINTITRÉS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CIENTO NOVENTA Y SIETE PESOS (\$23.968.197) MCTE (fls 17-19). Decisión que fuera notificada a la parte interesada el 16 de junio de 2015 (fl.19 vto.).
- Que los recursos derivados del reconocimiento de Cesantías Parciales quedaron a disposición de la demandante en el Banco Agrario el día **28 de septiembre de 2015** (fls. 200 y vto.).
- Que mediante petición remitida el 23 de junio de 2017 la demandante a través de apoderado solicitó a la Fiduprevisora-Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconociera y pagara la sanción moratoria (fls 12- 14).
- Que mediante oficio **No. 20170170856191 del 18 de julio de 2017** la Fiduprevisora informa que no es procedente el pago de intereses moratorios y/o indexación, conforme la solicitud presentada por la docente SONIA LÓPEZ LAITON. (fl. 10-11)

311

En la demanda se solicita la nulidad del acto 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, evitando así un perjuicio económico. 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 excepción de ilegalidad consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 respecto del Decreto Reglamentario 2831 de 2005, y en este sentido se dará aplicación a la normatividad que garantiza en mayor medida los derechos de la trabajadora, 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 requisitos²⁷; 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 social²⁸; disponiendo así la entidad con un término total de **70 días** para realizar el pago efectivo de la referida prestación²⁹.

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 Parcial de la señora SONIA LÓPEZ LAITON, en los siguientes términos:

FECHA DE RADICACIÓN DE LA SOLICITUD	FECHA EN QUE SE EXPIDE EL ACTO ADMINISTRATIVO	EJECUTORIA	FECHA EFECTIVA DE LA CANCELACIÓN DE LOS RECURSOS
9 de abril de 2015	19 de mayo de 2015		28 de septiembre de 2015

En ese sentido, 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 las Cesantías Definitivas a la docente SONIA LÓPEZ LAITON³⁰ transcurrieron más de veinticinco (25) días hábiles, superando 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

²⁷ artículo 4 Ley 1071 de 2006

²⁸ artículo 5 Ley 1071 de 2006

²⁹ 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

³⁰ Resolución 003219 del 19 de mayo de 2015- fls 17-19

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 de la demandante.

De esta forma, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas por parte de la entidad demandada, se empezará a contar pasados setenta **(70) días hábiles** contados desde el 10 de abril de 2015 -día siguiente a la radicación de la solicitud de las cesantías-, cumpliéndose el día 27 de julio de 2015- día siguiente al vencimiento de los 70 días y hasta el 25 de septiembre de 2015-día anterior a la fecha en que se pusieron a disposición de la demandante los recursos derivados del pago de la prestación social reclamada - periodo por el cual se ordenará el reconocimiento de la sanción moratoria.

Adicionalmente, se debe indicar que al tratarse del reconocimiento y pago de una **cesantía parcial**, el salario base de liquidación está constituido por la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora- es decir para el año 2015- por el no pago, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

5. De la prescripción.

De acuerdo con la excepción planteada por la parte demandada (fl. 103) y teniendo en cuenta que se accederá al reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida por la parte actora, es necesario verificar si para el caso se configura el fenómeno de la prescripción, para lo cual se hará alusión a lo resuelto por el Consejo de Estado³¹ al referirse a la prescripción en materia de sanción moratoria por pago extemporáneo de las cesantías, así:

"Prescripción de los salarios moratorios.

Como se señaló en forma previa los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación "cesantías".

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él: pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.(...) Siendo

³¹ Sentencia del 8 de Junio de 2017 M.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Exp. 27-001-23-33-000-2013-00179-1

312

así y como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

"Artículo 151.-Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."

La razón de aplicar esta disposición normativa y no el término prescriptivo consagrado en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, previamente citados, consiste en que tales decretos en forma expresa señalan que la prescripción allí establecida, se refiere a los derechos de que tratan las referidas normas, entre los cuales no figura la sanción moratoria, pues para la época de su expedición, la sanción aludida no hacía parte del ordenamiento legal, la que solo fue creada a partir de la consagración del régimen anualizado de las cesantías, en virtud de la Ley 50 de 1990"

Así entonces, la sanción moratoria es prescriptible en 3 años, por lo que para el caso concreto se debe tener en cuenta que el día **27 de julio de 2015** se originó para la demandante el derecho a la indemnización por el pago tardío de las cesantías, fecha en la cual empezó a correr el término de prescripción trienal. Que la parte demandante acreditó haber presentado reclamo escrito ante la autoridad competente el **23 de junio de 2017** (fls. 12-14), solicitando el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y se radicó la demanda el día **6 de octubre de 2017** (fl. 9-77), por lo que se observa que el fenómeno prescriptivo no afectó las sumas que por sanción moratoria sean causadas en el presente proceso, por lo que en tal sentido no prosperará la excepción propuesta por la parte demandada.

6. De la indexación.

Como se expuso en precedencia, la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado³² 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.³³, respecto de la actualización

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

³³ 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.

de la condena que se impone por concepto de sanción moratoria de conformidad con el IPC, a partir de la fecha en que dejó de causarse la mora- que para el caso en concreto correspondería al día **28 de septiembre de 2015** (fl. 200)- y hasta la fecha de la sentencia.

7. De las costas:

Conforme a lo indicado en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del C.P.A.C.A., si bien corresponde imponer condena en costas en contra de la parte vencida, el Despacho considera que teniendo en cuenta que recientemente se profirieron posturas de unificación tanto en la Corte Constitucional como en el Consejo de Estado, siendo a través de la Sentencia de Unificación SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018 que el Máximo Tribunal de los Contencioso Administrativo adoptó una postura de obligatorio acatamiento para asuntos como el de la presente *Litis*, no se impondrá condena en costas.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no configurada la excepción de "***falta de legitimación en la causa***", propuesta por la entidad demandada, conforme a las consideraciones contenidas en la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR no configurada la excepción de "***prescripción***" propuesta por la entidad demandada, en los términos antes expuestos.

TERCERO: INAPLICAR para el caso particular y concreto el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, de acuerdo a las motivaciones precedentes.

CUARTO: DECLARAR la nulidad del Oficio No. 20170170856191 de fecha 18 de julio de 2017 emitido por la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** por el cual niega el reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor de la señora **SONIA LÓPEZ LAITON identificada con cédula de ciudadanía 23.994.702 de Saboyá**, conforme a las motivaciones arriba expuestas.

QUINTO: 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** reconozca, liquide y pague a favor de la señora **SONIA LÓPEZ LAITON** identificada con cédula de ciudadanía

134
313

23.994.702 de Saboyá, la indemnización moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales razón de un día de salario por cada día de retardo cuya base será la asignación percibida para el momento en que se causó la mora (2015), que se generó entre el día **27 de julio de 2015** y el **25 de septiembre de 2015**, conforme la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO: El valor de la condena será indexado en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., desde el **28 de septiembre de 2015** hasta la fecha de esta sentencia.

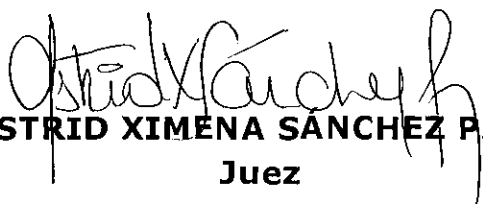
SÉPTIMO: Las anteriores sumas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de esta sentencia, tal como lo prevé el artículo 192 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: NO CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte demandada según lo antes expuesto.

NOVENO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 C.P.A.C.A), archívese el expediente dejando las anotaciones y constancias respectivas.

DÉCIMO: 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez

