



907

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 26 SEP 2019

DEMANDANTE: LAURA EMILY PARRA QUEMBA
DEMANDADO: NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICACION: 150013333014 2018-00054-00
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA:

La señora LAURA EMILY PARRA QUEMBA, por intermedio de apoderado judicial, acude a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, quien plantea que se acojan las siguientes:

1. PRETENSIONES (fl. 3):

- Declarar la existencia del silencio administrativo negativo, en relación con la solicitud radicada el 14 de septiembre de 2017, ante la Nación- Ministerio de Educación Nacional, donde la demandante solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, artículo 5, por el pago tardío de una cesantía parcial.
- Declarar que es Nulo el acto ficto o presunto, resultante del silencio administrativo negativo, respecto de la solicitud radicada ante la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día 14 de septiembre de 2017, que presuntamente negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria solicitada por el no pago oportuno de la cesantía parcial a la demandante.
- Declarar que la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional, y/o Fiduprevisora debe reconocer y pagar la indemnización moratoria por el pago tardío de la cesantía parcial que le fue reconocida con la Resolución N° 0624 del 19 de febrero de 2016 a LAURA EMILY PARRA QUEMBA, a razón de un día de salario por cada día de retardo, desde el 26 de noviembre de 2015 y hasta el 05 de abril de 2017 (fecha de pago de la prestación) equivalente a la suma de \$.27.430.455 valor que deberá indexarse para el día del pago, de conformidad con la ley 1071 de 2006 y demás normas concordantes.
- Ordenar a las entidades accionadas que den cumplimiento a lo dispuesto en el fallo dentro del término del artículo 192 del CPACA.
- Condenar a las demandadas a que sobre las sumas adeudadas a la actora, se incorporen los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor, o al por mayor, como lo autoriza el art 187 del CPACA.



- Condenar a las entidades demandadas al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a la señora LAURA EMILY PARRA QUEMBA, conforme a lo normado en el artículo 192 del CPACA.
- Condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

2. HECHOS (fls. 4):

- Mediante Petición radicada bajo el No. 2015-CES-040658 del 20 de agosto de 2015, ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Boyacá, la Señora LAURA EMILY PARRA QUEMBA, solicitó el reconocimiento y pago de la Cesantía Parcial.
- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá D.C., mediante Resolución No. 0624 del 19 de febrero de 2016, reconoció la Cesantía Parcial, por un valor de (\$12.843.040 m/l).
- Los sesenta (65) días para el reconocimiento y pago de la Cesantía Parcial, vencieron el 26 de noviembre de 2015, sin que para esa fecha se le hubiera pagado dicha prestación económica.
- El pago debería haberse realizado, a más tardar, el 26 de noviembre de 2015.
- El pago se realizó de manera tardía, por medio del Banco BBVA, el 05 de abril de 2017.
- El 14 de septiembre de 2017, se solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de Bogotá, el pago de la indemnización moratoria.
- Dicha Entidad, sin cumplir lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, artículos 44 y siguientes, relacionados con la notificación de los Actos Administrativos, informó que lo enviaba por competencia a Fiduprevisora, S. A., entidad que a la fecha no ha emitido respuesta de fondo.
- La Fiduciaria La Previsora, S.A., no es la Entidad competente para resolver dicha solicitud conforme a lo dispuesto por la ley. (Ley 115/94, art. 180 y Ley 962/2005, artículo 56 y Dec. 2831/2005)
- Se radicó solicitud de conciliación prejudicial, ante la Procuraduría, el día 26 de enero de 2018.
- El día 13 de abril de 2018, fue declarada fallida la audiencia de conciliación.
- Por demandarse un Acto Administrativo Ficto o Presunto, se puede hacer en cualquier tiempo.

3. NORMAS VIOLADAS:

La parte demandante considera que se han vulnerado los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política; la Ley 1071 de 2006.

Señala que la petición fue presentada ante la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que según la ley 115 de 1994 en su art 180, es la entidad que debe reconocer las prestaciones de los docentes. Esta función fue delegada por el Ministerio a los Secretarios de Educación de las entidades territoriales certificadas, según la ley 962 de 2005 y decreto 2831 de 2005. La entidad remite este tipo de solicitudes a Fiduprevisora S.A, alegando que dicha entidad es la que debe hacer el pago y por tanto resolver las solicitudes. Sin embargo no existe ninguna norma que indique dicha función.



Argumenta que el acto administrativo acusado, es ilegal por infracción manifiesta de la Constitución Política de Colombia, artículo 13, principio de igualdad; artículo 53; del principio de favorabilidad, de la Ley 244 de 1995, artículo 2 así como de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, y de manera especial viola lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006.

También señala el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, en sentencia del 12 de diciembre de 2002 del Dr JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, para concluir que debe aplicarse al caso bajo estudio contabilizando 60 días hábiles a partir de la fecha de presentación de la petición siempre que se cumplan las condiciones y se aporte la documentación requerida para acceder al pago.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

- **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (fls. 52 y ss):

Manifiesta que en virtud de la descentralización del sector educativo plasmado en la Constitución Política, desarrollado en la Ley 60 de 1993 y posteriormente la Ley 715 de 2001, mediante las cuales se traslada la facultad de administración de los recursos a las entidades del orden territorial, el Ministerio de Educación Nacional perdió la facultad de ente nominador en materia ejecutiva, siendo responsabilidad de los municipios, distritos y departamentos certificados, acorde a la Ley 115 de 1994 - Ley general de educación.

Agrega que mediante el Decreto 2831 de 2005, se trasladó la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes a las entidades territoriales, razón por la que la entidad de orden central, carece de competencia y legitimidad para realizar tales funciones.

Indica que de conformidad con lo establecido en la ley 60 de 1993 y ley 715 de 2011, mediante la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, patrimonio autónomo, sin Personería Jurídica, con independencia contable y financiera, cuyo órgano máximo de administración es el Consejo Directivo, quien determina las políticas de Administración y Dirección del mismo, establece prioridades de atención a las prestaciones a través de acuerdos, y asigna los recursos para el pago de las prestaciones sociales.

Señala que en el artículo 3 de la ley 91 de 1989, se faculta al Ministerio de Educación Nacional para celebrar un contrato de fiducia con una Sociedad de Economía Mixta, cuyo objeto es la administración del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual fue celebrado con Fiduciaria La Previsora S.A, contenido en la Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44, atribuyendo la calidad de administrador del patrimonio autónomo al Fiduciario, como principal responsable de garantizar totalmente la administración del patrimonio autónomo entregado por el fideicomitente.

Del mismo modo, cita los artículos 1226 y 1234 del Código de Comercio, señalando que entre los deberes indelegables del fiduciario está el de llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente.



Advierte que, de conformidad con lo expuesto por la Sala de Casación Civil, MP. Silvio Fernando Trejos, expediente 1909 respecto al patrimonio autónomo, se concluye que el Ministerio de Educación no administra el Fondo, pues quien lo administra es Fiduciaria la Previsora S.A, quien actúa, gestiona y defiende sus intereses y responde por los actos necesarios para el cumplimiento de los fines, traducidas en obligaciones que debe ejecutar para lograr de acuerdo a la ley de su constitución, el pago de las prestaciones sociales de los maestros afiliados al Fondo y por la prestación de los servicios de salud, mediante la gestión de sus recursos en cumplimiento al contrato de fiducia mercantil.

Señala que en lo que tiene que ver con la indexación de los valores e intereses que resultaren de la presunta sanción en caso de ser reconocida, concederlos equivaldría a condenar al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio al pago de una doble sanción: primero por actos que no ha realizado y segundo, porque la indexación de una sanción atenta contra el patrimonio estatal como lo señala la Corte Constitucional en Sentencia C-448 de 1996, MP. Alejandro Martínez Caballero. Indica que por las razones expuestas, no hay lugar al pago de la sanción por mora y tampoco es viable reconocer el pago de intereses o indexación de los mismos.

Argumenta que respecto a los docente nacionales y nacionalizados el procedimiento regulado por la ley 91 de 1989 y su decreto reglamentario 2831 de 2005, es un procedimiento especial aplicable al caso de las prestaciones sociales del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que mal podría aplicarse el régimen establecido en la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006, pues difiere del procedimiento especial de los docentes y menos aún hacer extensiva una sanción establecida en una norma especial que no la contempla, como sucede con la sanción moratoria por el supuesto no reconocimiento y pago oportuno del auxilio de las cesantías.

Añade que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por la sociedad de economía mixta Fiduciaria La Previsora S.A., de conformidad con el contrato que para tal efecto suscribió el Ministerio de Educación Nacional. Por lo tanto, aduce el apoderado de la entidad demandada, cualquier gasto que afecte el presupuesto de la Fiduciaria, debe contar con la respectiva apropiación presupuestal.

Señala que se opone a todas las pretensiones de la demanda. A la primera y segunda, por cuanto no se ha configurado acto administrativo ficto o presunto, por ende, no puede hablarse de un vicio que provoque su anulabilidad. A la tercera, dado que la ley 1071 de 2006, dado que no es aplicable al caso en concreto ya que los docentes gozan de legislación especial que prima ante la general en temas específicos de prestaciones sociales. A la cuarta, quinta y sexta, como quiera que son consecuencia de las anteriores pretensiones. A la séptima, puesto que, al no proceder el reconocimiento de lo pretendido, no tiene por qué proceder la condena en costas.

Y respecto de los hechos indica que del PRIMERO AL TERCERO, así como QUINTO, SEXTO, Y NOVENO AL DECIMO SEGUNDO son CIERTOS. Señala que el hecho CUARTO, no le consta y que el SEPTIMO Y OCTAVO no son hechos.

Finalmente propone las excepciones que denomina: **VINCULACIÓN DE LITISCONSORTE; FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA y PRESCRIPCIÓN.**



III. ACTUACION PROCESAL:

1. Audiencia Inicial:

La demanda de admitió por auto de fecha 16 de agosto de 2018 (fls.36-38); notificadas las partes¹ se corrió término común de 25 días (fl.49) y traslado de 30 días (fl.50), dejándose la constancia de reforma a la misma a folio 73; el traslado de excepciones tuvo lugar entre el 24 al 28 de enero de 2019 (fl.74); por auto del 14 de febrero de 2019, se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial (fls.76 y vto), la cual se llevó a cabo el día 24 de abril de 2019 (fls.88 a 91), desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A, culminando con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas.

2. Audiencia de Pruebas:

En fecha el 05 de junio de 2019 se realizó la audiencia de pruebas, audiencia en la cual no fue posible incorporar todas las pruebas decretadas, suspendiéndose la misma hasta tanto no se allegaran en su totalidad, una vez aportadas las pruebas faltantes, por auto del 26 de junio de 2019 (fl. 167) se fijó fecha para reanudar la audiencia de pruebas para el 31 de julio de 2019 (fl. 169 y vto); audiencia en la que se incorporaron las documentales arrimadas y sin más pruebas por practicar se dispuso que era innecesario fijar fecha para la celebración de audiencia de alegatos y juzgamiento, y se corrió traslado a las partes para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión².

IV. ALEGATOS:

- **Parte demandante:**

Guardo Silencio.

- **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fls. 185-187):**

Resalta la apoderada de la entidad demandada que se opone a que se ordene el pago de la sanción moratoria, argumentando que para el reconocimiento de las prestaciones sociales económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se tiene establecido un procedimiento administrativo especial contenido en las leyes 91 de 1989, 962 de 2005, así como el Decreto 2831 de 2005, que fue compilado por el Decreto 1075 de 2015, a favor de los educadores nacionales afiliados al mismo. Este régimen especial contempla términos específicos para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales y definitivas de los docentes, lo cual implica, la participación de las entidades territoriales - Secretarías de Educación Certificadas, al igual que de la Fiduprevisora S.A, como vocera y administradora del Fondo.

Descendiendo al caso concreto, señala que la secretaría de educación a la que se encuentra adscrita la docente, reconoció las cesantías solicitadas atendiendo al turno de radicación y disponibilidad

¹ Ver folios 42 y ss.

²Folios 184



presupuestal, respetando el derecho a la igualdad de todos los docentes afiliados al fondo; razón por la cual la entidad demandada se acoge al principio de legalidad del presupuesto y no desconoce los precedentes jurisprudenciales que en materia de sanción moratoria ha establecido el Consejo de Estado.

Por lo anterior, solicita se tenga en cuenta la interpretación dada por la Corte Constitucional sobre el respecto de los principios del presupuesto, los trámites y procedimientos internos para efectuar el pago de una condena, plasmados en la sentencia C-604 del 2012.

Por otro lado solicita se tenga en cuenta el régimen de las cesantías que rige la situación jurídica de la demandante en este caso, toda vez que con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 91 de 1989, para la liquidación de las cesantías que regía para los nacionales era el Decreto 1045 de 1978 y para los nacionalizados el Decreto 1160 de 1947, indicando que posteriormente se estableció para los docentes afiliados al FOMAG, que ostentaran las cualidades contempladas en el artículo 1 de la ley 91 de 1989, se seguirían reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la ley 43 de 1975; normatividad que regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales que se encuentran vinculados a la fecha de su promulgación.

Expone que en lo que atañe a las cesantías de los docentes nacionalizados, se conservó el sistema de retroactividad para los vinculados hasta **el 31 de diciembre de 1989**, de conformidad con la normativa vigente en la entidad territorial, y a los docentes nacionales **y a los vinculados a partir del 1º de enero de 1990**, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses. Resaltando que lo que tiene que ver con sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, se advierte que los trabajadores que no se hayan acogido de manera expresa y voluntaria al régimen de liquidación anual de cesantías, no tienen derecho al reconocimiento de la sanción por mora, toda vez que dicha penalización fue consagrada únicamente para el sistema de liquidación anual, de conformidad con la ley 244 de 1995. Citando la posición expuesta por el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia de fecha 29 de abril de 2019.

Finalmente solicita se de aplicación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a lo referido a la sanción moratoria, adicionalmente pone de presente que en los casos en que no se cumplen los pagos en tiempo que se debe demostrar que existe mala fe, caso que no aplica para las entidades del estado, por lo que solicita en caso de condena al momento de disponer de las mismas se analicen los aspectos señalados para exonerar en costas a la parte demandada.

- **Concepto MINISTERIO PUBLICO** (fls.188-198):

Expresa que conforme al artículo 2º de la Ley 244 de 1995, la sanción moratoria se concibe como una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, que pretende resarcir los eventuales daños que se pueden causar con el incumplimiento del pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantías.

Anota que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que la entidad cuenta en total con 65 días para adelantar la totalidad del procedimiento relacionado con el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, de manera que fenecido dicho término se genere como consecuencia para el moroso la cancelación a favor del servidor público de un día de salario por cada día de retardo.



Aclara que con la modificación introducida a partir de la entrada en vigencia del C.P.A.C.A., la firmeza del acto administrativo se da transcurridos los 10 días de que tratan los artículos 74, 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011, por lo que las peticiones radicadas con posterioridad al 12 de julio de 2012, deben contabilizarse no en el término de 65 días sino de 70 pues el término de ejecutoria del acto administrativo varió de 5 a 10 días, en la medida que se concede un plazo mayor para interponer el recurso de reposición.

En relación con el “reconocimiento de la sanción moratoria a favor de los docentes”, afirma que la prevista en el régimen general de los servidores públicos no es incompatible con el régimen especial de que gozan los docentes ni menoscaba sus privilegios, de modo que la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 no hacía distinciones entre sus destinatarios, ofreciéndose un trato idéntico a los servidores públicos, incluyendo a los educadores.

Más adelante señala que la última postura que se ajusta más al respeto y las garantías de los derechos de los trabajadores, en la medida en que no existe razón o justificación alguna para que el régimen especial de que gozan los docentes, desconozca esta prerrogativa con la que cuentan los demás trabajadores del Estado, posición jurisprudencial asumida por la Corte Constitucional en sentencia SU - 336 de 2017. Resalta la sentencia SUJ 012-S2 del 18 de julio de 2018, donde se unifica jurisprudencia sobre docentes oficiales. También trae a contexto la providencia del Tribunal Administrativo de Boyacá que 2017-00164, de fecha 29 de abril de 2019, para señalar que no se encuentra soporte o justificación para hacer distinción entre el régimen anualizado o retroactivo para aplicar la sanción moratoria de cara al derecho a la igualdad, así como se opone a las decisiones que sobre la materia a ha proferido la Corte Constitucional.

En cuanto a la legitimación en la causa alega que el llamado a responder en relación con sanciones moratorias por la no consignación oportuna de las cesantías, es el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO**, por tanto la falta de legitimación alegada no debe operar a su respecto.

Destaca que la demandante radicó la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías el 20 de agosto de 2015, de manera que la Administración tenía hasta el 01 de septiembre de 2015 para adelantar el trámite, pues en dicha fecha se vencían los 70 días a los que había aludido y como el pago se concretó tan sólo hasta el 03 de abril de 2017, se puso a disposición del docente el pago respectivo, la sanción moratoria cursaría desde el día hábil siguiente al vencimiento del plazo hasta el 03 de abril de 2017, día anterior a haberse puesto el pago a disposición de la interesada, contabilizando también el término de mora en días hábiles al momento de aplicar la sanción.

Respecto de la base salarial para calcular la sanción aclara que para el caso de las cesantías definitivas el salario a considerar será la asignación básica vigente al momento del retiro del servicio y para cesantías parciales se toma la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varía por la prolongación en el tiempo, dado que lo contrario atentaría contra el patrimonio estatal, solicitando para el caso se tome el salario básico que recibió la docente para diciembre de 2015, 2016 y hasta el 03 de abril de 2017, de conformidad con la certificación obrante a folios 23 a 25.



En lo atinente a la excepción de prescripción resalta que la misma no se encuentra configurada. Añade que no puede accederse a la pretensión de intereses moratorios sobre la suma pretendida toda vez que tanto la sanción como los intereses buscan sancionar o penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y compensar al trabajador por el retraso, así que no procede su aplicación simultánea para un mismo periodo pues se estaría configurando un doble pago y en lo relacionado con la indexación apunta que la misma sentencia de unificación es clara cuando señala que este ítem es improcedente.

Concluye que es procedente declarar no probada la excepción de *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"* en cuanto al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; declarar la existencia del silencio administrativo negativo respecto de la petición radicada bajo el No. 2017PQR44895 del 14 de septiembre de 2017 y la nulidad del acto ficto negativo producto de dicho silencio, para finalmente a título de restablecimiento del derecho ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006 en favor de la demandante, liquidada con el salario básico de los días hábiles transcurridos entre el día hábil siguiente al vencimiento del plazo y el día anterior a que el dinero fue puesto a disposición del docente para su retiro en el banco y negar las pretensiones en relación con la indexación e intereses moratorios.

V. ANALISIS PROBATORIO:

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

5.1 Pruebas Documentales:

- Copia de la cedula de ciudadanía de la señora LAURA EMILY PARRA QUEMBA (fl. 14)
- Copia de la Resolución No. 000624 del 19 de febrero de 2016, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para compra de vivienda, notificada el 11 de marzo de 2016 (fl. 15 a 17 y 102 a 103)
- Copia del recibo de caja expedido por el Banco BBVA por un valor de \$4.281.013, firmada por el señor Daniel Fernando Becerra, con fecha del 05 de abril de 2017 (fl. 18)
- Copia del Derecho de petición radicado ante la secretaría de educación de Boyacá, por medio del cual solicita el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la ley 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de la cesantías parciales, petición radicada el 14 de septiembre de 2017 (fl. 19 a 22)
- Copia del certificado de salarios y devengados de la señora LAURA EMILY PARRA QUEMBA, desde enero de 2015 a diciembre de 2016 (fl. 23 a 25) y de enero de 2017 a diciembre de 2017 (fl. 99-100)
- Certificación expedida por la Secretaría de Educación de Boyacá en la cual indica que revisada la hoja de vida de la docente, no se encontró ningún documento radicado que certifique la inversión realizada (fl. 101)
- Certificación expedida por el Banco BBVA, en la cual se informa que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó el pago de Cesantía a la docente LAURA EMILY PARRA QUEMBA, desde el 03 de abril de 2017 hasta el 03 de mayo de 2017 (fl. 104)



- Copia de los antecedentes administrativos de la Resolución No. 0624 del 19 de febrero de 2016 (fl. 125 a 165); dentro del cual se encuentra el certificado de matrícula inmobiliaria y el respectivo contrato de compraventa suscrito entre la demandante y los señores LAURA JHOANA, DANIEL FERNANDO y LINA MARCELA BECERRA PARRA.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

1. TESIS Y PROBLEMA JURIDICO:

De la interpretación de los actos procesales de introducción y contradicción, el Despacho concreta las tesis argumentativas del caso, desplegadas por las partes, para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente se formulará el problema jurídico y se anunciará la posición que asumirá la instancia así:

- **Tesis argumentativa de la parte demandante:**

Considera que la entidad demandada incurrió en mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales solicitadas el 20 de agosto de 2015, conforme a lo previsto en la Ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, razón por la que debe accederse a las pretensiones de la acción reconociendo un día de salario por cada día de retardo desde el 26 de noviembre de 2015 hasta el 05 de abril de 2017.

- **Tesis argumentativa de la parte demandada MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:**

Manifiesta que mediante el Decreto 2831 de 2005, se trasladó la función de reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los docentes a través de las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas y además que el procedimiento a aplicar en un caso como el examinado es el establecido en la Ley 91 de 1989 y su Decreto reglamentario 2381 de 2005, para docentes afiliados al Fondo, así que no hay lugar a aplicar una sanción que la norma especial no contempla, traduciéndose en una denegación de las pretensiones, porque debe tenerse en cuenta el trámite especial, que está sujeto al turno, y disponibilidad presupuestal.

- **Tesis argumentativa del Ministerio Público:**

Considera que no resulta procedente decretar como próspera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y que tampoco debe accederse a la pretensión de intereses moratorios sobre la suma a reconocer toda vez que se incurriría en una doble sanción; declarando la existencia del silencio administrativo negativo respecto de la petición radicada bajo el N° 2017PQR44895 del 14 de septiembre de 2017 y la nulidad del acto ficto negativo producto de dicho silencio, ordenando también el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006 en favor de la demandante.

- **Problema jurídico:**

⌋ En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos:



- i) *S Si hay lugar a la declaratoria de nulidad del acto ficto presunto negativo producto de la petición elevada ante las entidades accionadas el 14 de septiembre de 2017, mediante el cual se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el retardo en el pago de las cesantías parciales, y*
- ii) *En caso afirmativo establecer si la demandante en su calidad de docente, tiene derecho a que se le reconozca, liquide y pague la sanción moratoria por el no pago oportuno de sus cesantías parciales, de conformidad con la ley 244 de 1995, modificada por la ley 1071 de 2006,*
- iii) *Si tiene alguna incidencia en el caso concreto la orden señalada en el artículo 3 de la resolución N° 0624 del 19 de febrero de 2016.*

• **Tesis propuesta por el Despacho:**

El Despacho **declarará probadas de oficio** las excepciones denominadas “mala fe”, “enriquecimiento sin justa causa”, “cobro sin causa real para el mismo”, “fraude a la Ley” y “la mora del Uno, purga la mora del otro” y así mismo **declarará no probada** la excepción de “falta de legitimidad por pasiva” propuesta por el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

De igual forma, se **declarará que operó el silencio administrativo negativo** respecto de la solicitud radicada con el consecutivo No. 2017PQR44895 del 14 de noviembre de 2017, a través de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales, **negándose las demás pretensiones** de la acción al encontrarse probadas de oficio las excepciones anteriormente referidas, atendiendo a que la demandante no acreditó el cumplimiento de lo ordenado en el artículo TERCERO de la Resolución No. 000624 del 19 de febrero de 2016, mediante la cual se reconoció la cesantía parcial, esto es, la inversión del valor de sus cesantías reconocidas en el objeto invocado para tal fin, aportando el certificado de tradición del inmueble adquirido a su nombre.

2. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:

Previo a resolver de fondo sobre el caso concreto, y como quiera que los apoderados de la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO interpusieron dentro del término procesal oportuno excepciones, y que están pendientes por resolver, las cuales denominaron en su orden: *falta de legitimidad por pasiva y prescripción*. (NACION-MEN-FNPSM).

De igual modo en dicha oportunidad se dijo respecto de la excepción de “**Falta de legitimación por pasiva**”, que se resolvería en el fondo del asunto.

4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL:

Procede el Despacho a resolver el problema jurídico planteado en el caso, con el fin de definir si hay lugar a declarar la existencia del silencio administrativo negativo y la nulidad del acto administrativo



derivado de éste, que decidieron desfavorablemente la pretensión del accionante de reconocer y pagar la sanción moratoria a su favor, dado el pago tardío de las cesantías parciales.

Para el efecto, la demandante considera que tiene derecho a lo pedido en atención a que se encuentra probada la mora en que incurrieron las entidades accionadas y la sanción moratoria establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, resulta aplicable al caso del docente, de modo que a su juicio resulta viable acceder a las pretensiones consignadas en el escrito inicial.

Para resolver, el Despacho efectuará el siguiente análisis:

- 4.1 La sanción por mora de los servidores públicos.
- 4.2 La sanción moratoria a favor de los docentes.
- 4.3 De la sentencia de unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018, SUJ-012-S2.
- 4.4 Del silencio administrativo negativo.

Finalmente, se abordará el caso concreto.

4.1 LA SANCION POR MORA DE LOS SERVIDORES PUBLICOS:

El tema fue introducido a través de la **Ley 244 de 1995**, “*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*”, legislación que abordó la indemnización por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos, entendiéndose como una sanción a cargo del empleador moroso y en favor del trabajador, para aquellos casos de retiro de **cesantías definitivas**, 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.

Parágrafo.- En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciaro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”(Destaca el Despacho).

La Ley en comento fue **adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006**, entrando a regular también el pago de las cesantías **definitivas o parciales** a los servidores públicos, estableciendo sanciones y fijando términos para su cancelación, a su turno en sus artículos 2º y 5º, la norma en cita, especificó a quiénes se aplicaba y el tiempo con que se contaba la entidad para proceder a su cancelación, al siguiente detalle:

*“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 del Ahorro.*

(...)

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

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

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

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

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

De lo anterior se extrae que son destinatarios de la norma los servidores públicos, quienes cuentan con un amparo especial frente a los empleadores morosos de las cesantías ya sean parciales o definitivas y en ese sentido se precisa que la sanción de la que se habla corresponde a un día de salario por cada día de mora, sanción a cargo de la Administración, de modo que los plazos refieren a 15 días hábiles luego de la presentación de la solicitud para expedir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación,



cinco para que cobre ejecutoria y agotado este término, cuarenta y cinco días para pagar, para un total de sesenta y cinco días hábiles para agotar todo el procedimiento.

4.2 DE LA SANCION MORATORIA A FAVOR DE LOS DOCENTES:

Respecto a los destinatarios de la Ley 244 de 1995, la acepción servidores públicos, se generó un debate para clarificar si los docentes eran o no sujeto de la misma, independientemente de su consideración como servidores, de manera que la Corte Constitucional viendo la necesidad de pronunciarse sobre el tema señaló específicamente en la sentencia SU 336 del 18 de mayo de 2017, que en principio no era posible concluir que los docentes pudieran ser beneficiarios de la citada norma, pero entendiendo que ostentaban la calidad de empleados públicos, no obstante estar cobijados por la Ley 91 de 1989 “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, como específica en lo relacionado con las cesantías del sector educador, tema abordado en el artículo 15 de la norma en comento.

En el mismo pronunciamiento jurisprudencial, la Corte Constitucional precisó que si bien los docentes oficiales “*no están expresamente rotulados dentro de ninguna de estas categorías de los servidores públicos, el Estatuto Docente vigente al momento de expedirse la actual Constitución los definió como empleados oficiales de régimen especial, mientras que la primera Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos y la Ley General de Educación, expedidas con posterioridad a ella, de manera coincidente los denominaron servidores públicos de régimen especial, definiciones que pueden ser asumidas como de contenido equivalente. Así mismo, debe decirse que existen importantes semejanzas, incluso identidades, entre las características usualmente atribuidas a la figura de los empleados públicos y las que son propias del trabajo de los docentes oficiales, por lo que en tanto los docentes oficiales no han sido ni podrían ser ubicados como parte de ninguna de las otras especies, han de ser considerados empleados públicos. Por ello, cuando el artículo 19 de la Ley 91 de 1989 establece que el pago de cesantías de los docentes oficiales estará regulado por la normatividad vigente, debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, sobre el pago de cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos.*”

En efecto al contextualizar la problemática estudiada, de entrada se concluía que la Ley 91 de 1989, no establecía ninguna sanción por mora para el sector docente ante el retardo en el pago de la citada prestación, vislumbrándose que esa distinción contrariaba el derecho a la igualdad estipulado en el artículo 13 Superior, toda vez que la tardanza en el pago conllevaba a la afectación de garantías fundamentales por ser el auxilio de cesantías un derecho irrenunciable del trabajador al punto de llegar a trasgredir el fin para el que fue establecido, concluyéndose que dada la naturaleza de la acreencia, nada impedía que a los docentes oficiales se les aplicare lo que al respecto contemplaba la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, lo que traducía en la posibilidad de acceder al reconocimiento de la sanción moratoria allí contenida, en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, dando aplicación al criterio de la condición que resultara más beneficiosa al trabajador, considerándose adecuada la referida aplicación normativa al sector docente y atendiendo los postulados constitucionales por las siguientes razones:

“(i) El pago oportuno de las cesantías garantiza el reconocimiento efectivo de los derechos al trabajo y a la seguridad social, y desarrolla la finalidad constitucional por la cual fue establecida esa prestación social bajo el principio de integralidad. De igual forma, se acompasa

con lo establecido en los diferentes tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

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

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

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

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

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

Sobre esta base, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en aquella oportunidad, unificó jurisprudencia en el sentido de señalar que al evaluar un caso concreto y verificar el cumplimiento de los requisitos legales, los docentes oficiales tendrían derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, por cuanto:

“(i) Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro - en el caso del pago parcial de cesantías -, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.

(ii) Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989.



(iii) Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.

(iv) 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.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución. (...)” (Destaca la instancia).

Conteste con lo anterior, la misma Corporación recopiló estos criterios en la SU 098 del 17 de octubre de 2018, con ponencia de la Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, complementando el estudio frente a los docentes con régimen de cesantías anualizadas.

Con todo, en observancia de los artículos 13 y 53 de la Constitución Política y al no contar con norma especial destinada a regular la sanción por mora en el pago de las cesantías del sector docente oficial, debe interpretarse que la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006 los cobija, pues pueden ser catalogados como servidores públicos bajo las premisas jurisprudenciales trascritas.

4.3 DE LA SENTENCIA DE UNIFICACION POR IMPORTANCIA JURIDICA CE-SUJ-SII-012-2018, SUJ-012-S2:

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la sentencia de unificación referenciada de fecha 18 de julio de 2018, señaló que el artículo 123 Superior, consideró que dentro de la categoría de servidores públicos se encontraban quienes prestaran sus servicios a la comunidad, comprendiendo también a los docentes oficiales dada la calidad de la educación como servicio esencial a cargo del Estado, aunado a que quienes ejercen tal actividad se debían ajustar a las normas de carrera administrativa establecidas específicamente en el Decreto 1278 de 2002, “*Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente*”, derivándose de ello una relación legal y reglamentaria, de manera que se determinó: “...la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995³ y 1071 de 2006⁴, que contemplan la sanción por mora

³ «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.»

⁴ «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.»

en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.”

Consecuencia de lo anterior, al efectuar el estudio acerca de la hipótesis de falta de pronunciamiento o pronunciamiento tardío en relación con la solicitud de reconocimiento de las cesantías por parte de los docentes oficiales, el órgano de cierre fijó como regla jurisprudencial que: “...**en el evento en que la administración no resuelva la solicitud de la prestación social -cesantías parciales o definitivas- o lo haga de manera tardía, el término para el cómputo de la sanción moratoria iniciará a partir de la radicación de la petición correspondiente, de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 1071/2006⁵), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011⁶) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984, artículo 51⁷], 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 2006⁸.**” (Negrilla fuera del texto).

Para comprender los términos, la Corporación elaboró el cuadro resumen de todas las hipótesis probables, así:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	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

⁵ «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.»

⁶ «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.»

⁷ «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.»

⁸ «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 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 ⁹	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

Así mismo, la máxima Corporación no fue ajena a detallar la normatividad que aborda el reconocimiento y pago de las cesantías para el sector docente, de modo que en primer lugar encontramos que la **Ley 962 de 2005** “*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 públicos*”, que en su **artículo 56, reglamentado por el Decreto Nacional 2831 de 2005**, estableció:

“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

⁹ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA 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.



En efecto la reglamentación de la materia, fue consignada en el capítulo 2 que aborda el trámite para el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

“Artículo 2°. Radicación de solicitudes. *Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

La sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, implementará un sistema de radicación único, que registre las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en forma simultánea en la respectiva entidad territorial certificada y en la sociedad fiduciaria y que permita a los solicitantes conocer electrónicamente el estado de su trámite.

Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. *De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

- 1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
- 2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
- 3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*
- 4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.*



5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.

Parágrafo 1°: Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2°: Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4°. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5°. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.”

Estos aspectos fueron sintetizados por el Consejo de Estado, así:

	Trámite	Entidad encargada	Término
1	Radicación de la petición de cesantías parciales o definitivas	Secretaría de educación de la entidad territorial certificada a la que se encuentre vinculado el docente.	
2	Elaboración del proyecto de acto administrativo y remisión a la sociedad fiduciaria	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación de la petición



3	Aprobación o razones para improbarla	Sociedad fiduciaria	Dentro de los 15 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución
4	Suscribir la resolución y efectuar la notificación	Secretario de educación territorial	Dentro del término previsto en la ley
5	Remisión a la sociedad fiduciaria de la copia de los actos administrativos de reconocimiento, junto con la constancia de ejecutoria.	Secretaría de educación territorial	Dentro de los 3 días siguientes a la firmeza del acto administrativo

Lo anterior conlleva a que en este punto de la discusión, a concluir que la norma trascrita se infiere con total claridad que el pago de las cesantías no es competencia de la Entidad Territorial, como sí lo es del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a través de la entidad pagadora FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., debiendo denegarse la excepción propuesta por el FONPREMAG denominada “*Falta de legitimidad por pasiva*”.

Prosiguiendo, al realizar la unificación que se analiza, se estimó también que dado que el Decreto 2831 de 2005, no precisaba los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, debía atenderse lo dispuesto en la Ley 1071 de 2006, para tal efecto, así que acogiendo la «*excepción de ilegalidad*», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, la Sala procedió a **inaplicar** el citado Decreto al momento de proceder con la unificación.

Ahora bien, se determinó que en relación con el **salario base de liquidación para la sanción moratoria “por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales”¹⁰ será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago...**”, siendo este el caso a tratar pues estamos hablando de cesantías parciales, destinadas a arreglo de vivienda.

En seguida, al abordar la temática referida a la **indexación** de la sanción moratoria, el Consejo de Estado recordó que dicho concepto tiene unos rasgos característicos a saber:

1. Es un proceso objetivo al que se le aplican índices de público conocimiento, como el IPC.
2. Es un proceso que garantiza la efectividad del derecho sustantivo.
3. Permite que el pago de una obligación sea total y no parcial por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el tiempo.
4. Desarrolla la justicia y la equidad
5. Cuando se indexa una suma de dinero causada no se condena en el presente a un mayor valor, sino exactamente al mismo valor pasado pero en términos actuales.

¹⁰ En los eventos consagrados en el artículo 3º de la Ley 1071 de 2006, esto es:

«Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2º de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.»



6. Apunta al mantenimiento de la capacidad de adquisición de bienes y servicios proyectada en el tiempo, y por tanto, tiene relación indiscutible con las prestaciones periódicas.
7. Versa sobre derechos patrimoniales.”

Así las cosas, se advirtió que resultaban improcedentes los ajustes a valor presente de la sanción moratoria, pues ésta en últimas era una severa sanción que superaba el reajuste monetario y se incurriría de acceder, en un doble castigo, lo cual sería incorrecto pues la sanción en sí no gozaba del carácter de derecho laboral ni se dirigía a cubrir algún tipo de contingencia de esta naturaleza, sino que se consideraba como una penalidad económica frente al empleador negligente.

Concluye la decisión de unificación, con las siguientes precisiones:

“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹¹ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

¹¹ Artículos 68 y 69 CPACA.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.”

4.4 DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO:

El artículo 83 del C.P.A.C.A, enseña como regla general que transcurridos 3 meses a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa, no obstante la ocurrencia de esta figura, no exime a la autoridad de resolver la petición inicial, excepto en los casos en que se haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda.

En todo caso, lo anterior da lugar a una ficción que puede ser controvertida en instancia judicial pues así lo permite el artículo 138 *ibidem* cuando señala que se puede demandar la nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho frente a actos administrativos presuntos, pues la falta de respuesta al administrado no puede truncar la posibilidad de acceso a la Administración de Justicia como derecho fundamental y se constituye en una sanción a una entidad negligente, garantizando la posibilidad de demandar la decisión definitiva.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado:

(...) el silencio administrativo negativo es una figura creada por el Legislador para los casos en que el administrado no ha recibido respuesta de la administración frente a un requerimiento específico. Dicha figura consiste en que el administrado ha de asumir que el requerimiento elevado ante la autoridad debe entenderse negado, una vez agotado el plazo para su respectiva respuesta. Al respecto, esta Corporación ha dicho:

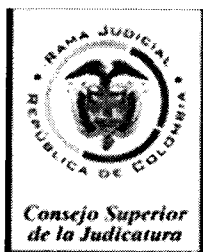
*“La regla general en nuestro ordenamiento ha sido que agotados los plazos que tiene la administración para dar respuesta a un requerimiento de carácter general o individual sin que aquella se produzca, ha de entenderse negado el requerimiento. Esta figura ha sido denominada silencio administrativo negativo y consiste en una **ficción** para que vencidos los plazos de ley sin una respuesta por parte de la administración, se genere un acto ficto por medio del cual se niega la solicitud elevada, acto que el administrado puede recurrir ante la misma administración o la jurisdicción.”*¹² (Negrilla y subraya fuera del texto original de la sentencia).

Así las cosas, resulta procedente que la jurisdicción declare la existencia de un acto ficto o presunto como consecuencia de la omisión de la Administración de dar una respuesta oportuna y en el caso puntual de las peticiones en general, puede accionarse luego de transcurridos 3 meses desde la radicación de la solicitud.

5. CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que la demanda presentada por la parte accionante está encaminada a que se declare la nulidad del acto ficto negativo producto de la falta de respuesta de la

¹² T 527 de 2015, MP Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.



SECRETARIA DE EDUCACION DE BOYACA al requerimiento número 2017PQR44895 del 14 de septiembre de 2017, por medio del cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006; así mismo a título de restablecimiento del derecho se pretende que se ordene el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en las aludidas normas liquidando y cancelando sobre la misma los intereses moratorios correspondientes y hasta que se haga efectivo el pago de la sanción, así como las costas procesales.

Para el efecto, manifiesta que el acto acusado viola la Constitución y la Ley, pues a su juicio se está desconociendo que se efectuó una petición sobre la cual las entidades demandadas incurrieron en mora de reconocer las cesantías parciales a favor del docente accionante, lo que da derecho al reconocimiento de la sanción establecida en la ley 1071 de 2006.

Por su parte la entidad demandada NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, señala que a los docentes no les resulta aplicable la Ley 244 de 1995, ni las modificaciones que ésta ha sufrido sino que el régimen para ellos es el contenido en la Ley 91 de 1989, norma que no contempla la sanción moratoria para el pago de cesantías, lo que daría lugar a la denegación de las pretensiones.

Así, de lo probado en el expediente se pudo establecer respecto la señora **LAURA EMILY PARRA QUEMBA** y respecto del caso que nos ocupa, que:

- La demandante presentó solicitud de pago de cesantía parcial el **20 de agosto de 2015**, aportando los documentos respectivos, tal y como se señala en la parte considerativa de la Resolución No. 000624 del 19 de febrero de 2016 (fl.15 y ss), así como se extrae del expediente administrativo aportado por la entidad visible a folios 125 a 165.
- Por medio de la **Resolución No. 000624** del 19 de febrero de 2016, por medio de la cual se reconoce una CESANTIA PARCIAL PARA COMPRAR DE VIVIENDA, a favor de la señora LAURA EMILY PARRA QUEMBA, con su constancia de ejecutoria. (teniendo en cuenta que había prestado sus servicios como docente de la Secretaría de Educación de Boyacá desde el 01 de enero de 2006, y así mismo se incluyó en el artículo *TERCERO* de la parte resolutive que el beneficiario del reconocimiento, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de pago, debía demostrar ante la Secretaría de Educación de Boyacá la inversión de la cesantía, mediante certificado de libertad y tradición relacionado con la titularidad del bien adquirido (fl. 15 a 17 y 159 a 161),
- La **Resolución No. 000624** del 19 de febrero de 2016, fue notificada de manera personal el 11 de marzo de 2016 (fl. 17).
- El **05 de abril de 2017**, el Banco BBVA pagó a favor del señor Daniel Fernando Becerra la suma de **\$4.281.013**, dinero que fue girado en la misma fecha y se puso a disposición de la demandante desde el **03 de abril de 2017** (fl. 104).
- El **14 de septiembre de 2017**, la demandante mediante apoderado judicial solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria ante la Secretaría de Educación de Boyacá (fls. 19 y ss), petición que según la parte actora no fue respondida.



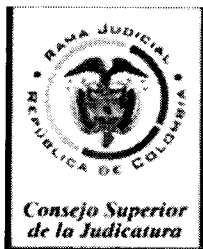
En este punto, debe recordarse que conforme a las reglas jurisprudenciales y de unificación relacionadas en precedencia, se encuentra que los docentes son sujetos del régimen general de los empleados públicos, lo que los hace beneficiarios de la sanción moratoria contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en tanto la normatividad especial que los regula sólo previó el trámite administrativo que se debe agotar pero, haciendo uso de la condición más beneficiosa, la prerrogativa del reconocimiento de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, también les es plenamente aplicable.

En suma, resulta oportuno comprobar si para el caso *sub examine*, se cumplieron los presupuestos legales y jurisprudenciales que permitan concluir al Despacho si se encuentra o no configurada la procedencia de ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, una vez examinado y relacionado el material probatorio arrimado.

Obsérvese entonces que la SECRETARIA DE EDUCACION DE BOYACA, contaba con el plazo establecido en el artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, para expedir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales a favor de la docente **LAURA EMILY PARRA QUEMBA**, es decir, que como la petición en tal sentido se elevó el **20 de agosto de 2015** (fl.139), el referido término fenecía el **10 de septiembre de 2015**, no obstante, la Resolución en la que se reconoció la citada prestación, esto es, la 000624 Se emitió el **19 de febrero de 2016** y se notificó de manera personal el **11 de marzo de 2016**, es decir que tanto su expedición como notificación excedieron los terminos del plazo establecido por la Ley en cita.

Así las cosas, en el caso bajo estudio, se considera que el acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales a favor de la actora, fue expedido de manera extemporánea, lo que conlleva a que la sanción moratoria sea exigible hasta **70 días después de radicada la solicitud, discriminados así: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago**, detallados de la siguiente manera:

Término	Fecha	Caso concreto
Fecha de la reclamación de las cesantías	20 de agosto de 2015	
Vencimiento del término para el reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	10 de septiembre de 2015	Fecha de reconocimiento: 19 de febrero de 2016
Vencimiento del término de ejecutoria - 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	24 de septiembre de 2015	Fecha puesta a disposición de la demandante: 03 de abril de 2017
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	01 de diciembre de 2015	Fecha de pago: 05 de abril de 2017
		Período de mora: desde el 02 de diciembre de 2015 al 03 de abril de 2017



En este estado de la discusión, vale aclarar que cuando la Ley habla de días, debe entenderse que estos son hábiles, atendiendo lo establecido en el artículo 62 del Código de Régimen Político Municipal, que a la letra dice:

“ARTICULO 62. En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.”

Consecuencia de lo anterior, se causó un periodo de mora desde el **02 de diciembre de 2015 al 03 de abril de 2017**, día anterior a haberse puesto a disposición de la señora LAURA EMILY PARRA QUEMBA el dinero a consecuencia de su solicitud de cesantía parcial, determinándose que los días de retardo deben ser calculados solamente contando los días hábiles, arrojando un total de **329 días** de mora, tomando como base salarial, **“por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías parciales¹³ será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago**, esto es, la devengada en el año 2015.

- **De la inversión de las cesantías parciales en el objeto legal:**

No obstante lo anterior, el Despacho advierte una serie de situaciones que no son de recibo desde el punto de vista jurídico y legal para decidir de manera favorable a las pretensiones de la demanda, **en lo relacionado con el restablecimiento del derecho**, esto es, la condena al reconocimiento y pago de la sanción moratoria sobre las cesantías. Las situaciones o aspectos a que se alude no fueron objeto de estudio en la sentencia de unificación jurisprudencial, de manera que se estaría en presencia de un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante en caso de acceder a lo pedido y ello se deriva primigeniamente del hecho que la parte actora se sustrajo injustificadamente de su obligación de probar de manera fehaciente la inversión final pretendida con el pago parcial de su prestación social.

Así las cosas, resulta ineludible determinar si frente a la situación fáctica de la demandante, le es dable el reconocimiento de la sanción moratoria que pretende por el pago tardío de las cesantías parciales, cuando quedó probado dentro del plenario, que no cumplió con su obligación de demostrar que efectuó la inversión de las cesantías parciales **en el objeto legal**, que le permitió acceder de manera anticipada a ellas, tema que a juicio de la instancia es inescindible en el **proceso declarativo** que se analiza, para la solución justa del caso sometido a examen jurídico.

El Despacho considera en este punto pertinente recordar la esencia del origen de las cesantías que apunta a determinar que se trata de aquellos recursos con que cuenta el trabajador para cuando quede cesante, es decir, **la regla general es que no se pueden hacer pagos de cesantía antes de la terminación de la relación laboral; no obstante, la misma Ley¹⁴ estableció unas muy concretas causales de excepción**

¹³ En los eventos consagrados en el artículo 3° de la Ley 1071 de 2006, esto es:

«Retiro parcial de cesantías. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2° de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.»

¹⁴ Decreto 2076/67, art. 2° autoriza el pago parcial de cesantías para: adquisición, construcción, mejoras o liberación de bienes raíces destinados a vivienda del trabajador. En su momento el patrono tenía que solicitar permiso a Mintrabajo para efectuar el pago parcial, requisito que está consagrado también en el No. 3 del art. 256 del C.S.T con posterioridad la ley 1429 de 2010



para poder hacer un pago anticipado de cesantías, que grosso modo son para contingencias relacionadas con vivienda y educación; de manera que sólo con esos exclusivos fines la regla general no se aplica, y se permiten las excepciones previstas en la ley, siempre que su destinación sea específica y en los temas relacionados.

Como se puede advertir, la legalidad reglamentó las causales para poder tener derecho a solicitar pago parcial o anticipado de cesantías, porque de lo contrario no es posible autorizarlas, previo el cumplimiento de unos requisitos según la causal, luego se autorizaba el pago, pero con posterioridad se estaba obligado a demostrar el cumplimiento del *fin real para el cual se habían solicitado*, y esto es así en tanto en la misma Resolución de reconocimiento de la citada prestación esta condición se fijó de manera expresa como puede verificarse en el *sub examine*, pues allí radicaría precisamente la fortaleza de las pretensiones de la acción.

Fijese que esto no puede ser de otro modo, pues de lo contrario se estaría permitiendo el *fraude a la ley*, el *abuso del propio derecho*, *actuación de mala fe*, y un consecuente *enriquecimiento sin causa*, ya que no puede olvidarse que al empleador estatal no solo le asiste el derecho a defender el patrimonio público, sino que correlativamente tienen el deber legal de hacerlo para garantizar la moralidad administrativa.

Pues bien, en el *sub-lite*, se ha probado, que el pago de la cesantía se hizo por fuera del término legal lo que en principio conllevaría al reconocimiento de la sanción pretendida, pero correlativamente quedó igualmente probado que la actora, no utilizó dicho pago en la causa que autorizaba la solicitud, es decir, no existe una causa real, que autorice ser acreedora a la sanción moratoria reclamada, porque los dineros anticipados de la cesantía parcial, no fueron aplicados al fin para el que fueron autorizados. Aquí cabe predicar aquel aforismo jurídico que enseña “*la mora del uno purga la mora del otro*”.

Pero el asunto reviste mucha mayor trascendencia, cuando lo que está de por medio, es el erario público, el detrimento del mismo, por el pago de algo que no se aviene a una causa legal, o más exactamente que se pretende obtener, burlando la causa legal que lo permite.

En efecto, la Ley estableció el derecho a poder solicitar el reconocimiento y pago de una cesantía parcial incluyendo a los docentes regidos por el régimen anualizado y retroactivo, quienes gozan de un privilegio dado que la manera como se tasa la citada prestación es sobre el último salario devengado al momento de la solicitud, estableciendo legalmente unos supuestos para poder acceder a ella con los soportes requeridos y la demostración de la inversión para el caso de destinarlas a compra o arreglo de vivienda y aunque la **sentencia de unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018, SUJ-012-S2**, no dijo nada sobre el particular, lo cierto es que el FONPREMAG en la Resolución de reconocimiento, esto es la No. 00624 del 19 de febrero de 2016, en su artículo *TERCERO*, estableció un condicionante para efectos de considerar la mora reclamada al indicar de manera expresa “**La beneficiaria del presente reconocimiento, dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de pago debe demostrar ante el secretario de educación del Departamento de Boyacá, la inversión de la cesantía**” (fls.16), lo que forzaba a la interesada a una demostración obligatoria de la inversión realizada concordante con la

elimino ese requisito en su Art 21. , igualmente la ley 50 de 1990, en su art. 102 Núm. 1, había previsto el pago parcial para matriculas de educación superior; y la ley 1064 de 2006 había autorizado en su art. 4 para matriculas en instituciones y programas técnicos conducentes a certificados de aptitud ocupacional debidamente acreditados.



petición, pues nótese que al momento de pedir las como se desprende del contenido de la Resolución No. 000624, así como del expediente administrativo se aportó fotocopia del contrato suscrito por la docente para la compra de un lote de vivienda, así como el certificado de libertad y tradición de dicho inmueble de fecha 10 de agosto de 2015 (fl. 15 y 159 a 161).

Adicionalmente en audiencia inicial (fl. 88-91) como prueba de oficio se decretó la tendiente a que la **SECRETARIA DE EDUCACION DE BOYACA** certificara *“si la señora LAURA EMILY PARRA QUEMBA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.036.359 dio cumplimiento a lo ordenado en el numeral TERCERO de la Resolución No. 000624 del 19 de febrero de 2016, esto es si demostró ante la Secretaria de Educación de Boyacá la Inversión motivo del pago de la Cesantía parcial, dentro del término establecido en el referido artículo”*.

En este punto cabe destacar que la parte demandante no se pronunció frente a la prueba solicitada, ni con posterioridad a los requerimientos efectuados por el despacho, es decir, no mostró interés alguno de su parte en acreditar lo que pidió el Despacho, así fuera de manera informal, para subsanar la falencia de haber descartado su obligación de probar la inversión realizada como lo rezaba el artículo *TERCERO* de la Resolución de Reconocimiento de la cesantía parcial a su favor, lo que permite afirmar al Despacho que simplemente no podía probar dicha inversión por cuanto de lo contrario se hubiese preocupado por acreditarlo en debida forma, situación corroborada por la instancia cuando la Secretaria de Educación de Boyacá indica que revisada la hoja de vida de la demandante *“no se encontró ningún documento radicado que certifique la inversión realizada, según resolución N° 0624 del 19 de febrero de 2016”* (fl. 101), es decir, *aportando el certificado de tradición del inmueble adquirido a su nombre*.

De lo anterior entonces surgen muchos interrogantes, que alertan al Despacho¹⁵ respecto a ordenar el reconocimiento y pago de una sanción moratoria, relativos al injusto que supondría, a sabiendas que los dineros solicitados como pago de cesantías parciales, para destinarlos a una causa que autoriza la ley, se soslaya, y no se cumple, tales como:

1. *¿Puede el Juez, constatando fraude a la ley, abuso del derecho y actuación de mala fe, hacer caso omiso de esas vulneraciones, y reconocer lisa y lironadamente un derecho, así de cuestionado?*
2. *¿Si el derecho implica una pretensión de corrección, como argumentación práctica, de razones sustantivas, existen razones de corrección y dentro de ellas la de haber actuado de buena fe; si no soy leal a ese postulado, puedo reclamar sanción moratoria, desconociendo esos principios?*
3. *¿Existe enriquecimiento sin causa¹⁶, frente al pago de sanción moratoria, por el pago tardío de la cesantía parcial, cuando no existe una obligación que tenga una causa real, en virtud a que el objeto para el cual se solicitaron no se cumplió?*

¹⁵ El Juez del Estado social de derecho no puede seguir considerándose como la Boca que pronuncia la Ley. El Juez de legalidad debe ser un Juez compatible con el Juez de constitucionalidad..

El C.E sent.de 23 de mayo/02, Exp No. 4798-01. Actor Alberto Nery Ríos Zuleta; Ddo Sena. Cp. Alejandro Ordoñez Maldonado.. “...súmmum jus summa injuria”, que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerarse como un autómatas o esclavo de la norma escrita, por ley, debe entenderse al ordenamiento jurídico como un todo. Incluso en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley, para no proferir decisiones que contrarían el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento constitucional”.

El papel del Juez en el proceso oral, no es el de un espectador de la contienda, sino el de abordarla en detalle, de manera que le sea fácil construir la certeza requerida para dirimir la controversia (C.S.J, SENT. 12 DE Enero de 2018. No. Rad.11001-31-03-027-2010-00578-01)

¹⁶ Arts 1524, 1747, 2129, 2243, 2309, y 2343 C.C.

4. *¿Se puede desconocer el sentido claro de la Ley, que sólo autoriza el pago de cesantías parciales para unas precisas y determinadas circunstancias y luego el beneficiario, plata en mano, poder defraudar la Ley y emplearlas para lo que le venga en gracia, sin consecuencias legales?*
5. *¿Puedo defraudar la ley, en el sentido de burlarla, y abusando de mi propio derecho, luego reclamar sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, sin importar que el peticionario haya burlado la ley?*
6. *¿Cómo quiera que es mi plata, puedo indicar el motivo legal que la autoriza y posteriormente no cumplirlo y no pasar nada?*

La respuesta a estas preguntas, es un **no** rotundo, porque estaría basado en conductas claramente ajenas a los deberes que obligan a todo ciudadano previstos en el art. 95-1 y 7 de la Carta Política, que nos insta a “Respetar los derechos ajenos y a no abusar de los propios” y “Colaborar para el buen funcionamiento de la justicia”; del artículo 83 de la Carta, que nos impele a que “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellas adelanten ante estas”.

Finalmente también tendríamos que preguntarnos:

¿Si el estado es moroso en pagar la cesantía parcial y el peticionario es moroso en emplearla legalmente en el fin para el que la solicitó, no hay concurrencia de culpas y por ende no hay derecho a la sanción moratoria?

Qué causa “real”, tendría el pago de una sanción moratoria, que al final, se basa en un engaño, en una mentira, en una práctica perversa en la que se ha convertido el pago de cesantías parciales, como una de esas mañas “relajadas” en que se ha transformado la posibilidad que el trabajador se beneficie por anticipado en sus calidad de vida y ascenso intelectual, con el fin torvo de utilizarlas en otros menesteres ajenos a la ley para ser posible dicho pago, a juicio del Despacho, la formalidad debe ceder ante el derecho sustancial (art. 228 C.P), y la justicia material tiene que imperar en el Estado Social de derecho, ante lo inicuo, ya que el derecho no puede ser estructuralmente injusto.

Cabe destacar que desde ningún punto de vista, con los argumentos expuestos, se pretende desconocer lo planteado en la **sentencia de unificación por importancia jurídica CE-SUJ-SII-012-2018, SUJ-012-S2**, pues resulta diáfano que se trata de un pronunciamiento bastante acertado y preciso que abordó lo relacionado con la **naturaleza del empleo del docente del sector oficial, el servicio público esencial de la educación a la comunidad, los docentes oficiales dentro de la estructura orgánica del Estado, forma de vinculación, ascenso y retiro en la carrera docente; exigibilidad de la sanción moratoria: Hipótesis de falta de pronunciamiento, o pronunciamiento tardío, Hipótesis de acto escrito que reconoce la cesantía, existencia de normas reglamentarias que regulan el reconocimiento de la cesantía en el sector docente, Salario base de liquidación de la sanción moratoria, la indexación de la sanción moratoria**, dictando adicionalmente las siguientes reglas jurisprudenciales:



“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹⁷ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.”

Obsérvese que conforme a lo anterior, la sentencia de unificación en cita, no se ocupó de analizar específicamente el tema referido a la condición contenida en la Resolución de reconocimiento y relacionada con el deber de demostración de la inversión, particularmente el expuesto en el caso bajo examen donde se especificó que el destino de las cesantías sería la compra de vivienda; es decir, estamos en presencia de **cosa juzgada inexistente** frente a este tópico, no obstante reconocer en su parte motiva la necesidad de atacar la corrupción que se viene presentando por la falta de unos términos precisos en el trámite para el pago de cesantías parciales, para coimas y mordidas por ese carrusel entre servidores públicos e interesados; pero en iguales condiciones se presenta desde el otro ángulo, cuando los interesados, abusando de su derecho a reclamar pagos parciales, soslayan la ley y no destinan los

¹⁷ Artículos 68 y 69 CPACA.



recursos al efecto que la ley autoriza, y adicional, encuentran que anejo, pueden reclamar sanción moratoria por el retardo en su pago (derecho formal), cerrando ese círculo perverso, que vulnera a no dudarlo, el tesoro público.

Se reitera entonces que en el caso de FONPREMAG, en la resolución de reconocimiento de cesantía parcial, como respuesta a la petición sustentada del docente, indica que el peticionario **debe** demostrar a la entidad dentro de los tres (3) meses siguientes al pago, la inversión del valor de sus cesantías en el objeto invocado para tal fin; que como hemos dejado claro, no cumplió la demandante señora **LAURA EMILY PARRA QUEMBA**, por lo cual mal haría el Despacho en condenar al Estado cuando se ha demostrado que de acceder a lo pedido se estaría consintiendo el obrar de mala fe, con abuso del derecho y facilitando un enriquecimiento sin causa, un cobro sin causa real para el mismo y un fraude a la Ley, en tanto se desconocería la pretensión de corrección formulada por Robert Alexy¹⁸ que plantea que la decisión judicial en virtud del derecho positivo debe ser encaminada por las *buenas razones*, esto es tomando determinaciones de una forma moralmente correcta, siendo consecuente que proceda el Despacho a decretar de oficio excepciones en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A, que prescribe lo siguiente:

“Artículo 187 Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probado. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, **propuestas o no**, sin perjuicio de la no reformatio in pejus”.

Así las cosas, el Despacho analizará el asunto, indicando en primer lugar y respecto a la *mala fe*, que conforme al artículo 79 del C.G.P, ésta al igual que la temeridad se presume:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes.
3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.
5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.
6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.

Así, se entiende que existe temeridad cuando se está en presencia de “Una reprochable conducta mediante la cual una persona independientemente de su posición activa o pasiva dentro del proceso, hace uso indebido de los instrumentos legales de orden sustancial o proceso, -desvirtuándolos-, en busca de

¹⁸ Teoría de la argumentación jurídica. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 1997



“3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹⁷ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.”

Obsérvese que conforme a lo anterior, la sentencia de unificación en cita, no se ocupó de analizar específicamente el tema referido a la condición contenida en la Resolución de reconocimiento y relacionada con el deber de demostración de la inversión, particularmente el expuesto en el caso bajo examen donde se especificó que el destino de las cesantías sería la compra de vivienda; es decir, estamos en presencia de **cosa juzgada inexistente** frente a este tópico, no obstante reconocer en su parte motiva la necesidad de atacar la corrupción que se viene presentando por la falta de unos términos precisos en el trámite para el pago de cesantías parciales, para coimas y mordidas por ese carrusel entre servidores públicos e interesados; pero en iguales condiciones se presenta desde el otro ángulo, cuando los interesados, abusando de su derecho a reclamar pagos parciales, soslayan la ley y no destinan los

¹⁷ Artículos 68 y 69 CPACA.

recursos al efecto que la ley autoriza, y adicional, encuentran que anejo, pueden reclamar sanción moratoria por el retardo en su pago (derecho formal), cerrando ese círculo perverso, que vulnera a no dudarlo, el tesoro público.

Se reitera entonces que en el caso de FONPREMAG, en la resolución de reconocimiento de cesantía parcial, como respuesta a la petición sustentada del docente, indica que el peticionario **debe** demostrar a la entidad dentro de los tres (3) meses siguientes al pago, la inversión del valor de sus cesantías en el objeto invocado para tal fin; que como hemos dejado claro, no cumplió la demandante señora **LAURA EMILY PARRA QUEMBA**, por lo cual mal haría el Despacho en condenar al Estado cuando se ha demostrado que de acceder a lo pedido se estaría consintiendo el obrar de mala fe, con abuso del derecho y facilitando un enriquecimiento sin causa, un cobro sin causa real para el mismo y un fraude a la Ley, en tanto se desconocería la pretensión de corrección formulada por Robert Alexy¹⁸ que plantea que la decisión judicial en virtud del derecho positivo debe ser encaminada por las *buenas razones*, esto es tomando determinaciones de una forma moralmente correcta, siendo consecuente que proceda el Despacho a decretar de oficio excepciones en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A, que prescribe lo siguiente:

“Artículo 187 Contenido de la sentencia. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen.

*En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probado. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas las excepciones de fondo, **propuestas o no**, sin perjuicio de la no reformatio in pejus”.*

Así las cosas, el Despacho analizará el asunto, indicando en primer lugar y respecto a la *mala fe*, que conforme al artículo 79 del C.G.P, ésta al igual que la temeridad se presume:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes.
3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.
5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.
6. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas.

Así, se entiende que existe temeridad cuando se está en presencia de *“Una reprochable conducta mediante la cual una persona independientemente de su posición activa o pasiva dentro del proceso, hace uso indebido de los instrumentos legales de orden sustancial o proceso, -desvirtuándolos-, en busca de*

¹⁸ Teoría de la argumentación jurídica. Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 1997



efectos favorables a sus pretensiones.”¹⁹ y la mala fe se traduce en “el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasidelictuoso de su acto.”²⁰

Ahora bien, en cuanto al *abuso del derecho*, este ha sido definido por la Corte Constitucional precisando que:

*“Una persona comete abuso del derecho cuando: (i) obtuvo el derecho de forma legítima, pero lo utiliza para fines contrarios al ordenamiento jurídico; (ii) se aprovecha de la interpretación de las normas o las reglas, con el fin de obtener resultados no previstos por el ordenamiento jurídico; (iii) hace un uso inadecuado e irrazonable del derecho, contrario a su contenido esencial y a sus fines; y (iv) invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada desvirtuando el objetivo jurídico que persiguen.”*²¹ Destaca la instancia.

De modo que en desarrollo de este principio constitucional, el artículo 1º Superior alude a los derechos del ciudadano, indicando que se deben “*respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios*”, exigiendo un comportamiento acorde con la *buena fe* en las actuaciones, ejerciendo de manera responsable los derechos que corresponden para mantener el equilibrio en el sistema jurídico, situación que se acomoda a la necesidad de eliminar la denominada “*cultura del vivo*” a la que alude el doctrinante Mauricio García Villegas en su trabajo titulado “*El orden y la libertad*” que señala “*el vivo siempre busca satisfacer su interés personal y para ello acomoda los medios a los fines, de tal manera que le sirvan de la mejor manera posible sin importar código moral o ley*”, “*el vivo es un ‘tumbador’, alguien que se encuentra al acecho en todo momento para aprovecharse de los demás, para salir ganando*”.

Sobre el *enriquecimiento sin causa*, también denominado injusto o ilegítimo encontramos que tiene su basamento en los principios de equidad y de justicia²², y que se encuentra instituido como un principio del derecho cuya esencia radica en el *desplazamiento de riqueza dentro de la acepción más amplia del concepto a otro patrimonio sin que medie causa jurídica, de manera que se experimenta el acrecentamiento de un patrimonio a costa del menoscabo de otro*, exigiendo que el desequilibrio de los dos patrimonios se produzca sin que medie causa jurídica. Aterrizando este concepto encontramos que de acceder la instancia a lo pretendido por la parte actora, de reconocer a su favor la sanción moratoria establecida en la Ley, sin que de su parte se haya acreditado fehacientemente que los recursos obtenidos por concepto de cesantía parcial en efecto se hayan destinado a la compra de su vivienda como tenía el deber conforme al artículo TERCERO de la Resolución de reconocimiento de la prestación, implicaría un enriquecimiento sin causa a su favor, con el consecuente desequilibrio económico respecto de los demás docentes en atención a que la referida prestación se encuentra depositada en un fondo común que mengua cada vez que *sin justa causa* se ordena el reconocimiento de intereses moratorios, afectado de paso el erario público y en particular los recursos destinados al reconocimiento de prestaciones sociales

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-24-000-2004-90185-01(AP)

²⁰ *Ibidem*

²¹ T 280 de 2017, M.P. Dr. JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010). C.P (e). Dra. GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ, Proceso: 250002326000200300616(29402), Radicado: 29402

a favor de los docentes, situación que no puede acolitar el Despacho a sabiendas de la falencia probatoria multicitada.

Conteste con lo anterior, se reitera que de acceder a lo pretendido, se estaría frente a un *cobro sin causa real para el mismo*, sobre el cual el Código Civil, enseña:

“ARTICULO 1524. <CAUSA DE LAS OBLIGACIONES>. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.”

La anterior norma es consecuente con el principio del derecho ya relacionado sobre el *enriquecimiento sin causa* y ello es así en tanto la causa debe acogerse como el instrumento o medio jurídico para impedir dicho enriquecimiento, efectivizando la justicia conmutativa, así que una obligación sin causa, no podría producir ningún efecto.

Ahora, en torno al *fraude a la Ley*, se sabe que se concreta en una conducta aparentemente lícita amparada en una norma pero que producen un resultado arbitrario o contrario a otra, para la Corte Constitucional se trata de otra forma de *abuso del derecho*, aclarando que *mientras el fraude a la ley se construye desde la mirada del resultado objetivo contrario a las finalidades de una institución jurídica, el abuso del derecho se mira desde el punto de vista de quien es titular del derecho y puede caracterizarse como un ejercicio manifiestamente irrazonable o desproporcionado*²³, así que *quien actúa defraudando la ley, ejecuta actos que guardan fidelidad al texto de la norma o que se desprenden de una interpretación en apariencia razonable de ella, pero que en realidad eluden el sentido de las disposiciones y conducen a resultados que desbordan la naturaleza y finalidades de la respectiva institución jurídica*, traduciéndose en un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para hacerla producir resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico apreciado en su conjunto²⁴. En concreto el fraude a la Ley se evidencia en el *sub examine* al querer sacar provecho de la norma que estableció la sanción moratoria, sin mirar que de parte de la actora no se cumplió su deber de comprobar la inversión de los recursos, previniendo al Despacho de no acceder a las súplicas de restablecimiento principalmente al no haberse acreditado tal pormenor como lo exigía el acto administrativo de reconocimiento.

Finalmente, el Despacho no puede pasar por alto el aforismo jurídico que enseña *“la mora del uno purga la mora del otro”* (Art. 1609 C.C.), ya referido, en tanto no sólo se evidenció que en efecto hubo tardanza en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías parciales a favor de la señora LAURA EMILY PARRA QUEMBA, sino que también emergió nítido el hecho que el docente omitiera su **deber** de acreditar dentro de los tres (3) meses siguientes al pago - tiempo más que suficiente - la inversión de la citada prestación mediante certificado del contratista sobre la realización de las obras por cuanto supuestamente para ello estaban destinados dichos recursos, como se sustentó cuando se aportó en

²³ C 258-13

²⁴ *Ibidem*



sede administrativa el contrato de compraventa y el certificado de libertad y tradición del inmueble, de manera pues que para rematar la negativa del Despacho de acceder al restablecimiento del derecho pretendido, la conducta desplegada por la aquí demandada no puede tomarse como antijurídica, a sabiendas que se trataba de obligaciones recíprocas, del uno en reconocer y pagar y del otro en invertir y probar la inversión, razón por la que ninguno de los extremos procesales se puede constituir en mora mientras se ha dejado de cumplir lo pactado concomitantemente, menos se puede afirmar que el comportamiento de la Administración haya sido grave, determinante o trascendente y que haya causado perjuicios a la parte actora con la mora en que incurrió para hacerla acreedora de la sanción que hoy reclama o que en virtud de ella se le haya imposibilitado cumplir con sus obligaciones contractuales respecto de la compra del lote de terreno, por lo cual en suma el restablecimiento aludido se negará, en armonía con los demás argumentos expuestos por este estrado judicial.

En consecuencia de todo lo anterior y comoquiera que la solicitud de reconocimiento de la sanción moratoria elevada por la actora en fecha 14 de septiembre de 2017 (fls.19 y ss), no fue resuelta dentro del término previsto por la Ley para tal fin, se declarará que operó el **silencio administrativo negativo** en relación con la petición radicada bajo el consecutivo 2017PQR44895, por medio del cual la señora LAURA EMILY PARRA QUEMBA solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria contenida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, pero no habrá lugar a declarar la nulidad de dicho acto ficto ni al restablecimiento del derecho, por prosperar las excepciones oficiosas de, “mala fe”, “enriquecimiento sin justa causa”, “cobro sin causa real para el mismo”, “fraude a la Ley” y “la mora del Uno, purga la mora del otro”, sin haber lugar a analizar la excepción propuesta por la NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, referida a la *prescripción*.

VII. CONCLUSION:

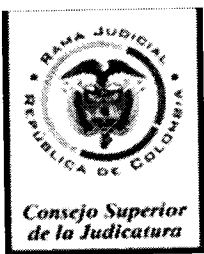
Sintetizando, dirá el Despacho conforme se ha expuesto que se declarará no próspera la excepción de “Falta de legitimidad por pasiva” propuesta por la NACION MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO accediendo de manera parcial a las pretensiones de la demanda, declarando que operó el silencio administrativo negativo en relación con la petición radicada bajo el consecutivo 2017PQR44895, negándose las demás peticiones contenidas en la acción, por cuanto se declararán probadas de oficio las excepciones denominadas “mala fe”, “enriquecimiento sin justa causa”, “cobro sin causa real para el mismo”, “fraude a la Ley” y “la mora del Uno, purga la mora del otro”.

- **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en los artículos 188 del C.P.A.C.A, y 365 num. 5 del C.G.P., el Despacho considera que en el presente asunto, al acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, no hay lugar a imponer condenar en costas a la parte vencida.

- **Otras determinaciones**

Finalmente verificado el expediente se observa que la abogada **INGRID ANDREA GONZALEZ TORRES** apoderada de la parte demandada, presenta Renuncia al poder conferido y allega copia de la



comunicación que le realiza al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en virtud de la terminación del contrato (fls. 200 a 206).

Al respecto, encontramos que en cuanto a la renuncia del poder, el Art. 306 del CPACA, que remite al Art. 76 del C.G.P., establece:

“ARTÍCULO 76. TERMINACIÓN DEL PODER. *El poder termina con la radicación en secretaría del escrito en virtud del cual se revoque o se designe otro apoderado, a menos que el nuevo poder se hubiese otorgado para recursos o gestiones determinadas dentro del proceso.*

(...)

La renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido. (...)

De la norma anterior se deriva que hoy, bajo el Código General del Proceso, es una carga del mandatario que renuncie al poder, allegar con el escrito de renuncia la constancia de comunicación de la misma a su poderdante. En consecuencia por reunir los requisitos establecidos en el artículo 76 inciso 4 del Código General del Proceso, se aceptará la renuncia así presentada.

VIII. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR PROBADAS DE OFICIO las excepciones denominadas “*mala fe*”, “*enriquecimiento sin justa causa*”, “*cobro sin causa real para el mismo*”, “*fraude a la Ley*” y “*la mora del Uno, purga la mora del otro*”, conforme al sustento de la decisión.

SEGUNDO.- DECLARAR NO PROBADA la excepción de “*Falta de legitimidad por pasiva*” propuesta por la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme a la motivación de este proveído.

TERCERO.- DECLARAR QUE OPERO EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO, en relación con la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria a favor de la señora LAURA EMILY PARRA QUEMBA, contenida en el requerimiento 2017PQR44895 del 14 de septiembre de 2017, conforme la motivación de la providencia.

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Sin condena en costas en esta instancia.



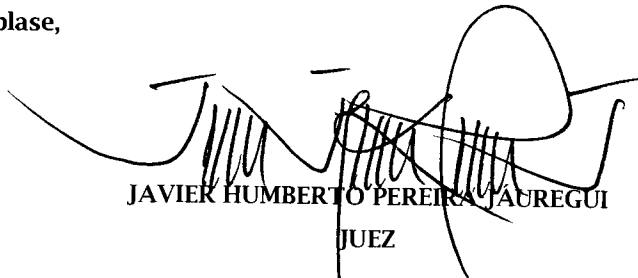
Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad: 150013333014-2018-00054-00
Sentencia de primera instancia

SEXTO.- Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO.- ACEPTAR la renuncia de la abogada **INGRID ANDREA GONZALEZ TORRES** apoderada del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, por las razones expuestas en la motivación de la decisión.

OCTAVO.- Una vez en firme esta providencia, Realícese las constancias de rigor en el sistema de información judicial Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase,


JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI
JUEZ

<p>JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA</p> <p>El fallo anterior se notificó por Estado N° <u>10</u> de HOY <u>27</u> SEP 2019 siendo las 8:00 A.M.</p> <p>SECRETARIA</p>

