

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

RADICACIÓN 73001-23-33-000-2020-00033-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: María Amanda Bermúdez Pérez
APODERADO: Huillman Calderón Azuero
DEMANDADO: Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Departamento del Tolima - Secretaria de Educación y cultura del Departamento del Tolima.
APODERADO: Jenny Alexandra Acosta Rodríguez y Diana Marcela del Socorro Triana Mejía.
REFERENCIA: Sentencia Primera Instancia.

En razón a que el tema en cuestión se encuentra suficientemente decantado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en recientes sentencias de unificación, procede la Sala¹, en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 179 y el numeral segundo del artículo 182 del C. de P. A. y de lo C. A. a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

ANTECEDENTES.

La demanda:

La señora **María Amanda Bermúdez Gómez** mediante apoderado judicial interpuso el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C. de P. A. y de lo C. A., contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Departamento del Tolima - Secretaria de Educación y de la Cultura del Departamento del Tolima**, con el fin de que se despachen las siguientes:

Pretensiones (fl. 2).

— Que se declare la nulidad del acto administrativo presunto negativo que nace a

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “*Estado de Emergencia económica, social y ecológica*” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “*coronavirus*”; y el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue discutida, aprobada y firmada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

la vida jurídica por la no respuesta a la solicitud presentada mediante escrito radicado **2019PQR10803** del 24 de abril de 2019, donde se requiere el pago de la totalidad de las cesantías definitivas por retiro definitivo de la docencia y la sanción moratoria por el no pago de la totalidad de estas cesantías.

- Que se declare que el actor tiene derecho a que la demandada de cumplimiento a la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006 correspondiente a un día de salario, por el no pago cumplido de la totalidad de las Cesantías Definitivas a favor del demandante.

A título de restablecimiento

Se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura, a:

- El pago del saldo que se le adeuda de las Cesantías Definitivas, a la señora docente María Amanda Bermúdez Pérez, liquidándolas desde el 12/09/1980 al 9/1/2017 con todos los factores salariales. Por el valor de \$13.289.400 M/cte.
- Al reconocimiento y cumplimiento de la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, correspondiente a un día de salario, por el no pago cumplido de las Cesantías Definitivas a favor del demandante, a partir del 16/11/2017 fecha en que se debió haber pagado a la señora María Amanda Bermúdez Pérez la totalidad de las Cesantías Definitivas y no parcial como lo realizaron el 16/04/2018, lo anterior de acuerdo con la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006.
- El pago de la mora, esto es se condene a los demandados a un total de hasta 660 días.

Hechos.

Como circunstancias fácticas, la parte actora, de manera sintetizada establece:

- La Docente María Amanda Bermúdez, fue nombrada docente desde el 12 de septiembre de 1980 y laboró hasta el 9 de enero de 2017, razón por la cual, **el 14 de agosto de 2017** solicitó el pago de sus cesantías definitivas por retiro definitivo de la docencia mediante radicado No. 2017-CES-472582.
- El 28 de febrero de 2018 se le notificó al actor la Resolución número 0576 del 2 de febrero de 2018, donde se resolvió reconocer y ordenar el pago de sus cesantías definitivas, pero con un error en la liquidación, toda vez que no se incluyó la prima de servicios ni la bonificación mensual docente, que son factores para liquidar las cesantías del poderdante.
- De acuerdo a lo anterior se le adeuda a la demandante un saldo por el no pago de la totalidad de las cesantías definitivas, causadas desde el 12 de septiembre 1980 al 9 de enero de 2017.
- El pago parcial de las cesantías es abonado al actor el 16 de abril de 2018, mucho después de lo ordenado por la ley.
- De acuerdo a lo anterior, se le debe un día de salario por cada día que pase desde el 16/11/2017 fecha en que debieron haber pagado a la demandante la totalidad de las cesantías definitivas, hasta el día en que lo hagan en su totalidad y no parcial como lo realizaron, lo anterior de acuerdo con la Ley 244 de 1995 que fue subrogada por la Ley 1071 de 2006.
- A la señora María Amanda Bermúdez Gómez le han reconocido cesantías parciales por valor de \$91.350.917 M/cte.
- Por lo anterior, la verdadera liquidación de las cesantías definitivas de la señora

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

María Amanda Bermúdez Gómez es de \$147.186.759 M/cte. y según la Resolución número 0576 del 2 de febrero de 2018 se le reconocieron como cesantías definitivas la suma de \$133.897.359 de las cuales debía descontarse la suma de \$91.350.917 por concepto de cesantías parciales ya pagadas, lo que le dejó un valor neto de \$42.546.442 el cual fue cancelado a la actora, sin embargo, se le adeuda un saldo de \$13.289.400 de su verdadera liquidación.

- Mediante derecho de petición con radicado No. 2019PQR10803 del 24 de abril de 2019, la actora solicitó que se liquidaran las cesantías definitivas con todos los factores salariales, toda vez que se liquidó sin los factores salariales de la bonificación mensual docente y la prima de servicios, además solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago cumplido de la totalidad de sus cesantías.
- Debido a que la entidad no se pronunció al respecto sobre la solicitud, la demandante decidió iniciar el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener lo solicitado.

Normas violadas y concepto de violación

Como normatividad transgredida el actor trae a colación el preámbulo y los artículos, 2, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política de Colombia, las Leyes 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, los Decretos 1545 de 2013 -artículos 1 y 5-, 1272 de 2018 y sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado.

Sostiene que la negativa del pago de las cesantías definitivas de los entes convocados, es violatoria de las normas anteriormente citadas, en cuanto desconocen la aplicación de la ley por virtud de la existencia de normas especiales, a las que debe recurrirse solo en tanto la norma especial resulte más favorable que la general, de las misma manera menciona que no se cumple con el preámbulo de Constitución, pues desconoce en su totalidad y vulnera los derechos a la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz dentro del marco jurídico, democrático y participativo.

Así mismo, afirma que la decisión adoptada por los demandados se constituye en una conducta que viola flagrantemente el artículo 53 de la Constitución, sin tener en cuenta el contexto de Estado Social de Derecho que encierra la Carta Magna, donde el legislador le dio especial relevancia a la protección de los derechos del individuo. Conforme a ello, no puede una Entidad del mismo Estado tomar decisiones que van en contravía de principios constitucionales.

De igual forma, alegan la vulneración de la Ley 1071 de 2006, toda vez que los demandados no le están dando aplicación, por cuanto están sujetando el pago de prestaciones económicas -Cesantías Parciales y Definitivas-, a disponibilidad presupuestal, por ser dineros de propiedad de los trabajadores y que se entiende que el Estado ya debe tener provisionados, para entregarlos a sus propietarios una vez estos los solicitan y cumplan los requisitos legales para ello.

Para finalizar, la parte actora expuso que las entidades demandadas no dan cumplimiento al decreto 1272 de 2018 en los relacionado a las solicitudes del reconocimiento de cesantías para lo cual se apoya en la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado de fecha 18/07/2018, expediente número 73001-23-33-000-2014-00580-01, para argumentar sus peticiones.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

Contestación de la demanda.

Corrido el traslado de la demanda a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Tolima (fls. 36, 37 y 38), de conformidad con lo ordenado en auto del 4 de marzo de 2020 (fl. 33) el término de traslado que corrió del 31 de agosto de 2020 (fl. 47 reverso) al 9 de octubre de 2020 (fl. 67) con contestación oportuna por parte de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y contestación extemporánea por parte del Departamento del Tolima (Fl. 99 reverso).

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 50 al 66).

A través de su apoderado judicial, la entidad vinculada se opone a todas y cada una de las pretensiones planteadas por la parte actora e interpone excepciones, por considerar que carecen de fundamentos de hecho y de derecho; toda vez, que el acto administrativo que se pretende anular se encuentra ajustado a derecho, en razón a que el silencio administrativo obedeció a que a la docente no le asiste derecho a lo reclamado, de conformidad con la legislación aplicable al caso en concreto.

Expresó además que, el auxilio de cesantías es una prestación social de creación legal que debe pagar el empleador al trabajador por los servicios prestados en el evento en que llegare a quedar cesante, con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas (cesantías definitivas); o durante la vigencia del vínculo laboral (cesantías parciales), siempre que se cumplan determinados requisitos para su reconocimiento.

La ley 1071 de 2006 estableció un plazo para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales, el cual se reduce a setenta (70) días incluido el término para interponer recursos, so pena que, si en dicho termino las cesantías no son canceladas, se incurrirá en una mora que deberá ser cancelada al trabajador, lo anterior resulta de vital importancia si se tiene en cuenta que el derecho administrativo sancionador demanda la aplicación del principio de legalidad y el de la tipicidad; quiere decir lo anterior que si el legislador no contemplo la sanción por el pago tardío de la diferencia que pueda resultar en un “ajuste” o “revisión” a la liquidación del acto en firma que liquido las cesantías , dicha sanción no puede aplicarse so pena de ir en contravía de los principios anteriormente mencionados.

Propuso como excepciones: *i. legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*, apoyándose en que el acto administrativo se profirió en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes y aplicables al caso de la demandante, toda vez que la actora no ostenta las condiciones para que sea beneficiaria del factor salarial que pretende le sea incluido para efectos de reliquidar las cesantías; *ii. inexistencia de la obligación*, por cuanto el demandante ha solicitado la sanción moratoria hasta el pago del reajuste solicitado de las cesantías definitivas reconocidas, lo cual es improcedente por no estar contemplado en la norma sustancial; *iii. condena en costas*, solicitando que se condene en costas a la parte actora por impetrar demandas atípicas a sabiendas de que no es procedente el reconocimiento de una sanción sobre un ajuste a una prestación ya reconocida.

Departamento del Tolima (fls. 69 a 71)

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

A través de su apoderada judicial, la entidad vinculada se opone a todas y cada una de las pretensiones planteadas por la parte actora e interpone excepciones, por considerar que carecen de fundamentos de hecho y de derecho; toda vez, que las prestaciones del demandante, le corresponde resolverlas al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio – Regional Tolima, entidad creada mediante la Ley 91 de diciembre 29 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Educación Nacional y no al Departamento del Tolima; lo que hace evidente, la ausencia de responsabilidad administrativa y patrimonial dentro del proceso de la referencia en virtud de la delegación con que actúa.

Añade que analizadas las normas especiales que regulan el régimen prestacional de los docentes se encontró que no existe norma alguna –a la fecha– que reconozca para los mismos la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías parciales, **a cargo del ente Territorial**, concluyendo que la mencionada indemnización no puede ser pagada al demandante por parte del Departamento del Tolima.

Propuso como excepciones: i. *falta de legitimación en la causa por pasiva*, toda vez que la entidad al expedir los actos administrativos de reconocimiento de cesantías a los docentes, no lo hace como departamento empleador sino como delegatario de funciones que corresponden a la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional por cuanto el Secretario de Educación Nacional al suscribir los actos administrativos lo hace por expresa disposición de la ley, tal y como se evidencia con lo dispuesto en el artículo 180 de la ley 115 de 1994.

Adecuación del trámite al Decreto legislativo 806 de 2020.

En virtud de la entrada en vigencia del Decreto legislativo 806 de 2020 (Diario Oficial No. 51335 del 04 de junio de 2020)², se determinó adecuar el trámite de sentencia anticipada en virtud de que en este asunto solo se impetró prueba documental de las pretensiones y porque, además, este es un asunto de puro derecho y no se propusieron excepciones previas, así que en Auto del 6 de agosto de 2021 -fls. 101 a 108-, se determinó **a.** no advertir la existencia de alguna irregularidad que deba subsanarse, **b.** incorporar las pruebas documentales allegadas con la demanda y las aportadas con la contestación, **c.** requerir **i.** al Gobernador del Tolima, al secretario de Educación y Cultura del Tolima y al jefe de la Oficina Jurídica del Departamento del Tolima, para que efectúe la valoración de la contingencia judicial, en los términos definidos por el Gobierno Nacional, **c.** notificar la presente providencia personalmente a las partes y a los intervinientes, **d.** ejecutoriada la decisión, correr traslado para alegar de conclusión, una vez cumplidas las condiciones señaladas en la parte motiva.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De la parte demandante.

No presentó alegatos de conclusión.

² “Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

Parte demandada.

Departamento del Tolima.

La apoderada solicita al despacho, se absuelva a su representada, haciendo énfasis en la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no pago de las cesantías o por pago tardío debe ser cancelado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(fls. 125 a 126)

La Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

La apoderada judicial de la entidad presentó alegatos de conclusión solicitando que se nieguen las súplicas de la demanda, toda vez que no se genera sanción moratoria por el pago de las diferencias que surjan del ajuste a la liquidación de las cesantías, ya que basándose en artículo 5°. de la Ley 1071 de 2006 por la cual se modifica y adiciona la Ley 224 de 1995, el legislador, al establecer la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, tomó como punto de partida para la causación de la mora la firmeza del acto administrativo que ordene la liquidación de las cesantías definitivas o parciales; por lo tanto, está claro que la mora se configura a partir de la firmeza del acto que ordena la liquidación, no de la firmeza que ordena la “revisión” o “ajuste” de la liquidación de las cesantías.

En virtud de todo lo anterior afirmó que no le asiste el derecho reclamado al demandante como quiera que lo que pretende no se encuentra enmarcado en la ley, pues busca una sanción moratoria como efecto del pago tardío del reajuste a las cesantías, la cual es improcedente atendiendo al Principio de legalidad, que en materia sancionatoria la conducta sancionable y la sanción deben estar prevista en la norma jurídica; luego se configura una clara inexistencia de la obligación. (fls. 134 a 137).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Competencia.

Este tribunal es competente para conocer del presente proceso de conformidad con los artículos 104 -Inc. 1°. y 152 de la Ley 1437 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; pues se cuestiona un acto administrativo emitido por una entidad pública, por causa de una actuación sujeta al derecho administrativo.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en la disposición prevista en el Artículo 138 Ib., que está al alcance de toda persona que considere haber sufrido agravio en sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico superior, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

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

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

declaración consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

La señora **María Amanda Bermúdez Gómez** ha ejercido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a efecto de cuestionar la legalidad del acto administrativo presunto negativo que nace a la vida jurídica por la no respuesta a la solicitud presentada mediante escrito radicado **2019PQR10803** del 24 de abril de 2019, donde se requiere el pago de la totalidad de las cesantías definitivas por retiro definitivo de la docencia y la sanción moratoria por el no pago de la totalidad de estas cesantías.

De la ilegalidad que aboga, imprecisa el restablecimiento de sus derechos conculcados por el proceder de la entidad accionada, condenando a la entidad accionada a la reliquidación de sus cesantías y coetáneamente, a reconocer y pagar al demandante la sanción por mora, así como los ajustes de valor correspondientes.

Por ende, la acción que procede es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la acción que se ha promovido, y la Sala es competente para conocer de ello³. El acto demandado pues, inicialmente cumple con los requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Problema jurídico.

Acordado lo anterior, el litigio se contrae en determinar para el caso concreto **1.** si es viable declarar la nulidad del acto administrativo presunto negativo que nace a la vida jurídica por la no respuesta a la solicitud presentada mediante escrito radicado **2019PQR10803** del 24 de abril de 2019, donde se requirió el pago de la totalidad de las cesantías definitivas por retiro definitivo de la docencia y la sanción moratoria por el no pago de la totalidad de estas cesantías; **2.** si se debe proceder a reliquidar las cesantías definitivas de la actora con la inclusión de todos los factores salariales devengados conforme la ley, y **3.** si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

Marco Normativo

Del reconocimiento de las cesantías a los docentes y la sanción moratoria por el no pago oportuno.

Ciertamente no hay univocidad jurisprudencial en el tratamiento del tema del Consejo de Estado, en el siguiente entendido.

La Ley 91 de 1989, "*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*", regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales. En tal sentido en su artículo 1º,

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, - Sección Tercera -, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR; Sentencia del 7 de septiembre de 2.000, Ref.: Expediente No. 12244 – Contractual, Actor: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: La Nación - Ministerio de Comunicaciones.

Sobre el particular el H. Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010, dictada dentro del proceso con radicación No. 63001-23-31-000-2003-01125-01 (0620-09), Consejero Ponente Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, señaló las diferencias que jurídicamente implicaba la Ley 91 de 1989.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

distingue a los docentes nacionales de los nacionalizados, señalando que los primeros son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1° de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975⁴.

Por su parte, el numeral 1° del artículo 15 establece que, a partir de su vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera:

- Los docentes nacionalizados o territoriales que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.
- Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

Puntualmente, frente a lo relacionado con las cesantías de los docentes de carácter nacional y vinculados a partir del 1 de enero de 1990, el numeral 3° ibídem, dispuso:

"3.- Cesantías:

Para los docentes que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1 de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumulados hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional."

Sobre el particular el H. Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010, dictada dentro del proceso con radicación No. 63001-23-31-000-2003-01125-01 (0620-09), Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, señaló lo siguiente:

"De manera particular, en lo que a las cesantías hace referencia, el numeral 3° de este mismo artículo señala, que, a partir de su vigencia, para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, dicho Fondo pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado sobre el último salario devengado si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario, sobre el salario promedio del último año."

⁴ Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 "Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarias; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones". Artículo 10°.- "En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional".

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

Y para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

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 1° de enero de 1990, se les aplicaría un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses". (Negrilla y Subrayado por la Sala).

No obstante lo anterior, a través de varios fallos de tutela proferidas por el H. Consejo de Estado⁵ se han dejado sin efecto las sentencias que algunas salas de decisión de esta Corporación profirieron, aplicando el precedente relacionado con los sistemas anualizado y de retroactividad de las cesantías, en las que se ha negado el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago inoportuno de cesantías de los docentes cuando a tales servidores los cobija el régimen de retroactividad, decisiones en las que, sin embargo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo han omitido considerar su propio precedente relacionado con los regímenes de retroactividad y el anualizado en el reconocimiento y pago de las cesantías, y las consecuencias legales que ello implica.

Si bien no se desconoce que los precitados amparos constitucionales tienen efectos *inter partes*, la postura que el órgano de cierre ha mantenido a partir de su sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018, SUJ-012-S2, del 18 de julio de 2018, rad. No. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (Número Interno: 4961-2015), ha sido la de dar preeminencia a la *ratio decidendi* expuesta en dicha sentencia de unificación para dar solución a situaciones de contornos similares al que aquí se examina, sin importar

⁵ Ver entre otras la sentencia del 12 de diciembre de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2019-04389-00, Sección Tercera, Subsección "A".

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

que el docente pertenezca a uno u otro régimen, aplicando la máxima legal que donde la ley no distingue, no le es dado distinguir al intérprete.

Ahora bien, en la jurisprudencia sobre la temática se tiene que en la Corte Constitucional⁶ y en el Consejo de Estado⁷ establecieron que los docentes oficiales

⁶ **Sentencia SU-332-19.** Referencia: Expedientes acumulados: T-5904426 (Elsa Marina Ñustes Lozano), T-5904482 (Luis Hernán Medina Urueña), T-5912659 (Margoth Rivera de Quevedo), T-5942333 (Mercedes Castro Pinilla), T-5942352 (Hipólito Arévalo Tique) contra los Juzgados Sexto, Séptimo y Octavo Administrativos Orales del Circuito de Ibagué y el Tribunal Administrativo de Tolima, Asunto: Configuración del defecto por violación directa de la Constitución respecto de la aplicación de la sanción por pago tardío de cesantías al personal docente del sector oficial. Reiteración de jurisprudencia, Magistrada sustanciadora: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; Sentencia del 25 de julio de 2019.

Sentencia SU-098-18: Expediente T-6.736.200; **Acción de tutela** presentada por Álvaro Bonilla Guerrero contra la Sección Segunda, Subsección “B”, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, y otro; **Asunto:** Configuración de los defectos sustantivo y por violación directa de la Constitución respecto de la aplicación de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, de conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 al personal docente del sector oficial; Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO; Sentencia del 17 de octubre de 2018.

Sentencia SU-336-17. Referencia: Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180 (Acumulados), Acciones de tutela interpuestas por 1) Constanza del Rosario Castro Rodríguez, 2) Adriana Patricia Hernández Lozano, 3) Julio César Oviedo Monroy y otros, 4) Gilma Rosa García Vásquez, 5) Raúl Helvecio Cuenca Ortiz, 6) Janeth Lozano Perdomo, 7) Maribell Villamizar Martínez, 8) Genaro Soto Suárez, 9) María Rene Valderrama de Prada, 10) Ismelda Saavedra Rengifo, 11) José Alexander Prieto Contreras, 12) Ángel Herrera Giraldo, 13) José Inay Guarnizo Rojas, 14) Clara Inés Portela de Castro; contra el Tribunal Administrativo del Tolima y Juzgados Administrativos del Circuito de Ibagué, Magistrado Ponente (e.) IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO; Sentencia del 18 de mayo de 2017.

Sentencia C-741/12. Referencia: expediente OG-137, Objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad al Proyecto de Ley No. 114/09 Senado, 296/10 Cámara, “*Por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2°, literal a) de la Ley 91 de 1989*”, Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA; Sentencia del 26 de septiembre de 2012.

Sentencia C-486/16. Expediente D-11244, Actor: Yobany López Quintero, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 “*por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2016*”, Magistrada sustanciadora: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA; Sentencia del 7 de septiembre de 2016.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 14 de abril de 2016, Radicado: CE-SUJ-215001333301020130013401, No. Interno: 3828-2014, Actora: Nubia Yomar Plazas Gómez, Demandados: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Departamento de Boyacá, Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 001/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, Tema: Prima de servicios de docentes oficiales.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER; Sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicado: 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-15) CE-SUJ2-005-16, Actor: Lucinda María Cordero Causil, Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 5 de 2016, conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, Tema: Contrato realidad (docente).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 15 de junio de 2017, Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00156-01 (2159-14), Actor: Herlinda Montaña Bríñez, Demandado: Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Departamento del Tolima, Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Tema: Sanción moratoria – Docente – Aplicación de la Ley 1071 de 2006, Fallo Segunda Instancia – Ley 1437 de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 5 de octubre de 2017, Radicación Número: 73001-23-33-000-2014-00416-01 (3640-15), Actor: Martha Cecilia Guzmán Torres, Demandado: Nación -

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

son acreedores de los derechos derivados del evento típico descrito por las Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006 como una sanción al Estado por no pagar oportunamente sus cesantías; en razón a ello se precisa: i. de la lectura del artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., se desprende que para la procedencia del medio de control se requiere la lesión de un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica en favor de una persona, afectación que se ve materializada en un acto administrativo expreso o presunto, susceptible de ser enjuiciado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ii. el medio de control exige inexorablemente la existencia de un pronunciamiento por parte de la administración por medio del cual decida de fondo la situación jurídica que se discute, que en este caso no es otra que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, toda vez que no basta que la misma esté prevista en la ley pues se requiere el agotamiento del procedimiento administrativo para pretender el restablecimiento del derecho -en la medida en que se trata de la penalidad de carácter económico que previó el legislador, para incitar al cumplimiento de los principios de la función administrativa (artículo 209 Superior)

Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, Tema: Sanción moratoria – Docente – Aplicación de la Ley 1071 de 2006.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 7 de diciembre de 2017, Radicación: 44001233300020130008901 (3048-14), Actor: Apolinar Rivadeneira Benjumea, Demandado: Departamento de la Guajira. Confirma nugatoria

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS; Sentencia del 6 de junio de 2018, Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01846-01, Actor: Albeiro Duque Ocampo, Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima y Otro, Acción de Tutela- Fallo de segunda instancia. Niega amparo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 10 de julio de 2018, Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00061-01 (0406-16), Actor: Yocasta Alcalá Terán, Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Municipio de Sabanalarga y Departamento del Atlántico, Asunto: Revoca sentencia y en su lugar, niega el reconocimiento de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, Fallo de Segunda Instancia – Ley 1437 de 2011.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 18 de julio de 2018, Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15) CE-SUJ2-012-18, Actor: Jorge Luis Ospina Cardona, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Trámite: Asunto: Sentencia de unificación sanción moratoria por pago tardío de las cesantías – aplicación de la Ley 1071 de 2006 a los docentes del sector oficial.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS; Sentencia del 19 de julio de 2018, Radicación número: 08001-23-31-000-2012-00524-01 (1700-16), Actor: Carlos Julio Rolando Pérez, Demandado: Municipio de Soledad, Atlántico.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ; Sentencia del 23 de agosto de 2018, Radicación número: 44001-23-33-000-2014-00069-01 (4159-16). Actor: María Leonor Pareja López, Demandado: Departamento de la Guajira - E.S.E. Hospital Santo Tomás de Villanueva, Asunto: Fallo ordinario -CPACA-, Sanción moratoria - Confirma nugatoria.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 26 de agosto de 2019, Radicación 68001-23-33-000-2016-00406-01 (1728-2018), Actor: Aurora del Carmen Rojas Álvarez, Demandado: Nación, Ministerio de Educación, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Asunto: Fallo ordinario -C.P.A.C.A.- Sanción Moratoria – Docente Oficial – Entidad Responsable – Prescripción – Ajuste de valor desde que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

por el empleador público, pues por su carácter sancionatorio no se trata de un derecho propiamente laboral, sino de una penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador, que no busca mantener el poder adquisitivo de la suma de dinero que la representa y con ella, la capacidad para adquirir bienes y servicios o lo que la ley disponga como su propósito-, **iii.** a los docentes oficiales les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, en cuanto a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, en razón **a).** la Ley 91 de 1989 no fijó términos para el pago de cesantías ni sanciones, **b).** como consecuencia de ello, es procedente la aplicación de la Ley 244 de 1995 subrogada por la Ley 1071 de 2006, para los docentes, **c).** por cuanto éstas tienen como destinatarios los servidores públicos sin distinción alguna y dada la finalidad de este régimen sancionatorio, **iv.** para resolver estos conflictos, se acude las reglas jurisprudenciales concernientes a 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, **a).** de manera que se contarán 15 días hábiles para la expedición del acto administrativo de reconocimiento (Art. 4 L. 1071/2006), **b).** 10 días del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011), **c).** 5 días, si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51, y d). 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, **v.** por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, **vi.** mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse, **vii.** cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia –art. 187 C. de P.A. y de lo C.A.– y **viii.** una vez queda ejecutoriada la condena, no procede indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 Ib., **ix.** recalcando, que no es procedente la indexación del valor a pagar por sanción moratoria durante el día a día de su causación, dada la naturaleza de dicha indemnización, sin embargo, el valor total generado sí se ajustará en su valor desde le fecha que cesó dicha mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En materia jurisprudencial, el Consejo de Estado ha manifestado que la cesantía es una prestación social a la que tienen derecho los empleados públicos, entre ellos los del orden territorial e igualmente, los docentes. Esta prestación se reconoce bajo dos postulados: **i)** cuando existe ruptura del vínculo laboral, siendo la cesantía definitiva y **ii)** cuando se dan los supuestos para el otorgamiento de manera parcial, sin que el vínculo laboral cese⁸; aunque, según lo ha señalado la Guardiania de la Carta⁹, existen regímenes laborales especiales que garantizan un nivel de protección igual o superior en relación con los regímenes generales, teniendo dicha diferenciación plena justificación al tenor de lo expuesto en el artículo 58 de carácter superior, y en

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE; Sentencia del 29 noviembre de 2007, Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02988-01(2271-05), Actor: María Nidia Lozano Piza. Demandado: Municipio de Ortega – Tolima.

⁹ Sentencia C-566 de 1997. Referencia: Expediente D-1651. Demanda de inconstitucionalidad contra el literal b) del artículo 104 del Decreto 1042 de 1978. Actor: Luis Horacio Muñoz Criollo. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia del 6 de noviembre de 1997.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

Sentencia C-928 de 2006¹⁰, la Corte Constitucional recordó que en materia prestacional los docentes tienen un régimen propio y dentro del mismo, existe uno de carácter especial el cual se encuentra previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003; según la Corporación, en esta normatividad se contempla las prestaciones sociales de los docentes en lo relacionado con salud, pensiones y cesantías; lo anterior con el objeto de dar la protección y el favorecimiento a los mismos teniendo en cuenta la ardua y trascendental labor que desempeñan en la sociedad.

El tema álgido en el presente asunto se centra en que teniendo los docentes estatales un régimen especial contenido en la Ley 91 de 1989, en dicha normatividad no se dispuso de manera expresa la posibilidad de recibir una indemnización producto de la sanción por el no pago oportuno del auxilio en comento, como sí se contempla en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público, recibiendo *per se* un trato claramente diferenciado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en **sentencia de unificación SU-336 del 18 mayo de 2017**¹¹, manifestó que aunque los docentes 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”*¹²; lo anterior, teniendo en cuenta el espíritu de la norma, pues *“la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucrando a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial”*; en este orden de ideas, independientemente del tipo de docente *-nacional o nacionalizado, o con régimen retroactivo o anualizado de cesantías-* o de que si tienen o no régimen especial; en aras de materializar el derecho a la igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales, la Corte Constitucional concluye que a los docentes oficiales se les debe reconocer la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías una vez el juzgador verifique los presupuestos para acceder a ella.

¹⁰ Referencia: expediente D-6355, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (parcial), Demandante: Mario Augusto Prieto García, Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia del 8 de noviembre de 2006.

¹¹ Sentencia SU-336. Referencia: Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180 (Acumulados); Acciones de tutela interpuestas por 1) Constanza del Rosario Castro Rodríguez, 2) Adriana Patricia Hernández Lozano, 3) Julio César Oviedo Monroy y otros, 4) Gilma Rosa García Vásquez, 5) Raúl Helvecio Cuenca Ortiz, 6) Janeth Lozano Perdomo, 7) Maribell Villamizar Martínez, 8) Genaro Soto Suárez, 9) María Rene Valderrama de Prada, 10) Ismelda Saavedra Rengifo, 11) José Alexander Prieto Contreras, 12) Ángel Herrera Giraldo, 13) José Inay Guarnizo Rojas, 14) Clara Inés Portela de Castro; contra el Tribunal Administrativo del Tolima y Juzgados Administrativos del Circuito de Ibagué. Magistrado Ponente IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO. Sentencia del 18 de mayo de 2017.

¹² Sentencias **C-741 del 26 de septiembre de 2012** Referencia: expediente OG-137. Objeciones gubernamentales por inconstitucionalidad al Proyecto de Ley N° 114/09 Senado, 296/10 Cámara, “Por medio de la cual se interpreta por vía de autoridad legislativa el artículo 15, numeral 2°, literal a) de la Ley 91 de 1989”. Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA y **C-486 del 7 de septiembre de 2016**, Referencia: Expediente D-11244. Actor: Yobany López Quintero. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 de la Ley 1769 de 2015 “por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2016”. Magistrada sustanciadora: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

A las siguientes conclusiones llegó la Corte Constitucional en la reseñada Sentencia de unificación **SU-336-17**:

“(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 1989¹³.

(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.

(vii) Si bien para el momento en que se produjeron las sentencias en sede de nulidad y restablecimiento del derecho aún no había sido proferido el fallo en el que esta Corporación abordó de manera definitiva el asunto, ya existía al menos un precedente sobre la materia que aproximaba a un entendimiento distinto al que se llegó en dichas providencias en sede contenciosa (sentencia C-741 de 2012)”.

La Corte Constitucional, tuvo que volver a pronunciarse en la Sentencia **SU-332 del 25 de julio de 2019**¹⁴, en la cual la Sala Plena reiteró su doctrina constitucional -los docentes son acreedores a la indemnización por el no pago oportuno de sus cesantías, cuestión ampliamente debatida y reiterada- y, la razón obedece a que estos se equiparan a los demás servidores públicos respecto a este asunto para efectos de dar aplicación al principio de favorabilidad, según lo expuesto en precedencia.

¹³ Sentencias C-741 de 2012 y C-486 de 2016, ya mencionadas.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-332 de 2019, Referencia: expedientes acumulados: T-5904426 (Elsa Marina Ñustes Lozano), T-5904482 (Luis Hernán Medina Urueña), T-5912659 (Margoth Rivera de Quevado), T-5942333 (Mercedes Castro Pinilla), T-5942352 (Hipólito Arevalo Tique), asunto: configuración del defecto por violación directa de la constitución respecto de la aplicación de la sanción por pago tardío de cesantías al personal docente del sector oficial. Reiteración de jurisprudencia. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia del 25 de julio de 2019.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

No obstante, es pertinente advertir que al realizar el análisis del tema en particular, ni la Corte Constitucional ni el Consejo de Estado tuvieron en cuenta la existencia de los dos regímenes de cesantías vigentes en los docentes, para determinar que en favor de uno u otro no se abre paso el derecho, por lo que de acuerdo al cual pertenezca el docente le es mayor o en menor caso beneficioso el pago de su prestación al momento de hacer el cálculo aritmético, sin embargo, esto no se puede entender como una exclusión de alguno de los dos regímenes, pues como ya se mencionó en los anteriores lineamientos no se expresó nada sobre el tema¹⁵

Conforme lo establecido por el Consejo de Estado, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada tanto del reconocimiento como del pago de las cesantías de los docentes, por esta razón el eventual pronunciamiento sancionatorio no puede afectar el Departamento del Tolima, porque para el efecto, funge por delegación legal de las obligaciones de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme la Ley 91 de 1989 artículo 3 y 4, Ley 962 de 2005, artículo 56, Decreto 2831 de 2005 que reglamentó el inciso 2° del artículo y el numeral 6 del artículo 7° de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

De la firmeza de los actos administrativos.

El acto administrativo, una vez en firme, tiene la calidad de providencia que conlleva ejecución; tal carácter le ha sido expresamente atribuido por el legislador, que en los artículos 87 a 90 del C. de P.A. y de lo C. A., expresamente disponen la *Firmeza de los actos administrativos*, la *Presunción de legalidad del acto administrativo*, el *Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades* y la *prevención de la Ejecución en caso de renuencia*.

En el caso del reconocimiento de las cesantías, la discusión del contenido del acto administrativo que provee el reconocimiento del derecho es la posibilidad del beneficiario de cuestionar su alcance a través de los recursos previstos en los artículos 74 a 81 Ib.; respetando la oportunidad de su presentación, los requisitos y trámite, que, al ser decididos, se repite, imponen su firmeza.

A su vez en el artículo 138 Ib., el legislador ha establecido las acciones que permiten la revisión de legalidad del acto administrativo, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho; también previó el legislador -artículo 164- los términos para intentar tales acciones, como quiera que señaló uno de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación, comunicación, publicación o ejecución del acto -artículo 164, núm., 2, lit. d-.

La caducidad.

La caducidad implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad del Estado, constituyendo, en consecuencia, una sanción para las partes que no impulsan el litigio dentro del plazo fijado y que, por ende, pierden la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho; por ello, “*La caducidad [procesal] como fenómeno jurídico, constituye propiamente una sanción para el titular del derecho que*

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 2ª. instancia del 8 de junio de 2017, Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00624-02 (3931-14), Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

omite poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional dentro del lapso dispuesto por el ordenamiento jurídico para reclamarlo y, desde el punto de vista estrictamente procesal, se erige como un hecho que enerva o extingue la pretensión desde la base o el nacimiento; por consiguiente, debe ser declarado, aún de oficio, siempre que el fallador de primera o segunda instancia lo encuentre probado”¹⁶.

Caducidad y prescripción son dos conceptos diferentes, ya que las acciones, caducan, y los derechos, prescriben. La caducidad hace referencia al plazo para ejercitar una acción y prescripción es el lapso en el cual se extingue un derecho u obligación.

Del término para computar la mora en el pago de las cesantías a los servidores públicos.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de unificación por importancia jurídica, CE-SUJ-SII-012-2018, del 18 de julio de 2018, expediente Nro. 73001-23-33-000-2014-00580-01, interno Nro. 4961-2015, concluyó dada la divergencia en la aplicación del cómputo para establecer la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías lo siguiente:

“En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a 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 L. 1071/2006¹⁷), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011¹⁸) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo –

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”, Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA; Sentencia del 7 de marzo de 2012, Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00431-01 (22734), Actor: Héctor Nódier Osorio Herrera y Otros, Demandado: Instituto de Seguros Sociales, Referencia: Acción de Reparación Directa.

¹⁷ «Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.
[...]

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

¹⁸ «ARTÍCULO 76. oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.
[...]

ARTÍCULO 87. FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso, desde el día siguiente al de su notificación, comunicación o publicación según el caso.
2. Desde el día siguiente a la publicación, comunicación o notificación de la decisión sobre los recursos interpuestos.
3. Desde el día siguiente al del vencimiento del término para interponer los recursos, si estos no fueron interpuestos, o se hubiere renunciado expresamente a ellos.
4. Desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos.
5. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 para el silencio administrativo positivo.»

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

Decreto 01 de 1984, artículo 51¹⁹, y 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución. Por consiguiente, al vencimiento de los 70 días hábiles discriminados en precedencia, se causará la sanción moratoria de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006²⁰.” (Resaltado por la Sala)

En este orden de ideas, el cómputo por el término total de la sanción moratoria varía entre 65 días (teniendo en cuenta si la petición se presentó durante la vigencia del Decreto 01 de 1984) o de 70 días (si la petición se presentó en vigencia del C. de P. A. y de lo C. A.), lo anterior, por cuanto el término de la ejecutoria de la decisión varía de 5 a 10 días.

En lo relativo a la competencia para el pago de la prestación y por supuesto de la sanción por mora.

A este respecto ha dicho el Consejo de Estado que aunque la fiduciaria es la encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, evidentemente “tiene la función de aprobar o improbar los proyectos de resolución de reconocimiento prestacional de los docentes, cabe advertir que es a éste último a quien a través de la Secretaría de Educación del ente territorial correspondiente, le está dada la función de expedir el acto administrativo por el cual se dispone el pago de la prestación deprecada por el docente o sus beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en los artículos 5 a 8 del Decreto 1775 de 1990 y 5 del Decreto 2831 de 2005.

El objeto de la Ley 962 de 2005 fue la de simplificar²¹ una serie de trámites que se adelantaban ante la administración, entre ellos las solicitudes de los docentes oficiales tendientes a obtener el reconocimiento de una prestación, dada la evidente complejidad que ello entrañaba, circunstancia que en ningún momento supuso despojar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales, como se observa en el artículo 56 de la precitada ley, el cual, no hace otra cosa que reafirmar dicha competencia en cabeza del referido Fondo, al señalar en su tenor literal que “Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo.”

Así las cosas, en lo que tiene que ver con las prestaciones sociales del magisterio y pese a que en efecto la facultad nominadora se encuentre en cabeza de las secretarías de educación del nivel territorial, se tiene que es ésta una competencia dada al respectivo Fondo mediante la aprobación que haga la Fiduprevisora S.A. del proyecto de decisión presentado por la Secretaría de Educación correspondiente, de acuerdo a lo establecido en la Ley 962 de 2005

¹⁹ «Artículo 51. Oportunidad y presentación. De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o a la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo. [...]

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

[...]»

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

²¹ Así puede verse en su mismo epígrafe en el cual se señala: “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.”.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

artículo 56, por lo tanto, encontrándose en cabeza del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tanto el reconocimiento como el pago de las cesantías de los docentes, es ostensible que el restablecimiento en tratándose de controversias relacionadas con las prestaciones sociales de los docentes, corresponde a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por ser en cabeza de quien se encuentra el patrimonio autónomo creado por la ley para el pago de los factores prestacionales de sus afiliados.²² (Resaltado original)

Conforme lo establecido por el Consejo de Estado, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la entidad encargada tanto del reconocimiento como del pago de las cesantías de los docentes.

De los factores de liquidación de prestaciones sociales del magisterio.

Frente al tema de los factores salariales computables para la liquidación de cesantías de los servidores públicos el Decreto Ley 1042 de 1978 en su artículo 42 dispuso:

“De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a. Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- b. Los gastos de representación.*
- c. La prima técnica.*
- d. El auxilio de transporte.*
- e. El auxilio de alimentación.*
- f. La prima de servicio.*
- g. La bonificación por servicios prestados.*
- h. Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.*

Si bien es cierto, este mismo decreto excluía de su aplicación al personal docente de la rama ejecutiva, mediante Ley 91 de 1989 más precisamente en su artículo 15 ordenó aplicar las prestaciones de los empleados públicos ya reconocidas en el Decreto Ley 1042 de 1978 a los docentes oficiales.

Igualmente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 14 de abril de 2016²³, precisó:

[...] en atención al carácter de docente nacionalizada de la actora, se le aplicaría, en principio, el Decreto Ley 2712 de 1999, que regula lo relacionado con las prestaciones sociales de los empleados territoriales, cuyo artículo 2 estableció como factores salariales para la liquidación de las cesantías de estos servidores, siempre y cuando hayan sido autorizados mediante norma de carácter legal, los siguientes: la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, los dominicales, los feriados, las horas extras, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima

²² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 2ª instancia del 8 de junio de 2017, Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00624-02(3931-14), Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 14 de abril 2016, Radicación número: CE-SUJ2-15001-33-33-2013-00134-01(3828-14), Actor: Nubia Yomar Plaza Gómez, Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Departamento de Boyacá, Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho, Asunto: Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ No. 001/16 proferida en aplicación del artículo 271 de la ley 1437 de 2011. Tema: Prima de Servicios de docentes oficiales.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, los viáticos, la prima de vacaciones, el valor del trabajo suplementario, el valor del trabajo realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, y las bonificaciones. Pero que dicha norma fue modificada por el Decreto Ley 1919 de 2002, que ordenó aplicar a los empleados públicos del nivel territorial las normas que señalan el régimen prestacional de los servidores estatales del orden nacional.

Y concluyó que la normatividad aplicable a la actora, es la contenida en el Decreto Ley 1045 de 1978, cuyo artículo 45, establece como factores para liquidar las cesantías los siguientes: la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica, los dominicales, los feriados, las horas extras, los auxilios de alimentos y transporte, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, los viáticos, los incrementos salariales por antigüedad, la prima de vacaciones, el valor del trabajo suplementario, el valor del trabajo realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, las y bonificaciones.

Conforme a ello, es claro que tanto legal como jurisprudencialmente, la prima de servicios debe ser integrada a la base de liquidación de las prestaciones sociales del magisterio.

Hechos probados.

- Resolución No. 0576 del 2 de febrero de 2018, “*Por la cual se reconoce y ordena el pago de una Cesantía Definitiva*”, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima. (fls. 17 a 19).

Acto administrativo que prueba que, mediante solicitud con radicado No. 2017-CES-472582 del 14 de agosto de 2017 la señora María Amanda Bermúdez Pérez solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva que le corresponde por sus servicios prestados como **Docente Nacionalizado** situado fiscal de la I.E. Luis Felipe Pinto del municipio de Prado-Tolima; se demuestra además que prestó sus servicios durante 36 años, 3 meses y 27 días, lapso comprendido entre el 12 de septiembre de 1980 al 9 de enero de 2017; igualmente demuestra los factores salariales que sirvieron como base para la liquidación de la cesantías definitiva, los cuales son:

SUELDO	\$3.127.267.00
P. Servicios	\$132.614.00
P. Navidad	\$287.791.00
P. Vacaciones	\$138.140.00
Total Salario Base Liquidación	\$3.685.812.00
Días Laborados	13.078
Valor Total Cesantías	\$133.897.359.00

Finalmente se demuestra con este documento que la entidad reconoció a la señora María Amanda Bermúdez Pérez identificada con cédula de ciudadanía No. 28.879.085, la suma de \$133.897.359 M/cte por concepto de liquidación de cesantía definitiva a que tiene derecho por el tiempo de servicio como docente NACIONALIZADO Situado Fiscal presupuesto Ley 91; igualmente ordenó descontar la suma de \$91.350.917 por concepto de cesantías parciales ya pagadas, quedando como saldo liquido la suma de \$42.546.442 valor que le correspondía pagar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la entidad fiduciaria al accionante.

- Resolución No. 7528 del 12 de diciembre de 2016, “*Por la cual se acepta una*

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

renuncia y se retira del servicio activo un personal Docente-Directivo Docente Vinculado a la planta global de la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, financiada con Recursos del Sistema General de Participaciones”, expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima. (Fl. 23).

Este documento demuestra que se aceptó la renuncia presentada por la señora María Amanda Bermúdez Pérez identificada con cédula de ciudadanía No. 28879085 docente de aula en propiedad de la planta global de cargos de la Secretaria de Educación y Cultura del Tolima, con efectos fiscales a partir del 10 de enero de 2017.

- Recibo proferido por el banco BBVA del 16 de abril de 2018. (fl. 25).

Este documento prueba que mediante el banco BBVA se le pagó a la señora María Amanda Bermúdez Pérez identificada con cédula de ciudadanía No. 28879085, la suma de \$42. 546.442 por concepto de nómina de cesantías definitivas.

- Derecho de petición de fecha 24 de abril de 2019 con radicado No. 2019PQR10803, presentada por el apoderado de la señora María Amanda Bermúdez Pérez ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (fls. 13 a 14).

Este documento demuestra que, el apoderado de la actora solicitó a la entidad demandada se liquidaran las cesantías definitivas con todos los factores salariales a los que la actora tenía derecho por cuanto en la resolución No. 0576 del 2 de febrero de 2018 le liquidaron sin los factores salariales de bonificación mensual docente y la prima de servicios; de la misma manera demuestra que se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías definitivas dentro del término establecido en la ley.

- Formato único para la expedición de certificado de historia laboral del 6 de octubre de 2020 (fls. 89 a 90).

Este documento prueba que el régimen de cesantías al que pertenecía la docente María Amanda Bermúdez Pérez era el retroactivo.

Caso Concreto.

En el caso sometido a consideración de la Sala de decisión, la accionante María Amanda Bermúdez Pérez presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho pretendiendo la nulidad del acto administrativo ficto que surgió a la vida jurídica por la no respuesta a la solicitud presentada mediante escrito radicado **2019PQR10803** del 24 de abril de 2019.

A título de restablecimiento del derecho solicitó se declare que tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordene la reliquidación de las cesantías definitivas con todos los factores salariales a los que tiene derecho, de la misma manera solicitó se reconozca la sanción por mora establecida en la Ley 1071 y Ley 244 de 1995, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de cesantía definitiva ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Del material probatorio obrante en el cartulario se encuentra acreditado que la señora **María Amanda Bermúdez Pérez** prestó sus servicios como docente

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

nacionalizado situado Fiscal en el municipio de Prado - Tolima, desde el 12 de septiembre de 1980 al 9 de enero del 2017, de forma continua, según se vislumbra en la Resolución No. 0576 del 2 de febrero de 2018 (fls. 17 a 19).

I.

Igualmente se constata que, según la Resolución de reconocimiento de cesantías, se trata de un docente con tipo de vinculación "*Nacionalizado Situado Fiscal*" (fl. 17); es decir, que la actora gozaba del régimen prestacional que rige en la entidad territorial de conformidad con las normas vigentes a partir de la promulgación de dicha norma.

En cuanto a la acreditación del trámite cumplido por la entidad demandada, frente a la solicitud de cesantías definitivas, se aportó al expediente, **a.** copia de la Resolución de reconocimiento de la cesantía definitiva (fls. 17 a 19), además, **b.** obra en el expediente el Formato único para la expedición de certificado de historia laboral expedido por la demandada en el que se aprecia el régimen de cesantías de la señora **María Amanda Bermúdez Pérez**, el cual es retroactivo (fl. 89).

En este orden de ideas, queda acreditado que la demandante **a.** presentó su solicitud para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas el 14 de agosto del 2017 (fl. 17), **b.** siendo reconocidas mediante Resolución Nro. 0576 del 2 de febrero del 2018 (fls. 17 y 19), y pagadas el 16 de abril del 2018 (fl. 25), **c.** contra este acto administrativo no se formuló ninguno de los recursos previstos en los artículos 74 a 81 del C. de P.A. y de lo C.A.; esto es, la Resolución Nro. 0576 del 2 de febrero del 2018 **quedó en firme** -artículos 87 a 90 del C. de P.A. y de lo C. A.- y como consecuencia de lo anterior, la petición No. 2019PQR10803 del 24 de abril de 2019 (fls. 13 a 14), para obtener la reliquidación de la prestación **era impertinente e improcedente.**

Por ello, no puede obviar la Sala que al expedirse la Resolución No. 0576 del 2 de febrero de 2018, por la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva a la actora, esta no presentó el recurso administrativo con el que contaba a fin de que la administración eventualmente corrigiera los factores salariales.

Es así como el medio de control en esta causa fue ejercido el 24 de septiembre de 2019 (fl. 1); y en razón al numeral 2, literal "d" del artículo 164 del C. de P.A. y de lo C.A., el derecho de accionar contra la Resolución No. 0576 del 2 de febrero de 2018 expedida por la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento (notificada el 28 de febrero de 2018, fl. 19), estaba caducado por el mero paso de los 4 meses desde su firmeza.

II.

Ahora bien, no puede perderse de vista que mediante el derecho de petición presentado el 24 de abril de 2019 con radicado No. 2019PQR10803, presentado por el apoderado de la señora María Amanda Bermúdez Pérez ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio también se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías definitivas dentro del término establecido en la ley, debido a que la entidad no se pronunció al respecto, ello exige estudiar si se han acreditado los presupuestos para ser acreedora al reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

Respecto al término que se ha otorgado para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas, de acuerdo al marco jurídico expuesto, se ha manifestado que, para expedir el acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías para los docentes, el legislador contempló una normativa especial en el trámite, diferente a la de los demás servidores públicos, el cual está contenido en el artículo 56 de la ley 962 de 2005, en el sentido que las prestaciones sociales pagaderas a los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fondo del Magisterio, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien lo administre, el cual en todo caso debía ser elaborado por la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente.

Aunque el anterior trámite fue reglamentado por los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005 *“Por el cual se reglamentan el inciso 2º del artículo 3º y el numeral 6 del artículo 7º de la Ley 91 de 1989, y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, y se dictan otras disposiciones”*, el Consejo de Estado²⁴, determinó que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 y la Ley 1071 de 2006, en garantía del derecho a la igualdad y el principio *in dubio pro operario*, en los siguientes términos (Tesauros):

“FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - Creación / PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD - No hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006.

[S]e tiene que para el reconocimiento y pago de los afiliados al FOMAG, el Decreto Reglamentario 2831 de 2005, previó unos términos especiales; no obstante, dado que la Ley 1071 de 2006 fue proferida por el Congreso de la República, órgano al que por mandato constitucional le corresponde hacer las leyes, y de otro lado, el decreto señalado se por el presidente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, quien ejerce las funciones de Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, dicha ley prevalece sobre el decreto reglamentario y en tal virtud, deberá aplicarse tal disposición legal en lo concerniente a los términos para el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas de docentes, dada su naturaleza jurídica de servidores públicos, así como la sanción moratoria. Aunado a lo anterior, la Sala considera que no hay lugar a la aplicación conjunta del Decreto 2831 de 2005 para el trámite del reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes y la Ley 1071 de 2006, para la sanción moratoria en el evento en que la entidad pagadora incumpla el plazo, pues ello desconocería el principio de inescindibilidad que rige la aplicación de la ley, y en virtud del cual, se prohíbe acudir de manera parcial a varias normas para tomar lo favorable de cada una.

Consecuente con la disertación hecha, para esta Sala de Sección es muy importante recalcar la jerarquía normativa en cuya virtud debe prevalecer el mandato contenido en la Ley 1071 de 2006 en el trámite de las solicitudes de cesantías que promuevan los docentes oficiales; por lo que tanto entes territoriales como el Fomag deberán procurar su cumplimiento para tales propósitos. Así mismo, el Gobierno Nacional la tendrá en cuenta para si es del caso disponga de una reglamentación acorde con la ley.

De la misma manera estableció el Consejo de Estado que:

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ; Sentencia del 28 de junio de 2018, Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00455-01 (2190-15), Actor: Luis Alejandro Curra de Brigard, Demandado: Nación - Ministerio De Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima, Tema: Sanción moratoria – Docente – Aplicación de la Ley 1071 de 2006. - Revoca la sentencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda, Fallo Segunda Instancia, Ley 1437 de 2011.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

“En consecuencia, la Sección Segunda de esta Corporación fija la regla jurisprudencial concerniente a 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 L. 1071/2006²⁵), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011²⁶) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51²⁷], 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 2006²⁸.”
(Resaltado por la Sala)

Con base en lo anterior, resta determinar el término en el que se pagaron las cesantías de la docente y con ello establecer los días que tardó la administración para el pago efectivo del auxilio en mención.

En este orden de ideas, tal y como se consignó en el acápite normativo a partir de la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías - **14 de agosto de 2017** - petición

²⁵ «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.»

²⁶ «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.»

²⁷ «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.
[...]

²⁸ «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.»

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

que se efectúa durante la vigencia de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; el término es de 70 días para que la administración reconozca y pague las cesantías solicitadas, superado éste, se incurre en sanción moratoria.

En resumen, en el caso de marras sería así:

Radicación de la solicitud (Art. 4º Ley 1071 de 2006) Término: 15 días	14 de agosto de 2017
Vencimiento del término para reconocimiento.	5 de septiembre de 2017
Vencimiento del término de ejecutoria (10 días) Art. 76 C. de P.A. y de lo C.A.	19 de septiembre de 2017
Vencimiento para el pago de la obligación (45 días Art. 5º Ley 1071 de 2006) A partir del día siguiente inicia el periodo de mora	24 de noviembre de 2017
Resolución de reconocimiento (Resolución No. 0576)	Del 2 de febrero de 2018
Pago efectivo (fl. 25)	16 de abril de 2018
Periodo de mora	Entre el 25 de noviembre de 2017 y el 15 de abril de 2018, inclusive

Lo anterior nos indica que, desde el **25 de noviembre de 2017 hasta el 15 de abril de 2018**, día anterior al pago efectivo de la obligación, se generó la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas, es decir, 142 días.

Con base en tal conclusión, deberá la entidad demandada precisar el valor a pagar teniendo en cuenta para ello lo determinado por las Leyes 244 de 1995, subrogada por la 1071 de 2006, esto es un día de salario por cada día de mora; acá la entidad debe entender la diferencia conceptual entre salario y sueldo básico o asignación mensual, pues el Legislador establece que la sanción moratoria de paga es en términos de salario.

En este caso, la indemnización deberá liquidarse con el salario que percibía la señora María Amanda Bermúdez Pérez en el año 2017, por ser el año en que fue retirada del servicio docente.

Debe aclararse también que, con base en la jurisprudencia transcrita (18 de julio de 2018), **no procede el reconocimiento de la indexación de la indemnización moratoria**, en razón a que no se trata de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, es decir, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo.

Por todo lo anterior, se concluye que la docente María Amanda Bermúdez Pérez tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el retardo en la consignación de las cesantías definitivas y en consecuencia, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, ya que **no se accederá a la reliquidación de las cesantías definitivas** porque como ya se dijo, la actora no dio

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

a conocer a la administración el error cuando debía, sin embargo, si se concederá la sanción moratoria pues según las pruebas allegadas al proceso está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio canceló de manera tardía las cesantías solicitadas, situación que no se puede eludir; además se declaran no probadas las excepciones planteadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente a la concurrencia de la sanción moratoria y la actualización sobre su monto desde que se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la ordena, debe tenerse en cuenta la reciente sentencia del 26 de agosto de 2019²⁹, en las que se precisó la correcta interpretación sobre la indexación de la sanción moratoria consignada en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, señalando lo siguiente:

“No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA. [...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia, y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contacto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad liquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187- y c) una vez queda ejecutoria la condena no proceda indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.”

Lo anterior permite inferir que es viable la indexación de la condena que eventualmente se determine en caso de mora en el pago de las cesantías, conforme el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A. y según los parámetros jurisprudenciales expuestos por el Consejo de Estado; también es pertinente establecer que las sumas reconocidas generarán los intereses correspondientes, en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 192 del C. de P.A. y de lo C.A.

Otras decisiones.

Se compulsarán copias de la presente actuación a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, a fin de que establezcan si las conductas de los funcionarios responsables de dar cumplimiento a los términos

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ; Sentencia del 26 de agosto de 2019, Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01 (1728-18), Actor: Aurora del Carmen Rojas Álvarez, Demandado: Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Referencia: Sanción Moratoria - Docentes.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

establecidos en la Ley 1071 de 2006³⁰, son constitutivas de responsabilidad disciplinaria o fiscal, ya que la condena que aquí se impone podría generar un detrimento patrimonial para el Estado.

Debe advertirse que con la expedición de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019³¹, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo para los años 2018 - 2022, se cambió ostensiblemente la responsabilidad de la entidad que deberá pagar la sanción moratoria, toda vez que en parágrafo del artículo 57 de esa disposición normativa, se estableció que la entidad territorial será la responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de las Secretarías de Educación Territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; sin embargo, se precisa que dicha disposición normativa solo será aplicable a los casos que se hubiesen solicitado el pago de las cesantías durante la vigencia de esta ley, es decir, para las peticiones radicadas a partir del 25 de mayo de 2019, toda vez que la misma norma en su artículo 336 señala claramente que rige a partir de su publicación.

De acuerdo a ello, teniendo de presente que la petición del accionante fue radicada el 14 de agosto de 2017, es incuestionable que esta disposición no es aplicable al presente caso, por lo que deberá responder en su totalidad por el pago de la sanción moratoria el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Prescripción.

Comoquiera que han prosperado las pretensiones de la demanda, necesario es pronunciarse frente a la *prescripción*.

Por disposición del artículo 41 del decreto 3135 de 1968, las acciones que emanen de los derechos laborales prescriben al término de tres años contados a partir del momento en que la obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe con el simple reclamo escrito que de sus derechos haga la accionante.

Sobre el particular, según la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016³², de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se consignó:

“Por ende, es a partir de que se causa la obligación -sanción moratoria- cuando se hace exigible, por ello, desde allí, nace la posibilidad de reclamar su reconocimiento ante la administración, pero si la reclamación se hace cuando han transcurrido más de 3 años desde que se produjo el incumplimiento, se configura el fenómeno de prescripción, así sea en forma parcial.

³⁰ Que dispone “Artículo 6°. Inspección, vigilancia y control. Los Organismos de Control del Estado garantizarán que los funcionarios encargados del pago de las prestaciones sociales de los Servidores Públicos cumplan con los términos señalados en la presente ley.

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

³¹ Promulgada en el Diario Oficial No. 50964 de la misma fecha.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Consejero ponente: Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO; Sentencia del 25 de agosto de 2016, Radicación: 080012331000201100628-01 (0528-14), Apelación sentencia - Autoridades municipales, Actor: Yesenia Esther Herrera Castillo, Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ004 de 2016.

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

[...]

Corolario de lo expuesto, la Sala unifica el criterio de que la reclamación de la indemnización por la mora en la consignación anualizada de cesantías, debe realizarse a partir del momento mismo en que se causa la mora (...)"

Para el presente asunto, el derecho a la sanción moratoria se hizo exigible el **25 de noviembre del 2017**, por lo tanto, a partir de esa fecha comenzaban a contarse los tres años para que operara la prescripción, lo cuales vencían el 25 de noviembre de 2020.

La solicitud de pago de la sanción moratoria fue radicada el **24 de abril de 2019**, por lo que a esa fecha no había operado la prescripción.

Costas.

Se tiene esclarecido que respecto de la condena en costas en vigencia del C. de P.A. y de lo C.A., asumió un criterio objetivo valorativo; **i.** objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y **ii.** valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Ahora bien, el Código General del Proceso sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**)

Por lo tanto, se fijan las agencias en derecho en la suma equivalente al 3% de las pretensiones reconocidas de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho", del Consejo Superior de la Judicatura.

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el **Departamento del Tolima**.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia del acto administrativo ficto que surgió a la vida jurídica por la no respuesta a la solicitud presentada mediante escrito radicado **2019PQR10803** del 24 de abril de 2019, donde la actora requirió el pago de la totalidad de las cesantías definitivas por retiro definitivo de la docencia y la sanción moratoria por el no pago de la totalidad de estas cesantías.

TERCERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo ficto que surgió a la vida jurídica por la no respuesta a la solicitud presentada mediante escrito radicado **2019PQR10803** del 24 de abril de 2019 mediante el cual la Secretaría de

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

Educación y Cultura – Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio del Tolima, en nombre de **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas en favor de la docente **María Amanda Bermúdez Pérez**.

CUARTO: ORDENAR a la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, reconocer la indemnización por mora en la consignación de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retraso a favor de la señora **María Amanda Bermúdez Pérez** desde el 25 de noviembre de 2017 hasta el 15 de abril de 2018, que deberá ser liquidada con base en el salario que devengaba en el año 2017, según lo manifestado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR en costas a la **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** con el equivalente al 3% de las pretensiones de la demanda, como agencias en derecho, según lo manifestado en la parte motiva.

SEXTO: La **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, en los términos indicados en el artículo 192 del C. de P.A. y de lo C.A.; las anteriores sumas reconocidas serán indexadas, conforme a lo establecido en el artículo 187 Ib. y devengarán intereses en los términos previstos en el inciso tercero del artículo 192 de la misma norma.

SÉPTIMO: COMPULSAR copias a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, a fin de que determinen si la conducta del responsable de pagar oportunamente las cesantías del accionante es constitutiva de responsabilidad disciplinaria o fiscal.

OCTAVO: Expedir las copias con destino a la parte demandante con las previsiones de que trata el artículo 114 del C.G. del P. las cuáles serán entregadas al apoderado de la parte actora.

NOVENO: DECLARAR la caducidad de la reclamación hecha respecto de la Resolución No. 0576 del 2 de febrero de 2018 de la Secretaría de Educación y Cultura – Oficina de Prestaciones Sociales del Magisterio del Tolima, en nombre de **Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

DÉCIMO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda, según lo manifestado en la parte motiva.

ONCE: Ejecutoriada la presente providencia, si no fuere apelada, por secretaria archívese el expediente, previa la cancelación de la radicación en el “*Sistema de Información Judicial Siglo XII*”.

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

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 73001-23-33-000-2020-00033-00
De: María Amanda Bermúdez Pérez
Contra: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE³³.


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado
(Aclara Voto)


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado


JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado

³³ **NOTA ACLARATORIA:** La Providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales de los Despachos de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo del Tolima y de la misma manera fue firmada y notificada.

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **3555edbee975d5e824292094acb091ec57d852431b60efb046dfcbfe2f99be49**

Documento generado en 22/10/2021 11:12:27 AM

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