

República de Colombia
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

PONENTE: Mag. ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA

Ibagué, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **AMPARO URQUIJO CORTÉS**
Demandado: **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y MUNICIPIO DE IBAGUÉ**
Radicación: **73001-33-33-009-2018-00330-01**
Interno: **01415 -2019**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la **sentencia** proferida por el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué el 31 de octubre de 2019** que negó las pretensiones de la demanda, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **AMPARO URQUIJO CORTÉS** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **MUNICIPIO DE IBAGUÉ**.

ANTECEDENTES

La señora **AMPARO URQUIJO CORTÉS**, actuando por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó demanda con la finalidad de obtener mediante sentencia judicial un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

Que se declare la existencia de silencio administrativo negativo en relación con la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del anticipo de cesantías presentada el 12 de octubre de 2017, establecida en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, contabilizada desde el **17 de mayo de 2016 hasta el día 26 de octubre de 2016**, en calidad de **docente nacionalizada con régimen de cesantías retroactivo** y que se decrete la nulidad del acto ficto o presunto derivado de ese silencio administrativo.

Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, reconocer y pagar a la demandante la sanción moratoria a que tiene derecho por el pago tardío de anticipo de cesantías que le fue reconocido, equivalente a un día de salario por cada día de mora, contados a partir del día 70 hábil de efectuarse la solicitud, en los términos en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006

Que se le dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

Que se condene en costas a la demandada.

Del examen del expediente se concluye que el anterior petitum se sustenta en los siguientes:

HECHOS

Que la señora **AMPARO URQUIJO CORTÉS** se desempeña como docente nacionalizada, adscrita a la planta de personal del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, desempeñando sus funciones en Institución Educativa “San Simón”.

Que mediante petición elevada el **02 de febrero de 2016**, la señora **AMPARO URQUIJO CORTÉS** solicitó el reconocimiento y pago de anticipo de cesantías con destino a la compra de vivienda.

Que, de acuerdo con los antecedentes de la petición allegados, en especial la Hoja de revisión del anotado trámite, la documentación fue recibida por la Fiduprevisora S.A. en calidad de Administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 15 de febrero de 2016, realizándose el estudio de la referida solicitud el 17 de febrero de 2016, negando su aprobación porque la docente registra proceso ejecutivo en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Ibagué, circunstancia que hace necesario aclarar si el proceso terminó (Fl. 62 cuaderno digitalizado principal).

Que el 14 de abril de 2016, se radicó la constancia expedida por el Juzgado Segundo Laboral en la que consta que el 28 de noviembre de 2006 se decretó la terminación del proceso por pago total de la obligación y se ordenó el levantamiento de las medidas cautelares (Fl. 62 cuaderno digitalizado principal).

Que la Fiduprevisora S.A., en calidad de Administradora del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, impartió aprobación de la solicitud presentada por la demandante el 12 de julio de 2016, indicando en las observaciones los parámetros de liquidación de la prestación. (Fl. 70 cuaderno digitalizado principal).

Que el reconocimiento de las cesantías solicitadas se efectuó mediante la **Resolución No. 00002139 de 06 de septiembre de 2016** notificada a la docente 12 de septiembre de 2016 (Fls. 5-8 cuaderno digitalizado principal).

Que el pago de las cesantías parciales reconocidas, se efectuó mediante consignación en la cuenta bancaria de la demandante realizada el día **27 de octubre de 2016**, según recibo expedido por la Fiduprevisora. (Fl. 9 expediente digitalizado principal).

Que, con fecha 12 de octubre de 2017 y por intermedio de apoderado, la demandante solicitó ante la Secretaría de Educación Departamental el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, petición que no fue resuelta por la entidad accionada.

Por esa razón, la parte actora acude al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para impugnar el oficio de respuesta antes mencionado, y obtener el reconocimiento y pago de la citada sanción moratoria a título de restablecimiento del derecho.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Se señalan como normas violadas:

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

Ley 91 de 1989, artículos 5, 9 y 15

Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2

Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5

Decreto 2831 de 2005

Luego de transcribir apartes de las normas anotadas, sostiene que la finalidad del legislador al prever un término perentorio para la liquidación de las cesantías parciales y definitivas de los beneficiarios de esas disposiciones normativas, consiste en garantizar que la administración expida el correspondiente acto de liquidación de las cesantías y efectúe su cancelación de manera oportuna, evitando retardos innecesarios.

Agrega que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, regularon la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, conformado por los 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder el pago al servidor, una vez expedido el acto administrativo.

En tal sentido indica que, si bien la jurisprudencia ha definido que esas disposiciones normativas deben interpretarse teniendo en cuenta que entre el reconocimiento y pago de la prestación en debate no deben superarse los 70 días hábiles después de haber sido radicada la solicitud, la entidad accionada ha venido cancelándolas extemporáneamente, evadiendo así la protección de los derechos del trabajador, razón por la que debe accederse a la sanción moratoria solicitada, al materializarse como medio para resarcir los daños causados que corresponde proteger oportunamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MUNICIPIO DE IBAGUÉ

Mediante apoderada judicial, el ente territorial municipal contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones, indicando que la entidad que representa no está llamada a responder por los hechos que aduce la demandante, teniendo en cuenta que el encargado de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación demandada, falta de vicio de los actos administrativos que se acusan y excepción genérica, advirtiendo que el acto administrativo impugnado fue expedido y ajustado a la Constitución, a la Ley y reglamentos aplicables, por la autoridad competente y estructurado con los razonamientos y respaldo probatorio obrantes en el expediente administrativo. (Fls. 45-51 C. Principal Expediente digitalizado).

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Guardó silencio (Fl. 97 C. Principal, Expediente digitalizado).

SENTENCIA RECURRIDA

El **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué**, mediante sentencia proferida el **31 de octubre de 2019**, declaró probadas las excepciones propuestas por el Municipio de Ibagué, declaró acaecido el fenómeno del silencio administrativo negativo

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

en relación con la petición del 12 de octubre de 2017 elevada por la parte actora, negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas en esa instancia.

Para arribar a tales determinaciones, el A quo estableció como problema jurídico si debe decretarse la nulidad del acto administrativo acusado y como consecuencia de ello, ordenar el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías a favor de la parte demandante como docente, con fundamento en lo señalado en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y a la luz del criterio de unificación jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional mediante la sentencia SU – 336 de 2017 y por el Consejo de Estado el 18 de julio de 2018.

En primer término el A quo abordó como cuestión previa, la procedencia del silencio administrativo negativo pretendido, advirtiendo que de la prueba documental aportada al plenario, se evidencia que la petición radicada por la demandante el 12 de octubre de 2017 mediante la cual solicitó el reconocimiento y pago de sanción por mora por el pago tardío de sus cesantías definitivas, no fue resuelta por la entidad dentro de los tres meses siguientes a su radicación en los términos de lo previsto en el artículo 83 del CPACA, por lo tanto, correspondía declarar la existencia del acto ficto o presunto originado de la petición mencionada, el cual sería objeto de estudio de legalidad.

Luego de efectuar un análisis legal y jurisprudencial detallado sobre la sanción moratoria en docentes, y justificando su posición al apartarse del precedente jurisprudencial, advirtiendo que replantea su postura frente al asunto, acogiendo la posición mayoritaria del Tribunal Administrativo del Tolima, indicó que a los docentes que integran el régimen de cesantías retroactivo no se les aplica lo previsto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, para el trámite de sus cesantías. De acuerdo con lo anterior, y revisados los elementos de prueba obrantes en el plenario, el Juzgado de Instancia señaló que como la señora AMPARO URQUIJO CORTÉS se vinculó al servicio docente antes del 1 de enero de 1990, adquiriendo por ello la calidad de docente nacionalizada, lo cual denota que su régimen de liquidación de cesantías es retroactivo, y como no solicitó las cesantías por retiro definitivo del servicio, no tiene derecho a la sanción moratoria pretendida.

Por último, respecto a la condena en costas señaló que, al no encontrarse probada la causación de gastos procesales, no es procedente la imposición de costas en esa instancia.

IMPUGNACIÓN

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida en primera instancia, aduciendo la evidente errada interpretación del A quo, de la jurisprudencia que a su juicio consideró aplicable al asunto.

Precisó que para el personal docente si bien existen dos regímenes de cesantías, de retroactividad y anualizado, conforme las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, el reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas no dispuso distinción alguna al respecto, por el contrario, estableció que los destinatarios de dichas disposiciones normativas son los trabajadores y servidores del Estado, en los que se incluye indiscutiblemente los docentes.

Adujo que el juez de primera instancia, confundió el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías, con los valores que debe cancelar la entidad obligada al pago de las cesantías por concepto de la eventual sanción, en caso de materializarse una

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

mora y pago de la prestación. Aclaró que los intereses a las cesantías están regulados por normas de seguridad social, y la sanción moratoria está contenida dentro de una norma autónoma e independiente aplicable a los casos en que se dilaten los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos, como ocurre en el caso de su representada.

Enfatizó, que no existe discusión respecto de la aplicación de la Ley 244 de 1995 y las modificaciones realizadas por la Ley 1070 de 2006, porque el Consejo de Estado unificó el criterio al respecto y concluyó que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso de demostrarse que se incurrió en mora en el pago de las cesantías parciales o definitivas, se podría reclamar el reconocimiento y pago de la sanción, atendiendo al objetivo de dicha imposición legal, de evitar que la administración incumpla los plazos perentorios establecidos para el efecto.

Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar ordenar el reconocimiento de la indemnización moratoria a favor de la demandante, equivalente a un día de salario por cada día de retardo conforme las precisiones establecidas en la Ley 244 de 995 y Ley 1071 de 2006.

TRÁMITE DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante auto del 27 de enero de 2020, por reunir los requisitos legales, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el **Juzgado Noveno Administrativo de Ibagué el 31 de octubre de 2019**.

En providencia de 15 de diciembre de 2020, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, oportunidad procesal en la que intervino oportunamente la parte demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE

Aseguró que siempre se incurre en mora injustificada en el pago de las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional Prestaciones Sociales del Magisterio, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del estado, que les son canceladas transcurridos 30 días después de interpuesta la solicitud, en razón a ello, se expidieron de manera progresiva las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

No obstante, aduce que las previsiones legales establecidas en las normas antes referidas, son burladas por la entidad accionada, al cancelar la prestación con posterioridad a los 70 días después de radicada la petición, vulnerando la protección de los derechos del trabajador.

Precisó que, revisada la normatividad aplicable al asunto, es evidente que el legislador no definió si la sanción moratoria se aplica en favor de los servidores públicos pertenecientes al Régimen anualizado de cesantía, como de manera errónea lo considera el Juez de instancia; reitera que no se puede confundir el reconocimiento y pago de los interés a las cesantías con los valores que debe cancelar la entidad obligada al pago de las cesantías por concepto de la eventual sanción, en caso de configurarse una mora en el trámite y pago de la prestación.

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

Concluyó que la sanción moratoria por la no liquidación y pago oportuno de las cesantías del trabajador, prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, resulta aplicable a todos los servidores públicos, sin importar el régimen de cesantías al cual se encuentren afiliados, como quiera que su finalidad no es otra que garantizar los derechos al trabajo y a la seguridad social que se hacen efectivos únicamente con el pago oportuno de dicho auxilio.

Por último, solicitó la revocatoria de la sentencia proferida por el A quo y se acceda favorablemente a las pretensiones de la demanda.

Encontrándose el proceso en estado de decidir, a ello se procede, para lo cual se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Conforme al artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Ibagué el 31 de octubre de 2019**, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto, consiste en establecer si la demandante, en calidad de docente adscrita al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y beneficiaria del régimen de cesantías retroactivas, tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, modificada y subrogada por la Ley 1071 de 2006, por el reconocimiento y pago tardío del anticipo de cesantías solicitado y, en caso afirmativo, cual es el periodo sobre el cual debe causarse dicha sanción.

TESIS DE LA SALA

La postura de la Sala mayoritaria consiste en afirmar que, conforme lo establecido en la Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son empleados públicos y, en consecuencia, son beneficiarios de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 cualquiera sea su régimen de cesantías. De igual manera, y en cumplimiento de lo señalado en la mencionada sentencia de unificación, considera la Sala mayoritaria que tal sanción se causa y debe liquidarse en la forma y términos señalados en dicha providencia.

FUNDAMENTOS DE LA TESIS DE LA SALA

La Sala prescinde del análisis jurídico que corresponde, tendiente a determinar si los docentes oficiales regulados por la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005, son destinatarios de lo previsto en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 en el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, especialmente en lo relacionado con sanción moratoria, por cuanto dicha discusión fue zanjada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación CE-SUJ-SII-012-

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

2018 del 18 de julio del 2018¹, en la que consideró frente a dicho asunto, entre otras cosas, lo siguiente:

77. De acuerdo con lo señalado, la Sala de Sección concluye en primer lugar, que conforme a la soberanía que reside en el pueblo y del cual emana el poder público, cuya manifestación se materializó a través de la Constitución Política, no puede existir ninguna categoría jurídica de empleado público que no se origine en la norma superior.

78. En segundo lugar, es preciso señalar que dado el criterio finalista tenido en cuenta por la Asamblea Nacional Constituyente al establecer el artículo 123 de la Constitución Política, se consideró que dentro de la categoría de servidores públicos se encontraban quienes prestaran sus servicios a la comunidad y por ende, ejercieran una función pública de forma permanente. Al respecto, según se expuso, los docentes oficiales prestan un **servicio público esencial a cargo del Estado y en beneficio del interés general**.

79. Como tercer punto, una vez analizadas las normas que establecen el régimen jurídico de la educación en Colombia, es evidente la distribución de competencias del sector central – la Nación, a las entidades territoriales, en virtud del principio de la **descentralización** administrativa, y en atención a que la vinculación de los docentes se ha realizado a través de un órgano de la administración bien sea del orden nacional o departamental, todo ello con el fin de garantizar el efectivo y eficiente ejercicio del servicio público de educación que busca no solo el cumplimiento de la función pública, sino la materialización de los fines esenciales del Estado.

80. Y finalmente, en atención al régimen especial laboral de los educadores que prestan sus servicios al Estado, cuya vinculación al servicio se efectúa a través de concurso público, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como el ascenso, la permanencia y el retiro se encuentran regulados a través de la **carrera administrativa** prevista por el Estatuto de Profesionalización Docente contenido en el Decreto 1278 de 2002, se establece que su relación laboral es de carácter legal y reglamentaria.

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

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional.”

Conforme lo señalado en dicha sentencia, los docentes integran la categoría de empleados públicos de que trata el artículo 123 de la Constitución Política, por tanto, no

¹ Consejo de Estado. Sección segunda. MP Sandra Lisset Ibarra Vélez. 18 de julio de 2018. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-2015). Demandante: Jorge Luis Ospina Cardona. Demandada: FOMAG.

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

están excluidos de la aplicación de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, e igualmente pueden verse afectados por la ausencia de pago o por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de sus cesantías.

En relación con el reconocimiento de la sanción moratoria a los docentes, en la misma sentencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado estableció las siguientes reglas jurisprudenciales, frente al conteo del término para su configuración y los parámetros para la fijación del monto a reconocer por tal concepto:

[...]. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

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

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

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

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

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

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

Para una mayor ilustración, la referida providencia resumió las distintas hipótesis que se podían plantear al momento del reconocimiento de la sanción moratoria de la siguiente manera:

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

HIPÓTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ²	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

Antes de analizar la situación fáctica del demandante, para establecer si en este caso se configuró la sanción moratoria por el reconocimiento y pago tardío de las cesantías solicitadas, el suscrito ponente aclara, en posición que no es compartida por la Sala mayoritaria, que no se zanjó dentro de dicha sentencia de unificación, la discusión respecto de la aplicación estricta del principio de legalidad en la determinación de esta sanción moratoria por ser una norma del derecho sancionatorio en el que dicho principio resulta fundamental, específicamente en cuanto al momento que marca el inicio de la sanción moratoria, frente a lo cual, la sentencia anotada se alejó, sin mayor sustento, de la enunciación textual de la norma y en cuanto a su causación, en el que la sentencia estableció un término teórico, sin respaldo procedimental acudiendo a la inaplicación retroactiva del Decreto 2831 de 2005 cuyas normas se encontraban vigentes aún después de su incorporación en la compilación efectuada a través del Decreto Único Reglamentario del Sector educación No. 1075 de 2015, hasta que a raíz de la anotada sentencia de unificación se dispuso su modificación mediante el Decreto 1272 de 2018. No obstante, atendiendo al carácter de precedente del que esa sentencia se encuentra

² Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

revestida, se acatan sin más sus directrices en relación con la forma de determinar dicha sanción moratoria y con la aplicabilidad de estas normas a las cesantías de los docentes.

Igualmente se resalta que para el ponente de esta providencia, todo servidor público que se encuentre amparado por el régimen retroactivo de cesantías, no puede ser acreedor del pago de la sanción moratoria, propio del régimen de cesantías anualizada, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 2 de la Ley 244 de 1995, dicha sanción se causa por mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos o por el incumplimiento en el reconocimiento de las mismas, mas no se causa, cuando se habla de pagos anticipados propios del régimen retroactivo, pues su valor se actualiza día a día con el mero paso del tiempo, aun cuando el salario base liquidación no sufra modificación alguna, el valor de las cesantías acumuladas si lo hace, porque la antigüedad en el servicio crece, lo cual explica históricamente el surgimiento de las normas de las cuales se desprende esa sanción moratoria, solo a partir de la implementación de las cesantías anualizadas como régimen general de los servidores públicos, situación concreta que no ha sido abordada de manera detallada por el Consejo de Estado y que no es compartida por la Sala mayoritaria.

CASO CONCRETO

Conforme con el material probatorio obrante en el expediente, frente al trámite dado a la solicitud de retiro de cesantías elevada por la parte actora, se encuentran acreditados los siguientes fundamentos facticos, los cuales se resumen en el presente cuadro explicativo:

Presentación de solicitud de retiro de cesantías ante la Secretaría de Educación Territorial	22 de febrero de 2016	Fl. 59 cuaderno digitalizado principal
Fecha de estudio y negación por parte del FOMAG (Requiere constancia de terminación proceso ejecutivo laboral)	17 de febrero de 2016	Fl. 62 cuaderno digitalizado principal
Presentación de la constancia expedida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Ibagué	14 de abril de 2016	Fl. 63 cuaderno digitalizado principal
Fecha de estudio y aprobación por parte del FOMAG	12 de julio de 2016	Fl. 70 cuaderno digitalizado principal
Expedición Resolución de reconocimiento y pago de las cesantías por la Secretaría de Educación	06 de septiembre de 2016	Fl. 76 - 79 cuaderno digitalizado principal
Notificación de resolución de reconocimiento y pago de las cesantías	12 de septiembre de 2016	Fls. 79 reverso cuaderno digitalizado principal
Pago del valor de las cesantías	27 de octubre de 2016	Fl 9 cuaderno digitalizado principal

Establecido lo anterior, para la Sala efectivamente, entre la fecha de radicación de la solicitud de las cesantías y la fecha de pago, trascurrieron más de los setenta días que se establecen en la Sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018 de 18 de julio de 2018, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado como término permisible

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

para el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas solicitadas por el personal docente, el cual, una vez cumplido, da lugar a la configuración de la sanción moratoria a la que se hace referencia en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006.

En efecto, advierte la Sala que si bien la demandante radicó la petición de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías definitivas el 22 de febrero de 2016, sólo hasta el **14 de abril de 2016** cuando allegó la constancia requerida por el FOMAG relacionada con la terminación del proceso ejecutivo que cursaba en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Ibagué, se continuó con el trámite administrativo correspondiente; por lo tanto, los 70 días con los que contaba la administración para proferir el acto administrativo de reconocimiento de la cesantía solicitada, para notificarlo y para pagar su valor, vencieron el día **28 de julio de 2016**, fecha a partir de la cual empezó a generarse la sanción moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo en su cancelación y como dicho pago se efectuó el día **27 de octubre de 2016**, se concluye que se causaron 90 días de mora.

Desde	Hasta	Días de Mora
29 de julio de 2016	26 de octubre de 2016	90 días

Precisa esta colegiatura también que, como la reclamación en sede administrativa, orientada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria se radicó el **12 de octubre de 2017** (fls. 12 a 14 cuaderno principal expediente digitalizado), lo reconocido no está afectado por el fenómeno de prescripción, comoquiera que transcurrió un término inferior a tres años desde la fecha en que se hizo exigible la obligación y aquella en que se radicó la petición en sede administrativa.

Así las cosas, la Sala considera procedente acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenando el reconocimiento y pago, a título de sanción moratoria, de un día de salario por el pago tardío de las cesantías de la parte actora, entre **el 29 de julio de 2016 al 26 de octubre de 2016**, con base en la asignación básica devengada por la demandante en la anualidad de 2015.

Para mayor claridad, la Sala procede a realizar el siguiente cuadro explicativo:

Fecha petición cesantías de manera completa	14 abril 2016
Respuesta (15 días)	05 mayo 2016
Ejecutoria (10 días)	20 mayo 2016
70 días hábiles	28 julio 2016
Mora a partir de	29 julio 2016
Fecha de pago	27 octubre 2016
Días de mora	90
Salario mensual	2.866.699
Salario diario	95.557
Valor de la mora	8.600.097

En ese orden de ideas, la Sala considera procedente confirmar el numeral segundo de la sentencia en relación con la existencia del silencio administrativo negativo frente a la petición radicada por la demandante el 12 de octubre de 2017, mediante la que solicitó

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago inoportuno del anticipo de cesantías pretendido.

Así mismo, se revocará en lo demás la sentencia dictada el 31 de octubre de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo de Ibagué y en su lugar se ordenará el decreto de nulidad del acto ficto derivado de ese silencio administrativo negativo a través del cual se entiende que el MUNICIPIO DE IBAGUÉ en representación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del **anticipo de cesantías** al demandante, establecida en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, **en calidad de docente nacionalizado con régimen de cesantías retroactivo.**

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reconocer y pagar a la señora **AMPARO URQUIJO CORTÉS**, la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el **29 de julio al 26 de octubre de 2016**, para un total de 90 días de mora, equivalente a **\$ 8.600.097.**

Por último, considera la Sala que teniendo en cuenta que se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y se ordenará el reconocimiento y pago a favor de la parte demandante de una sanción moratoria por la demora en el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, resulta pertinente remitir copia de ésta providencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, para que inicien las investigaciones a que haya lugar, en relación con la posible conducta omisiva en la que pudieron incurrir las autoridades encargadas del pago de las cesantías a la accionante y que hubiera podido causar daño al patrimonio público, como lo ha venido realizando el Consejo de Estado.

COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

De conformidad con lo anterior, se observa que el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso dispone que cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

De acuerdo con la composición de las costas, según el artículo 361 del CGP, están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. En lo que respecta a las agencias en derecho, el Consejo de Estado ha sostenido que estas deben ser fijadas atendiendo la posición de las partes, y en aplicación a las tarifas contempladas en los acuerdos 1887 de 2003 y 10554 de 2016 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, según sea el caso,

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

resaltando que el mismo ordenamiento jurídico advierte que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

Visto lo anterior, la Sala condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada, teniendo en cuenta que esta providencia revoca totalmente la del inferior y en virtud de la gestión realizada por la parte demandante a lo largo del proceso. Para el efecto, se fijarán como agencias en derecho, la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que deberá ser liquidado por la Secretaría del Juzgado de origen, conforme lo establece el artículo 366 del Código General del Proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo de Ibagué, en relación con la existencia del silencio administrativo negativo frente a la petición radicada por la demandante el 12 de octubre de 2017, conforme las consideraciones esbozadas en precedencia.

SEGUNDO: REVOCAR en lo demás la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar:

“DECLARAR la nulidad del acto ficto derivado de ese silencio administrativo negativo a través del cual se entiende que el MUNICIPIO DE IBAGUÉ en representación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del anticipo de cesantías a la demandante, establecida en la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, en calidad de docente nacionalizada con régimen de cesantías retroactivo.

*A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** reconocer y pagar a la señora **AMPARO URQUIJO CORTÉS**, la sanción moratoria establecida en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el **29 de julio al 26 de octubre de 2016**, para un total de 90 días de mora, equivalente a \$ **8.600.097.**”*

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada, fijando como agencias en derecho, la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, el cual deberá ser liquidado por la Secretaría del Juzgado de origen, conforme lo establece el artículo 366 del Código General del Proceso.

QUINTO: Remitir copia de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación y a la Contraloría General de la República, a fin de que se inicien las investigaciones a que haya lugar, en relación con la posible conducta

Demandante: AMPARO URQUIJO CORTÉS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y OTRO.

Radicación: 73001-33-33-009-2018-00330-01

Interno: 01415 – 2019

omisiva en que pudieron incurrir las autoridades encargadas del pago de las cesantías a la demandante, por el posible detrimento del erario.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, DEVOLVER el expediente al juzgado de origen, realizando las anotaciones de rigor y dejando las constancias correspondientes en el sistema “Siglo XXI”.

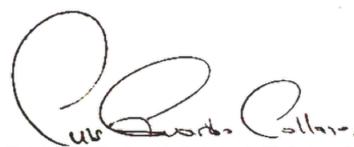
En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala de decisión mediante la utilización de medios electrónicos

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA



ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA