



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué- Tolima, quince (15) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: **Ofelia Yate Prieto**
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional– Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura
Radicación: 73001-33-33-003-**2022-0010-00**

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia anticipada, de conformidad con lo dispuesto en los literales a) y c) del numeral 1° del artículo 182 A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Ofelia Yate Prieto en contra de Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y Departamento del Tolima – Secretaría de Educación y Cultura.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES (A3. 2022-00010 DEMANDA, PODER Y ANEXOS.pdf, página 3)

- 1.1. Declarar nulidad del oficio TOL2021EE023479 del 13 de julio de 2021, por el cual la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dio respuesta negativa a la petición radicada el 22 de enero de 2021, en la que se solicitó el pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.
- 1.2. Declarar la nulidad del acto ficto o presunto del día 16 de septiembre de 2021, por el cual Departamento del Tolima dio respuesta negativa de forma ficta, a la petición radicada el 16 de junio de 2021, en la que se solicitó el pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.
- 1.3. A título de restablecimiento del derecho, reconocer, liquidar y pagar la sanción moratoria por no haberse pagado a tiempo el valor reconocido por concepto de cesantías en la Resolución No. 1535 del 13 de abril de 2020.
- 1.4. Condenar a las demandadas Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima, a reconocer, liquidar y pagar a favor de la demandante, la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 por el no pago oportuno de las cesantías reconocidas en la Resolución 1535 del 13 de abril de 2020.
- 1.5. Condenar a las demandadas a reconocer, liquidar y pagar la indexación de la suma solicitada en el numeral anterior desde la fecha de pago de las cesantías y hasta la fecha de pago efectivo de la sanción moratoria.

- 1.6. Condenar a las entidades demandadas en costas, y a dar cumplimiento a la sentencia.

2. HECHOS RELEVANTES (A3. 2022-00010 DEMANDA, PODER Y ANEXOS.pdf, páginas 3-4)

- 2.1. El 21 de febrero de 2020, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías a que tiene derecho.
- 2.2. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 1535 del 30 de abril de 2020 reconoció y ordenó el pago de la prestación solicitada.
- 2.3. Solo hasta el 25 de febrero de 2021 se pagó lo solicitado por concepto de cesantías.
- 2.4. El 16 de junio de 2021 se radicó ante Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento del Tolima, peticiones tendientes a obtener el reconocimiento, liquidación y pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 5 de la ley 1071 de 200.
- 2.5. La Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del Oficio No. TOL2021EE023479 del 13 de julio del 2021, dio respuesta de forma negativa a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria en favor de la mandante.
- 2.6. Habiendo transcurrido el término otorgado por la Ley para resolver la petición el Departamento del Tolima guardó silencio.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En el término otorgado por la ley para el ejercicio de sus derechos de contradicción y defensa, las entidades demandadas guardaron silencio, como se hizo constar por la secretaría del Juzgado el 5 de octubre de 2022 (B1. 2022-00010 CONSTANCIA SECRETARIAL VENCE TRASLADO PARA CONTESTAR E INICIA PARA REFORMAR).

4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2021, y correspondió a este Despacho por reparto de ese mismo día (A2. 2022-00010 ACTA DE REPARTO SEC. 2117.pdf), siendo admitida en auto del 18 de febrero de 2022, disponiendo lo de ley (A6. 2022-00010 AUTO ADMITE DEMANDA.pdf).

Debidamente integrado el contradictorio y advirtiéndose la posibilidad de dictar sentencia anticipada, el 15 de noviembre de 2022 se fijó el litigio y se le otorgó a las partes la oportunidad para presentar alegatos de conclusión, (C7. 2022-00010 AUTO CORRE TRASLADO PARA ALEGAR.pdf), derecho del cual hicieron uso la parte demandante y el Fomag, mientras que el Departamento del Tolima guardó silencio..

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **Demandante** (C9. 2022-00010 ALEGATOS PARTE DEMANDANTE pdf)

A través de su apoderado judicial, hizo cita de la sentencia de unificación CE-SUJ2-2018, en la cual el Consejo de Estado unificó jurisprudencia señalando que al

personal docente oficial le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias, en cuanto a sanción moratoria por mora en el pago de las cesantías y reiterando los argumentos planteados en la demanda, insiste en que le asiste el derecho a la sanción moratoria, por la tardanza en el pago de las cesantías.

- **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales Del Magisterio** *(D1. 2022-00010 ALEGATOS MIN EDUCACION FOMAG.pdf)*

Insiste en que, tratándose de sanción moratoria derivada del pago extemporáneo de la cesantía y causada desde el 01 de enero de 2020, esta corre a cargo del ente territorial por expresa disposición legal.

Señaló que la fecha de solicitud de cesantías fue el 21 de febrero de 2020, y la expedición del acto administrativo data del 30 de abril de 2020, siendo notificado el 06 de octubre de 2020 y recibido por la FIDUPREVISORA para su pago el 21 de enero de 2021, la cual realizó el pago a la docente el 13 de febrero de 2021, generándose 252 días de mora, de los cuales, ninguno es responsabilidad del FOMAG, por lo que la entidad territorial es la responsable de asumir el pago de la sanción.

Así las cosas, al amparo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, y en el evento de declararse la nulidad del acto administrativo solicitado, indicó que el pago de la sanción debe ser asumido por el Ente Territorial Departamento del Tolima.

II. CONSIDERACIONES

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 3º y 156 numeral 2º ibídem.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se resolverá acerca de la nulidad de los actos administrativos demandados, para lo cual habrá que determinar si a la señora Ofelia Yate Prieto, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la ley 1071 de 2006 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías, y la entidad a la que le es imputable tal obligación, de acuerdo con las previsiones de la Ley 1955 de 2019.

3. MARCO JURÍDICO

i) **Marco normativo de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías de los servidores públicos.**

La cesantía es una prestación social, originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no sólo al trabajador adscrito al sector privado sino también al vinculado al sector público, sea cual sea la modalidad bajo la cual se haya generado el vínculo. Se reconoce cuando se rompe la relación entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda.

Ahora bien, la indemnización por mora en el pago de la cesantía de los servidores públicos fue prevista por el legislador, a través de la Ley 244 de 1995 *“Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”*, estableciendo en sus artículos 1º y 2º, un término perentorio de 15 días para la expedición de la resolución correspondiente, un plazo máximo de 45 días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías definitivas para su pago efectivo y un reconocimiento a favor del beneficiario equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de la prestación.

Con la Ley 1071 de 2006 que modificó y adicionó la Ley 244, se incluyeron en los plazos para reconocimiento, pago y la sanción por mora, las reclamaciones por concepto de cesantías parciales.

ii) Aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al personal docente del sector oficial y sustento jurisprudencial.

El artículo 2º de la Ley 1071 de 2006, indica que los destinatarios de dicha ley son *“los miembros de las Corporaciones Públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República y trabajadores particulares afiliados al Fondo Nacional del Ahorro”*.

La H. Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-336 del 18 de mayo de 2017, con ponencia del Doctor IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO, precisó que los docentes oficiales hacen parte de la categoría de empleados públicos, pues aunque no están expresamente rotulados en ninguna de las categorías de servidores públicos mencionados en el artículo 2 de la Ley 1071 de 2006, lo cierto es que el Estatuto Docente contenido en la Ley 2277 de 1979 los definió como empleados oficiales de régimen especial y a su vez, la Ley Orgánica de Distribución de Competencias y Recursos (60 de 1993) y la Ley General de Educación (115 de 1994), los denominaron servidores públicos de régimen especial, expresiones que son de contenido equivalente, concluyendo entonces que les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial y específicamente advirtió, que cuando el artículo 19 de la Ley 91 de 1989 establece que el pago de las cesantías de los docentes oficiales se rige por la normatividad vigente, se refiere a la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, que contempla la posibilidad de reconocer a favor de sus destinatarios, la sanción por el pago tardío de las cesantías previamente reconocidas.

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ-SII-(012-2018) del 18 de julio de 2018 Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 NI: 4961-2015, sobre la naturaleza del cargo de los docentes al servicio oficial, consideró que, se encuadran dentro del concepto de empleados públicos, establecido en el artículo 123 de la Constitución Política y a partir de ello, unificó 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...”***

Finalmente es necesario precisar que, aunque la Ley 91 de 29 de diciembre de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, distinguió entre docentes nacionales, nacionalizados y territoriales y en lo que atañe a las cesantías, (i) para los docentes nacionalizados 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 (ii) para los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990 estableció un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses, ni la sentencia de unificación SU-336 del 18 de mayo de 2017 de la Corte Constitucional, ni la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-(012-2018) del 18 de Julio de 2018, hicieron alguna distinción del régimen de cesantías aplicable a los docentes, a la hora de reconocer que tienen derecho a la indemnización por la tardanza en liquidación, reconocimiento y pago de sus cesantías.

iii) Conteo de la sanción moratoria

Inicialmente, respecto del conteo de términos de la sanción moratoria, el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 02 de marzo de 2017 C. P., Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado No. 08001-23-33-000-2012-00431-01(1721-14) indicó que la sanción empezaba a causarse a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de 45 días para el pago previsto en el artículo 5º de la ley 1071, plazo que se contabilizaba a partir de la firmeza del acto que ordenaba la liquidación de las cesantías y que en los eventos en que la administración no se pronunciaba o lo hacía de forma tardía, la indemnización corría una vez transcurrieran 70 días después de la radicación de la petición, tomando en cuenta 15 días para expedir el acto, 10 días como término de ejecutoria y 45 días para el pago. (Artículo 2º de la Ley 244 de 1995, modificado por el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006).

Ahora bien, el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, en la Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2018 ya citada, planteó los siguientes escenarios, para indicar el momento en que se hace exigible la sanción por mora y de esta forma realizar el debido control o conteo de la sanción por mora:

- Hipótesis de falta de pronunciamiento o pronunciamiento tardío.

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), 10 del término de ejecutoria de la decisión (Arts. 76 y 87 de la Ley 1437 de 2011) [5 días si la petición se presentó en vigencia del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984, artículo 51, 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 2006.

- Hipótesis del acto escrito que reconoce la cesantía.

Luego de fijar la postura sobre el conteo del término de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías cuando la entidad no expide el acto administrativo de reconocimiento de la prestación o lo expide tardíamente, el Consejo de Estado también enseñó cómo debe contarse el término cuando el acto de reconocimiento pensional se expide dentro de los 15 días siguientes al recibo de la respectiva comunicación, estableciendo las siguientes alternativas:

a) Cuando se produce la notificación por medios electrónicos.

En este evento habrá de considerar el artículo 56 del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la

cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

b) Cuando se efectúa la notificación personal.

En este caso el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo **por aviso** remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 *ibidem*; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

c) Cuando el acto escrito no se notifica.

Pero en su defecto, y entendiendo que para el pago de la cesantía lo que existe es un término expreso para el empleador *so pena* de constituirlo en mora y generar en su contra una sanción, ese deber ocurre luego de verificar el cumplimiento de otras obligaciones, entre ellas, la de notificar el acto de reconocimiento conforme se lo ordena la ley, la cual debió ocurrir por ministerio de la ley a más tardar dentro de los 12 días siguientes a que se expide, así: el término de 45 días solo será viable después de 12 días de expedido el acto definitivo, esto es, considerando la ficción que la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario, 5 días que le dio de espera para comparecer a recibir la notificación, 1 día para entregarle el aviso y 1 más con el que la perfecciona por este medio.

d) Cuando el peticionario renuncia expresamente a los términos de notificación y de ejecutoria.

En este caso, los 45 días para que se produzca el pago de la cesantía reconocida, corren a partir del día siguiente en que renuncia a los términos de notificación y ejecutoria.

e) Cuando el interesado presenta recurso contra el acto de reconocimiento.

En este evento el plazo de los 45 días hábiles, iniciará una vez adquiera firmeza el acto administrativo respectivo, esto es, de acuerdo con lo señalado en el numeral 2 artículo 87, desde el día siguiente a la comunicación de la decisión sobre los recursos interpuestos; por consiguiente, el cómputo se efectuará así: notificado el acto que resuelva la impugnación, se contabilizará 1 día correspondiente a la ejecutoria y a partir del día siguiente correrá el plazo legal para el pago previsto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

f) Cuando el interesado presenta recurso y este no es decidido.

Sobre este punto, la alta Corporación indicó que pasados 15 días hábiles sin que se notifique *acto* que resuelve el recurso interpuesto, empezará a correr el término

que tiene la administración para pagar la cesantía en los términos que fue reconocida, plazo previsto en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 que debe agotarse para causar la sanción moratoria.

Las anteriores hipótesis son resumidas por nuestro órgano de cierre, en el siguiente cuadro:

HIPOTESIS	NOTIFICACIÓN	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica, pero no se tiene en cuenta para el cómputo 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 ¹	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

De otra parte, frente a la aplicación de los términos establecidos en el Decreto Reglamentario 2831 de 2005 para el cómputo de la sanción moratoria, explicó la alta Corporación que tal disposición desconoce la jerarquía normativa de la ley, al establecer trámites y términos diferentes a los previstos en ella para el reconocimiento y pago de la cesantía, que como se ha visto, resultan aplicables al sector docente oficial. Por ende, a tales servidores se aplicarán los términos contemplados en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En lo que atañe al decreto aludido, el Consejo de Estado en aplicación de la «*excepción de ilegalidad*», consagrada en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, inaplicó para los efectos de la unificación jurisprudencial la mencionada norma reglamentaria, e instó al Gobierno Nacional a que en futuras reglamentaciones tuviera en cuenta los términos y límites prescritos en la ley para la causación de la sanción moratoria por la mora en el pago de las cesantías.

iv) El salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales, prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

¹ 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.

En síntesis, el Consejo de Estado dentro de la sentencia de Unificación indicó que en lo referente a las cesantías parciales, la asignación básica para la liquidación de la sanción será la que devengue el servidor al momento de la causación de la mora, a diferencia de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las definitivas, que estará constituida por la devengada para la fecha de finalización de la relación laboral o el vínculo contractual, por ser la fecha en que se hace exigible tal prestación social.

En lo que respecta al sistema de liquidación anualizado previsto en la Ley 50 de 1990, para los servidores públicos del nivel territorial afiliados a fondos administradores privados y que se vinculen a partir del 31 de diciembre de 1996, la obligación del empleador surge por cada vigencia fiscal -Efectuar la liquidación el 31 de diciembre y consignar dicho valor antes del 15 de febrero del año siguiente-, razón por la cual la base de liquidación será la vigente al momento de mora y con la asignación básica de cada año.

Desde esa perspectiva, en la sentencia de unificación, la sala presentó el siguiente cuadro explicativo:

RÉGIMEN	BASE DE LIQUIDACIÓN DE MORATORIA (Asignación Básica)	EXTENSIÓN EN EL TIEMPO (varias anualidades)
Anualizado	Vigente al momento de la mora	Asignación básica de cada año
Definitivo	Vigente al retiro del servicio	Asignación básica invariable
Parciales	Vigente al momento de la mora	Asignación básica invariable

v) Entidad responsable del pago de la sanción moratoria.

La Ley 1955 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto Por Colombia, Pacto por la Equidad”, en su artículo 57 prohíbe la imposición por vía administrativa y/o judicial de indemnizaciones económicas con cargo a los recursos del Fondo y señala que la entidad territorial será 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 la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ciertamente, la norma en comento dispone:

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET). En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

*Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. **No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.***

PARÁGRAFO. La entidad territorial será 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 la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención...". (Destaca el Juzgado)

La Ley 1955 de 2019 rige a partir de su publicación, es decir, a partir del 25 de mayo de 2019, de tal suerte que se concluye que la imputación a la entidad territorial certificada en educación, solamente podrá hacerse si se trata de sanción moratoria por períodos posteriores a la entrada en vigencia de esta norma, en cuyo caso, habrá que determinar si, la mora en el pago de las cesantías al docente afiliado al FOMAG, es consecuencia de la inacción de la respectiva secretaría de educación territorial en las competencias de su cargo.

Por su parte, el Decreto 1272 de 2018, *por el cual se modifica el Decreto 1075 de 2015 – Único Reglamentario del Sector Educación-*, se reglamenta el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en cuanto a trámite de reconocimiento de cesantías señala:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.24. Gestión a cargo de la sociedad fiduciaria en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La sociedad fiduciaria, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, deberá impartir su aprobación o desaprobarlo argumentando de manera precisa el sentido de su decisión.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la sociedad fiduciaria deberá digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada, a través de la plataforma dispuesta para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.25. Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria, del documento que contiene la aprobación o la desaprobarlo del proyecto de acto administrativo, deberá expedir el acto administrativo definitivo que resuelva la solicitud de reconocimiento de cesantías.

Si la entidad territorial certificada en educación tiene objeciones frente al resultado de la revisión de que trata el artículo anterior, podrá presentar ante la sociedad fiduciaria las razones de su inconformidad, dentro de los 2 días hábiles siguientes contados desde la recepción del documento que contiene la aprobación o desaprobarlo del proyecto de acto administrativo.

La sociedad fiduciaria contará con 2 días hábiles para resolver las observaciones propuestas por la entidad territorial certificada en educación, contados desde la recepción del documento que contiene las objeciones del proyecto.

La entidad territorial certificada en educación, dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción, debe expedir el acto administrativo definitivo.

En cualquier caso, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir en la plataforma dispuesta por la sociedad fiduciaria, el acto administrativo digitalizado.

PARÁGRAFO. Bajo ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser entendidos como una ampliación del plazo señalado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006. En todos los casos, las solicitudes de que trata este artículo deberán resolverse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su radicación completa por parte del peticionario.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes.

(...)

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.30. Notificación y recursos contra los actos administrativos. El término y la forma de notificación, así como la procedencia y el trámite de los recursos en contra de los actos administrativos que resuelven las solicitudes de reconocimiento de las prestaciones económicas que por disposición legal debe reconocer el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se sujetarán a lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.»

4. CASO CONCRETO

Con los medios de prueba válida y oportunamente aportados al proceso, el despacho encuentra acreditados los siguientes hechos relevantes para la decisión del caso objeto de estudio:

- Que a través de petición radicada el día **21 de febrero de 2020**, la señora Ofelia Yate Prieto solicitó ante la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima, el pago de sus cesantías parciales, las cuales le fueron reconocidas por medio de la Resolución No. 1535 del **30 de abril de 2020** (A3. 2022-00010 DEMANDA, PODER Y ANEXOS.pdf página 23-25)
- La resolución No. 1535 del 30 de abril de 2020 fue notificada vía correo electrónico enviado a la demandante el **03 de agosto de 2020** (A3. 2022-00010 DEMANDA, PODER Y ANEXOS.pdf página 16)
- Que las cesantías quedaron a disposición de la señora Ofelia Yate Prieto, a partir del **13 de febrero de 2021** (A3. 2022-00010 DEMANDA, PODER Y ANEXOS, página 17)
- Que a través del radicado TOL2021ER022258 del 16 de junio de 2021, la parte actora solicitó a la Nación – Ministerio de Educación – FOMAG el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retraso (A3. 2022-00010 DEMANDA, PODER Y ANEXOS, página 19)
- Que a través del radicado 20211011848192 del 16 de junio de 2021, la parte actora solicitó al Departamento del Tolima el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retraso. (A3. 2022-00010 DEMANDA, PODER Y ANEXOS, página 29)
- Que frente a la petición con radicado TOL2021ER022258 del 16 de junio de 2021, la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del Oficio No. TOL2021EE023479 del 13 de julio del 2021, dio respuesta de forma negativa a la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria. (A3. 2022-00010 DEMANDA, PODER Y ANEXOS, página 23)
- Por su parte, el Departamento del Tolima no dio respuesta expresa a la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, entendiéndose la configuración de un acto ficto presunto negativo.

5.1. Habiendo transcurrido el término otorgado por la Ley para resolver la petición el Departamento del Tolima guardó silencio.

De acuerdo con el anterior antecedente fáctico y con la finalidad de establecer qué regla jurisprudencial es aplicable al presente asunto, lo primero que debe verificar el despacho es si la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima, como delegada del FOMAG, expidió el acto de reconocimiento de las cesantías parciales dentro del plazo de 15 días previsto en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006, encontrando este Despacho que fue **NO** expedido oportunamente, como quiera que la solicitud fue presentada el 21 de febrero de 2020 y la resolución de reconocimiento fue emitida el 30 de abril mismo año, es decir, 47 días hábiles de presentada la petición.

Partiendo de la base que acto administrativo fue expedido por fuera del término de ley, oportunidad en que la sanción moratoria corre 70 días hábiles posteriores a la radicación de la solicitud de reconocimiento de cesantías, los cuales corresponden a: *i)* 15 días hábiles para emitir el acto, *ii)* 10 días hábiles para la notificación; *iii)* 45 días para efectuar el pago, la sanción moratoria se causó de la siguiente manera:

FECHA DE SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE LAS CESANTIAS	FECHA EN QUE DEBIÓ EXPEDIRSE EL A.A (15 DÍAS HÁBILES)	NOTIFICACIÓN Y EJECUTORIA DEL A.A (10 DÍAS HÁBILES)	FECHA LÍMITE PARA EL PAGO EFECTIVO (45 DÍAS HÁBILES)	FECHA DE PAGO DE LAS CESANTÍAS
22 de enero de 2020	12 de febrero de 2020	26 de febrero de 2020	05 de mayo de 2020	13 de febrero de 2021

De acuerdo con lo anterior, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías se causó desde el **06 de mayo de 2020 hasta el 12 de febrero de 2021**, día anterior a la fecha de pago, generándose un retardo de **283 días**, que deben ser liquidados con la asignación básica percibida por la docente en el año 2020, cuantía de la que no obra prueba en el expediente.

Ahora bien, al estudiar la actuación desplegada por el Departamento del Tolima desde el momento en que el docente demandante radicó la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías – 22 de enero de 2020- y siguiendo los lineamientos del Decreto 1272 de 2018, se sabe que la Secretaría de Educación, debía expedir el acto administrativo dentro de los 15 días posteriores a la solicitud, y notificarlo dentro de los 10 días subsiguientes, por lo que una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo, debía remitirlo en forma inmediata para su pago (*artículo 2.4.4.2.3.2.26.*), situación que no acaeció en el caso en concreto, pues se tiene que el acto administrativo fue expedido fuera del plazo de 15 días y la notificación se hizo incluso luego de haber vencido la fecha límite para el pago, lo que influyó directamente en la demora que se generó.

Se considera que la mora en el pago de las cesantías de la aquí demandante obedece al incumplimiento de los plazos previstos para la expedición, notificación, radicación y entrega de la solicitud de pago de cesantías, por parte de la Secretaría de Educación del Tolima al FOMAG, y en consideración a que dicha mora se causó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, la imputación de responsabilidad en el pago de la sanción que deberá ser reconocida en este trámite judicial, se hará al Departamento del Tolima, atendiendo a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 57 de la precitada norma, se exonerará de responsabilidad al FOMAG, lo que se entenderá así resuelto, al no emitirse orden de restablecimiento del derecho en su contra.

Por lo anterior, se declarará la nulidad del acto ficto proferido por el Departamento del Tolima y que se configuró 3 meses después de elevada la petición, (art. 83 C.P.A.C.A.), pues como se vio, es el responsable del pago de la sanción moratoria.

5. PRESCRIPCIÓN

Frente a la prescripción trienal de derechos prevista en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, se analiza lo siguiente:

Plazo para el pago:	05 de mayo de 2020
Inicio de la sanción por mora:	06 de mayo de 2020
Fin de la sanción por mora:	12 de febrero de 2021
Reclamación administrativa:	16 de junio de 2021

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que el fenómeno prescriptivo no alcanzó a operar, toda vez que no se ha superado el término de tres años entre los días en que se causó la mora por el no pago oportuno de cesantías y la reclamación administrativa que interrumpió el término por tres años más.

6. INDEXACIÓN

La parte demandante pretende que se condene a las demandadas a indexar los valores resultantes de la sanción moratoria desde la fecha de pago de las cesantías y hasta la fecha de pago efectivo de la sanción moratoria.

Al respecto, el Despacho debe precisar que como lo explicó el Consejo de Estado en su sentencia de unificación CE-SUJ-SII-(012-2018) del 18 de julio de 2018, no hay lugar a indexar la sanción moratoria, ya que dicha sanción penaliza la negligencia u omisión del empleador que no paga oportunamente las cesantías a sus empleados y el valor de dicha penalidad es mucho mayor al de la indexación y por lo tanto cubre la misma, lo anterior, **sin perjuicio de la actualización prevista en el artículo 187 del C.P.A.C.A.**, precisión del órgano de cierre que ha venido llevando a este Despacho a ordenar el cumplimiento de la norma en los diferentes fallos que ha proferido sobre el tema.

Sin embargo, para dar mayor claridad, haciendo suya la tesis planteada por la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado en sentencia del 26 de agosto de 2019 en la radicación 68001-23-33-000-2016-00406-01 (1728-2018) con ponencia del consejero William Hernández Gómez, este Juzgado considera también que *“La indexación de la sanción moratoria no procede durante el tiempo de su causación, pero sí una vez esta finaliza y se ordena por condena judicial”*

Ello debe ser así, porque durante el tiempo en que se genera la sanción, cada día se incrementa en una suma que resulta mucho más alta que la indexación y entonces no hay ninguna devaluación, pero una vez cesa la causación de la mora, ese monto totalizado empieza a verse afectado por el fenómeno inflacionario que lo hace devaluarse y, en consecuencia, no actualizarlo, implicaría un restablecimiento del derecho incompleto e injustificado.

Por ende, se permite el Juzgado precisar, que lo que corresponderá hacer a la entidad demandada, es actualizar el valor total generado por sanción moratoria, a partir del día en que cesó su causación, esto es el **13 de febrero de 2021** y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la tradicional fórmula del Consejo de Estado:

R= R.H. Índice Final

Índice Inicial

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es el valor de la sanción moratoria, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial que es el vigente el día en que cesó la causación de la sanción moratoria.

Para el cumplimiento de la sentencia, como el reconocimiento de los intereses a que hubiera lugar, se dará aplicación a lo previsto en el artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

7. CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018² verificando en consecuencia que la parte actora, además de la presentación de la demanda, concurrió a la audiencia inicial celebrada y presentó escrito de alegatos de conclusión, razón por la cual, considerando además la cuantía de las pretensiones reconocidas, se fijará la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada Departamento del Tolima, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo, por la no respuesta a la petición elevada el 16 de junio de 2021 y en el cual, el Departamento del Tolima negó a la demandante, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, a reconocer y pagar a favor de la señora **OFELIA YATE PRIETO**, un día de salario por cada día de retardo a título de sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, por los doscientos ochenta y tres (283) días que cursaron de mora entre el **06 de mayo de 2020 hasta el 12 de febrero de 2021**, los cuales deberán ser liquidados con la asignación básica devengada por la docente en el año 2020.

TERCERO: CONDENAR al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, a que sobre la suma total causada por sanción moratoria e indicada en el ordinal anterior, realice los ajustes de valor a partir del día en que cesó su causación, esto es **13 de febrero de 2021** y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, en cumplimiento del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

CUARTO: CONDENAR en costas al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**. Conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se fija la suma de **UN MILLÓN DE PESOS** (\$1.000.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la demandante, y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso.

SEXTO: A esta sentencia se le dará cumplimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMO: Háganse las anotaciones pertinentes en las bases de datos que maneja este Juzgado y una vez en firme, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

Firmado Por:
Diana Carolina Mendez Bernal
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Oral 3
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: **13a8750961e64012d0bd4d5652509a7f619bb86e7607b11a48c9fef176abba03**

Documento generado en 11/01/2023 10:19:43 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>