



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
Ibagué- Tolima, catorce (14) de febrero de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante: **OSMAN GASPAR MURILLO MOSQUERA**
Demandado: **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**
Radicación: **73001-33-33-003-2019-00147-00**

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por Osman Gaspar Murillo Mosquera contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

- 1.1. Que se declare la existencia de un acto ficto o presunto surgido el 10 de febrero de 2018, por la no respuesta expresa a la solicitud que hizo el demandante el 10 de noviembre de 2017, para el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006.
- 1.2. Que se declare la nulidad del acto ficto presunto referido en el numeral anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reconocer y pagar al demandante, la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados desde el día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles a partir de haber radicado la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
- 1.3. Que se condene al reconocimiento y pago de los ajustes al valor a que haya lugar, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
- 1.4. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011
- 1.5. Que se condene en costas a la demandada.

2. HECHOS RELEVANTES

- 2.1. El señor Osman Gaspar Murillo Mosquera, por laborar como docente en los servicios educativos estatales en el Departamento del Tolima, solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día **05 de junio de 2014**, el reconocimiento y pago de las cesantías a que tenía derecho.

- 2.2. Mediante Resolución N° **8064 del 25 de noviembre de 2014**, le fueron reconocidas al actor, las cesantías parciales solicitadas.
- 2.3. Las cesantías fueron pagadas el día **17 de febrero de 2015**, por intermedio de entidad bancaria.
- 2.4. Luego de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción por mora el **10 de noviembre de 2017**, se entiende que la entidad demandada resolvió negativamente la petición a través de acto ficto o presunto.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

La apoderada judicial se opuso a las pretensiones de la demanda, dependiendo de lo que resulte probado en el proceso.

Se refiere a la existencia de un régimen especial para el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías parciales y definitivas de los docentes afiliados al FONPREMAG, el cual implica la participación de las Secretarías de Educación certificadas y de la Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del Fondo.

Advierte que dentro de las competencias atribuidas por el Decreto 2831 de 2005, las Secretarías de Educación deben atender los turnos de radicación de las solicitudes y la disponibilidad presupuestal respetando el principio de legalidad del gasto, lo que conlleva a que resulte necesario verificar una vez se eleva la solicitud por los docentes, que no se hubiere presentado petición anterior y que el Fondo cuente con el rubro para el pago.

Reconoce que de acuerdo con lo considerado en la sentencia SU-336 del 18 de mayo de 2017 de la Corte Constitucional y la SU del Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, los docentes oficiales tienen derecho al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías. Sin embargo advierte que debe tenerse en cuenta la interpretación dada por la Corte Constitucional en sentencia C-604/12 sobre el respeto de los principios del presupuesto y los trámites internos para efectuar el pago de una condena.

Solicita también que en caso de accederse a las pretensiones, no se conceda la indexación de la condena, porque a su juicio, se trataría de un doble pago por el mismo concepto, lo que generaría un detrimento patrimonial.

Con cita de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, advierte de la imposibilidad de condenar al FONPREMAG cuando la mora en el pago de las cesantías, sea originada por el incumplimiento de los plazos por parte de la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada y que no es posible decretar el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo.

Plantea la excepción de Prescripción, aduciendo que el inicio de la mora habría de contarse a partir del 18 de septiembre de 2014 y que el demandante tan solo hizo la reclamación el 10 de noviembre de 2017, por lo que considera que ha

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Osman Gaspar Murillo
Demandado : Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00147-00

78

operado el fenómeno de la prescripción trienal del derecho de que trata el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968..

Finalmente pide ser exonerada en costas, al considerar con cita de jurisprudencia, que la misma no puede ser automática ni imponerse por el simple hecho de ser vencida una parte, sino que debe comprobarse su causación dentro del proceso.

4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 26 de marzo de 2019 (Fol. 1) y admitida a través de auto fechado 29 de abril de 2019, disponiendo lo de ley (Fol. 28). Vencido el término para contestar la demanda, mediante auto del 10 de diciembre de 2019, se fijó fecha para la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del CPACA (Fol.61), la cual se llevó a cabo el día 6 de febrero de la presente anualidad (Fol. 63-73); en ella se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio, se evacuó el trámite correspondiente a las posibles fórmulas de conciliación, sin que las partes llegaran a un acuerdo y al no haber pruebas pendientes de practicar, se prescindió de la etapa probatoria y se otorgó a las partes la oportunidad para la presentación de sus alegatos de conclusión dentro de la diligencia, derecho del cual hicieron uso ambos extremos procesales, reiterando los argumentos que habían expuesto en la demanda y en la contestación.

Así las cosas, al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia conforme a las siguientes

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para aprehender 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. ANÁLISIS SUSTANCIAL

Con miras a resolver la presente controversia, se determinará: *i)* problema jurídico *ii)* El marco normativo de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías aplicable a los servidores públicos *iii)* aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al personal docente en calidad de servidores públicos y sustento jurisprudencial *iv)* conteo del término, *v)* El salario a tener en cuenta para liquidar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías definitivas y parciales *vi)* Procedencia de la actualización del valor de la sanción moratoria una vez se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la reconoce. *vii)* Caso en concreto *viii)* prescripción y *ix)* indexación.

i) Problema jurídico a resolver

El **problema jurídico a resolver consiste en determinar** si el señor Osman Gaspar Murillo Mosquera, en su condición de docente oficial, tiene derecho a que la entidad demandada, le reconozca y pague la sanción moratoria consagrada en la Ley 244 de 1995, modificada y adicionada por la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías parciales.

ii) **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.

iii) **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*".

El Consejo de Estado, venía interpretando que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 no resultaba aplicable a los docentes, por cuanto el artículo 2º no se refería de forma expresa a ellos como destinatarios de la norma, mientras que sí lo hacía con respecto a otros servidores, como los miembros de la fuerza pública que tienen un régimen salarial y prestacional especial, tesis que también venía siendo aplicada por el H. Tribunal Administrativo del Tolima y los Juzgados Administrativos de este distrito.

Por su parte, 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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Osman Gaspar Murillo
Demandado : Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00147-00

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.

De forma reciente, 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...”***

Finamente 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.

iv) 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 petionario 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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Demandante : Osman Gaspar Murillo
 Demandado : Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
 Expediente : 73001-33-33-003-2019-00147-00

80

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

				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.

v) 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.

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.

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

87

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Osman Gaspar Murillo
Demandado : Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00147-00

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

Por último, en la decisión que sirve de soporte para resolver el presente caso, el Consejo de Estado resolvió el cuestionamiento relacionado con la actualización del valor de la sanción moratoria, tal como se estudiará a continuación:

vi) Procedencia de la actualización del valor de la sanción moratoria una vez se dejó de causar hasta la fecha de la sentencia que la reconoce.

Sobre tal aspecto, el Consejo de Estado en la sentencia de Unificación de la que se sirve el Despacho como sustento de la decisión que aquí se adopta, indicó:

*“En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. **Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA**”.* (negrilla y subraya del Juzgado)

vii) Caso concreto

Previo al estudio de fondo del presente asunto, y como quiera que el demandante pretende que la sanción moratoria le sea reconocida hasta la fecha en que se efectuó el pago por parte del Banco BBVA, no obstante dicha fecha difiere a la fecha en que la entidad aquí demandada deja a disposición los dineros en la entidad financiera, no siendo de resorte de la entidad la fecha en que el docente se acerque a retirar el dinero por concepto del pago de las cesantías.

Así las cosas y de acuerdo 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 **05 de junio de 2014**, el señor Osman Gaspar Murillo Mosquera solicitó ante la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, el pago de una cesantía parcial con destino a construcción de vivienda (fol.20-21).
- Que por medio de la **Resolución No. 8064 del 25 de noviembre de 2014**, le fueron reconocidas al actor, las cesantías parciales solicitadas. (fls.20-21)
- Que las cesantías se encontraron a disposición del demandante, a partir del **17 de febrero de 2015** (fl.22).

- Que el **10 de noviembre de 2017**, el demandante solicitó 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 (fol. 25-27)
- Que la anterior petición no fue resulta por la entidad demandada dentro de los 3 meses siguientes, entendiéndose la configuración de un acto ficto negativo.

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 Departamental 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, el cual venció el **27 de junio de 2014**, pero como se evidenció, el acto de reconocimiento se expidió el **25 de noviembre de 2014**.

Bajo ese entendido, el despacho aplicará la regla jurisprudencial referente a la expedición del acto administrativo por fuera del término de ley, oportunidad en que la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, 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, tal como se explica en el presente cuadro:

Así, la operación a realizar es la siguiente:

FECHA DE SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE LAS CESANTIAS	FECHA QUE DEBIÓ EXPEDIRSE EL A.A (15 DÍAS HÁBILES)	NOTIFICACION Y EJECUTORIA DEL A.A (10 DÍAS HÁBILES)	FECHA LIMITE PARA EL PAGO EFECTIVO (45 DÍAS HÁBILES)	FECHA DE PAGO DE LAS CESANTÍAS
05 de junio de 2014	27 de junio de 2014	14 de julio de 2014	17 de septiembre de 2014	17 de febrero de 2015

De acuerdo con lo anterior, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías se causó desde el **18 de septiembre de 2014 al 16 de febrero de 2015**, día anterior a la fecha de pago, generándose un retardo de **149 días**.

Lo anterior, permite concluir que, al estar acreditado que la Nación - Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio incurrió en mora en el pago de las cesantías del accionante, el acto administrativo ficto que le negó el reconocimiento y pago de la sanción por dicha mora a su favor, desconoció lo normado en la Ley 1071 de 2006.

Sobre quién es el responsable de asumir el reconocimiento y pago de la indemnización, es pertinente señalar que con fundamento en lo dispuesto en los artículos 3 y 5 de la Ley 91 de 1989, artículo 56 de la Ley 962 de 2005 y artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, no hay duda con respecto a que es la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y que aunque el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 prohíba la imposición por vía administrativa o judicial de indemnizaciones económicas con cargo a los recursos del Fondo, dicha ley "*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 "Pacto Por Colombia, Pacto por la Equidad"*", rige a partir de su publicación, es decir; a partir del 25 de mayo de 2019, lo que imposibilita su aplicación para resolver la presente controversia que gira como se vio, en torno a la mora en el pago de las cesantías parciales del actor causada entre el 18 de septiembre de 2014 al 16 de febrero de 2015, resultando inviable acudir al contenido de la norma citada por la parte

82

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Osman Gaspar Murillo
Demandado : Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Expediente : 73001-33-33-003-2019-00147-00

demandada para dirimir esta controversia, pues se estaría desconociendo el principio de legalidad.

viii) Prescripción.

Frente al tema de prescripción en materia de la indemnización moratoria por pago tardío de cesantías, acudiendo al pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo-**Sección-Segunda- Subsección B- Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ** del 6 de diciembre de 2018, este Juzgado venía indicando que, si no se reclamaba dentro de los 3 años siguientes a partir del inicio de su causación, la indemnización moratoria se extinguía en su totalidad por prescripción.

Sin embargo, a partir de esta decisión, el Juzgado acoge la más reciente tesis del H. Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencias como la radicación 73001-33-33-002-2017-00377-01 NI 94-2019 del 31 de octubre de 2019, con ponencia del Magistrado Luis Eduardo Collazos Olaya, en la que se señaló que *“Es tan claro este punto que la norma -Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 -, misma plantea que por cada día de retardo se debe cancelar un día de salario, lo que conlleva a concluir que cada día se causa una sanción independiente de la otra, susceptible de estudiar la prescripción también de la misma forma, día por día de su causación, entender o aplicar un concepto diferente desnaturalizaría la concepción misma de la sanción y la forma como se causa”*.

Dicho fallo a su vez, tuvo como referente el del Consejo de Estado del 26 de agosto de 2019², en el que sobre el mismo punto se advirtió:

"Ahora, si bien es cierto que en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016 no se consagró expresamente la prescripción frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, ello no quiere decir que esta es imprescriptible, pues una de las características de/derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Conforme a lo expuesto, ante la ausencia de norma expresa que regule esta figura respecto del derecho laboral que aquí se reclama, por analogía se debe aplicar el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, así se explicó en la sentencia de unificación jurisprudencial de la sección segunda del Consejo de Estado CESUJO04 de 2016:

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

Así las cosas, procede el Despacho a estudiar la excepción de prescripción trienal con base en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que indica:

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-2018), sentencia calendarada el 26 de agosto de 2019

“ PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”.

En el caso concreto y conforme fue analizado en precedencia, se sabe que:

Plazo para el pago:	17 de septiembre de 2014
Inicio de la sanción por mora:	18 de septiembre de 2014
Fin de la sanción por mora:	16 de febrero de 2015
Reclamación administrativa:	<u>10 de noviembre de 2017</u>

Teniendo en cuenta lo anterior, operó la prescripción de la sanción por mora causada entre el 18 de septiembre de 2014 y el 9 de noviembre de 2014 *(más de 3 años antes de la reclamación administrativa)* y solo se puede condenar a la entidad demandada, a que pague la sanción causada entre el **10 de noviembre de 2014** y el 16 de febrero de 2015, para un total de **97 días**, que teniendo en cuenta la asignación básica para el año 2014 de \$1.960.718³ y un salario diario de **\$65.357**, corresponde a **SEIS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$6.339.629)**.

ix) Indexación

La parte demandante pretende que se condene a la demandada a indexar los valores resultantes 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 pasado 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 si 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,

³ Folio 23.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Demandante : Osman Gaspar Murillo
 Demandado : Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
 Expediente : 73001-33-33-003-2019-00147-00

a partir del día en que cesó su causación, esto es el 17 de febrero de 2015 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.

3. CONDENA EN COSTAS

Respecto de la condena en costas, el Juzgado se abstendrá de imponerla, habida consideración que han prosperado, pero de forma parcial las pretensiones de la demanda y se ha reconocido de forma parcial a favor de la entidad demandada la excepción de prescripción. Lo anterior de conformidad con el artículo 365 numeral 5º del C.G.P., por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

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 PROBADA parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN alegada por la entidad demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo por la no respuesta a la petición elevada el 10 de noviembre de 2017, mediante la cual, como consecuencia del pago tardío de sus cesantías parciales, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reconocer y pagar a favor del señor Osman Gaspar Murillo Mosquera, identificado con C.C. No. 82.361.583, un día de salario por cada día de retardo a título de sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el **10 de noviembre de 2014** y hasta el 16 de febrero de 2015, en cuantía de **SEIS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$6.339.629)**, suma que corresponde a los valores no prescritos, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de este fallo.

CUARTO: CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, 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 el **17 de febrero de 2015** y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, en cumplimiento del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: Sin costas.

SEXTO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

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

OCTAVO: Háganse las anotaciones pertinentes en el programa Siglo XXI y, una vez en firme, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza