Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
Ibagué- Tolima, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	**MARINA GUTIÉRREZ DE CABEZAS**
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Radicación:	73001-33-33-003-**2019-00328**-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 Marina Gutiérrez de Cabezas contra la Nación- Ministerio de Educación- 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 30 de enero de 2017, por la no respuesta expresa a la solicitud que hizo la demandante el **30 de octubre de 2018**, 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 a la 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. Que la señora Marina Gutiérrez de Cabezas, por laborar como docente en los servicios educativos oficiales en el Departamento del Tolima, solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 16 de julio de 2015, el reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenía derecho.

2.2. Mediante Resolución **No. 2884 del 07 de junio de 2016**, la entidad demandada le reconoció las cesantías parciales solicitadas.

2.3. El pago de las cesantías solicitadas se produjo el **26 de agosto de 2016**, es decir, con 297 días de mora**.**

2.4. Luego de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción por mora el **30 de octubre de 2018**, se entiende que la entidad demandada resolvió negativamente la petición a través de acto ficto o presunto.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Departamento del Tolima - **Secretaría de Educación y Cultura** **(Fol. 45-49).**

Se opone a todas las pretensiones de la demanda, señalando en primer lugar que el Departamento del Tolima no es responsable del pago de las cesantías de los docentes nacionales o nacionalizados, pues el mismo le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Con cita de algunos fallos del año 2014 proferidos por el Tribunal Administrativo del Tolima, indica que el personal afiliado al FONPREMAG goza de un régimen especial que no contempla una sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas.

Considera que, aún de manejarse una tesis encaminada a reconocer la sanción moratoria a favor de los docentes afiliados al FONPREMAG, el Departamento del Tolima no sería el responsable de su reconocimiento y pago, ya que la Secretaría de Educación y Cultura obra en el ejercicio de una función delegada por la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin tener autonomía para el reconocimiento de tales prestaciones.

Sobre su rol en el trámite de reconocimiento prestacional del demandante, manifiesta que la entidad cumplió a cabalidad con la gestión que le era exigible dentro del marco de sus competencias, la cual era darle impulso a la orden contenida en los actos administrativos de reconocimiento, que corresponden a la manifestación de la voluntad del Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, por lo tanto, las gestiones tendientes a hacer efectivo dicho pago escapan de la competencia del Departamento del Tolima. En este sentido *"al*

Departamento del Tolima, no le era exigible desde ningún punto de vista proceder a pagar las cesantías, así como tampoco el control sobre el día oportuno a cancelar la obligación, pues el seguimiento de términos para efectos de pago oportuno es propio del obligado en este caso la FIDUPREVISORA".

Solicita que en el caso de llegarse a encontrar configurada la alegada mora y de considerarse procedente la condena al reconocimiento y pago de la misma, se dirija la orden contra la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de prestaciones sociales, dado que el Departamento del Tolima no está legitimado para responder económicamente con ocasión a los actos administrativos que fueron expedidos en representación de la precitada entidad.

Con base en los anteriores argumentos, propuso las excepciones de: *Improcedencia pago sanción moratoria al personal docente; Improcedencia pago sanción moratoria con recursos del Departamento del Tolima; Cobro de lo no debido.*

También alegó la I*mposibilidad de acceder a la indexación de las sumas de dinero que eventualmente se le reconocieran al actor por la presunta sanción moratoria,* fundando su excepción con mención de la sentencia C-448 de 1996.

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

La entidad demandada no contestó demanda, como se hizo constar a folio 63.

4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 28 de agosto de 2019 (Fol. 1), siendo admitida a través de auto fechado 16 de septiembre de 2019 disponiendo lo de Ley (Fol. 32). Notificada la parte demandada y vencido el término de traslado de las excepciones (Fol.65), atendiendo lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020, se advirtió la posibilidad de dictar sentencia anticipada, por lo que en auto del 19 de agosto de 2020 se otorgó a las partes la oportunidad para presentar alegatos de conclusión (Archivo en formato PDF denominado A3. 2019-00328 CORRE TRASLADO ALEGATOS) derecho del cual hizo uso en tiempo, la parte demandante (Archivo en formato PDF denominado A8.1. 2019-00328 MARINA GUTIERREZ DE CABEZAS), la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Archivo en formato PDF denominado A5. 2019-00328 ALEGATOS PRIMERA INSTANCIA) y el Departamento del Tolima (Archivo en formato PDF denominado A7.1. 2019-00328 MARINA GUTIERREZ DE CABEZAS)

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 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) <u>Problema jurídico a resolver</u>

El **problema jurídico a resolver consiste en determinar** si la señora Marina Gutiérrez de Cabezas, 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) <u>Marco normativo de la sanción moratoria por pago tardío de cesantías de los servidores públicos.</u>

La cesantía es una prestación social originada en una vinculación de tipo laboral, que beneficia no solo 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) <u>Aplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al personal docente del sector oficial y sustento jurisprudencial.</u>

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 Magistrado 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****…"*

Finamente es necesario precisar, que aunque la Ley **91 del 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 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	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 termino de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
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.

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.

[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.

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

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

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 **16 de julio de 2015**, la señora Marina Gutiérrez de Cabezas, solicitó ante la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, el pago de sus cesantías parciales (fol.21-22).

- Que por medio de la **Resolución No. 2884 del 07 de junio de 2016,** le fueron reconocidas a la actora, las cesantías parciales solicitadas. (fls.20-21).

- Que las cesantías se encontraron a disposición de la demandante a partir del **26 de agosto de 2016** (fl.23).

- Que el **30 de octubre de 2018**, la 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 (fl. 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 **10 de agosto de 2015** pero como se evidenció, el acto de reconocimiento se expidió el **día 7 de junio de 2016.**

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:

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**
16 de julio de 2015	**10 de agosto de 2015**	**25 de agosto de 2015**	**28 de octubre de 2015**	**26 de agosto de 2016**

De acuerdo con lo anterior, la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías se causó desde el **29 de octubre de 2015 y hasta el 25 de agosto de 2016**, día anterior a la fecha de pago, generándose un retardo de **297 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 de la 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.

Debe mencionarse que, frente al cumplimiento de la orden judicial, 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, el PAGO de la indemnización moratoria corresponde a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y no al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, toda vez que esta última entidad cuando actúa lo hace en nombre de la entidad del orden nacional, razón por la cual debe ser declarada a su favor la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

viii) Prescripción.

Al momento de presentar los alegatos de conclusión, la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, alegó que había operado el fenómeno de prescripción trienal del derecho a la sanción por mora, por lo que no considera que no puede condenársele al pago de suma alguna de dinero.

Frente al tema de prescripción en materia de la indemnización moratoria por pago tardío de cesantías, el H. Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia dictada en 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, 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 2019[2], 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*

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

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 hacia 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:

> *"PRESCRIPCION. 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:	28 de octubre de 2015
Inicio de la sanción por mora:	29 de octubre de 2015
Fin de la sanción por mora:	25 de agosto de 2016
Reclamación administrativa:	**30 de octubre de 2018**

Teniendo en cuenta lo anterior, operó la prescripción de la sanción por mora causada el 29 de octubre de 2015 *(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 **30 de octubre de 2015 y hasta el 25 de agosto de 2016**, para un total de **296 días,** que teniendo en cuenta la asignación básica para el año 2015 de $2.866.699 (Fol. 24) y un salario diario de **$95.556**, corresponde a **VEINTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS ($28.284.576).**

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 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 **26 de agosto de 2016** 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:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

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 y oficiosa 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 la nulidad del acto ficto resultante del silencio administrativo negativo por la no respuesta a la petición elevada el **30 de octubre de 2018**, mediante la cual, como consecuencia del pago tardío de sus cesantías parciales, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PASIVA a favor del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.**

TERCERO: DECLARAR PROBADA parcial y oficiosamente la excepción de PRESCRIPCIÓN, respecto a la sanción moratoria causada el 29 de octubre de 2015.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a reconocer y pagar a favor de la señora Marina Gutiérrez de Cabezas, identificada con la C.C. 38.228.971, 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 **30 de octubre de 2015 y hasta el 25 de agosto de 2016** en cuantía de **VEINTIOCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS ($28.284.576).**

QUINTO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que, sobre la suma total causada por sanción moratoria, realice los ajustes de valor a partir del día en que cesó su causación, esto es el **26 de agosto de 2016** y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, en cumplimiento del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011

SEXTO: Sin costas.

SÉPTIMO: 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.

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

NOVENO: Háganse las anotaciones pertinentes en el programa Siglo XXI y, una vez en firme la liquidación de costas, archívese el expediente.

DÉCIMO: Reconózcase personería para actuar, al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos como apoderado de la Nación- Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y como apoderada sustituta, a la profesional del derecho María Alejandra Almanza Núñez, en los términos y para los efectos del poder conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

Firmado Por:

DIANA CAROLINA MENDEZ BERNAL
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 3 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE

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:
0a6e16fe326d806bf020b87029a5b528f314e5e3a4b6c42f2d07f3646511812c
Documento generado en 29/09/2020 04:52:00 p.m.