



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2022-00150-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: LUCIA LABRADOR DE HARKER
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.
Tema: Sanción mora docente – Régimen Anualizado

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia anticipada dentro del presente medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por la señora LUCIA LABRADOR DE HARKER en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, radicado con el N°. 73-001-33-33-004-2022-00150-00, previo agotamiento de las etapas descritas en la misma.

1. Pretensiones

La parte demandante en su escrito de demanda elevó las siguientes:

“PRIMERO: Se declare la Nulidad del Oficio del 22 de octubre de 2021, bajo radicado TOL2021ER034875 expedido por la Secretaría de Educación del Tolima. A título de restablecimiento del derecho se reconozca y ordene el pago de la Sanción Moratoria por el NO PAGO OPORTUNO de las cesantías definitivas reconocidas a mi mandante mediante Resolución No. 0933 del 27 de febrero de 2020, bajo los parámetros de la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006.

SEGUNDO: Se declare la Nulidad del Oficio del 23 de noviembre de 2021, bajo radicado 2021-EE-378172 del Ministerio de Educación Nacional. A título de restablecimiento del derecho se reconozca y ordene el pago de la Sanción Moratoria por el NO PAGO OPORTUNO de las cesantías definitivas reconocidas a mi mandante mediante Resolución No. 0933 del 27 de febrero de 2020, bajo los parámetros de la Ley 244 de 1995 y 1071 de 2006.

TERCERO: Se reconozca y ordene el pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del IPC.

CUARTO: Se ordene a las convocadas cumplir la sentencia que se llegue a proferir en los términos y forma prevista en el Art 192 y subsiguiente del CPACA.

QUINTO: Se me reconozca personería adjetiva para obrar en nombre y representación de la señora Lucia Labrador de Harker.”

2. Fundamentos Fácticos.

Fundamenta la parte demandante sus pretensiones en los siguientes supuestos fácticos:

PRIMERO: Que la señora LUCIA LABRADOR DE HARKER, solicitó el reconocimiento y pago de Cesantías Definitivas mediante derecho de petición elevado ante la Secretaría de Educación del Tolima el día 20 de febrero de 2020, bajo radicado 2020-CES-006539.

SEGUNDO: Que la Secretaría de Educación del Tolima, mediante Resolución No 00933 del 27 de febrero de 2020, resolvió reconocer y ordenar el pago de una Cesantía Definitiva por valor de \$38.821.094, de los cuales descontó \$31.640.473 por concepto de anticipo de cesantías ya pagadas, quedando un saldo a pagar de \$7.180.621, por el tiempo de servicio como docente Departamental.

TERCERO: Que a la demandante le fueron efectivamente pagadas las cesantías definitivas el día 2 de marzo de 2021, como un pago en efectivo hecho a través del banco BBVA.

CUARTO: Que desde la fecha en que se cumplieron los cuarenta y cinco días (45) hábiles con que la parte convocada contaba para realizar el pago de las cesantías definitivas (06 de mayo de 2020), hasta la fecha en que fueron efectivamente consignadas (02 de marzo de 2021), se observa que transcurrieron nueve (9) meses y veinticuatro (24) días; o lo que es lo mismo, 300 días de mora.

QUINTO: Que mediante derecho de petición del 05 de octubre de 2021, se le solicitó al demandado Departamento del Tolima-Secretaría de Educación del Tolima el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el NO pago oportuno de las cesantías definitivas.

SEXTO: Que a través de derecho de petición del 20 de noviembre de 2021, bajo radicado 2021-ER-402097, se solicitó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el NO pago oportuno de las cesantías definitivas.

SÉPTIMO: Que a través del Oficio del 22 de octubre de 2021, la Secretaría de Educación del Tolima dio respuesta a la solicitud de sanción moratoria, negándola.

OCTAVO: Que por medio de Oficio del 23 de noviembre de 2021 bajo radicado 2021-EE-378172, el Ministerio de Educación Nacional-FOMAG, dio respuesta a la solicitud de sanción moratoria, remitiéndole por competencia el derecho de petición al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

NOVENO: Que el día 29 de noviembre de 2021 y mediando apoderado judicial, se radicó ante la Procuraduría solicitud de conciliación extrajudicial, la cual fue asignada a la Procuraduría 201 Judicial delegada para asuntos administrativos bajo radicado E2021-661263 y, en audiencia celebrada el día 25 de abril de 2022, el Departamento del Tolima-Secretaría de Educación del Tolima se comprometió a pagar al actor, la suma de \$ 15.366.321, por concepto de sanción moratoria; sin embargo, dicho acuerdo fue improbadado por el Juzgado Primero Administrativo Oral de esta ciudad, mediante auto proferido en mayo de 2022.

3. Contestación de la Demanda.

3.1. Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Fiduprevisora S.A. (documento 011 cuaderno principal del expediente digitalizado)

El apoderado de la Entidad demandada manifestó que se opone a la prosperidad de las pretensiones, y en cuanto a los hechos, sostuvo que en su mayoría no le incumbían a dicha entidad, bajo el entendido de que de la narrativa del extremo activo es dable colegir que la omisión sobre la cual se estructura la causación de la sanción moratoria se dio con posterioridad al 1 de enero de 2020, y de acuerdo a lo manifestado en el inciso 4 del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la misma estaría a cargo del ente territorial aquí demandado. Formuló como excepciones las que denominó: *Inexistencia actual de la obligación, ausencia de objeto litigioso, cobro de lo no debido y falta de legitimación en la causa por pasiva.*

3.2. Departamento del Tolima: (documento 012 cuaderno principal del expediente digitalizado)

La apoderada de la Entidad demandada manifestó que, en su mayoría, los hechos eran ciertos y se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto indicó, carecen de fundamentos fácticos y jurídicos.

Afirmó que de acuerdo con lo establecido en la ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2002, le corresponde únicamente al FOMAG el pago de las sanciones moratorias, debido a que el ente territorial únicamente cumple con una labor delegada y era la de expedir las resoluciones de reconocimiento del derecho, por lo que a la luz de la norma y la jurisprudencia era deber del FOMAG pagar estas sanciones por mora.

Como excepciones propuso las que denominó: *Cobro de lo no debido y prescripción.*

4. Actuación Procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 06 de junio de 2022, correspondió por reparto a este Juzgado, quien mediante auto de fecha 24 de junio del mismo año ordenó la admisión de la demanda.

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, dentro del término de traslado de la demanda, las entidades demandadas contestaron la demanda.

El siete (07) de febrero de dos mil veintitrés (2023), se celebró audiencia inicial, se incorporaron las pruebas y se fijó el litigio. Seguidamente, vencido el término de ejecutoria de la providencia anterior, a través de auto adiado del veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), se procedió a correr traslado para que las partes presentaran por escrito dentro de los diez (10) días siguientes los correspondientes alegatos de conclusión, término dentro del cual las partes guardaron silencio.

5. ALEGATOS:

5.1 ALEGATOS PARTE DEMANDANTE:

Mediante apoderado, la parte demandante manifiesta que:

“Por ende, por haber sido proferido el Acto Administrativo dentro del término que la Ley señala, siendo que el Acto Administrativo quedo en firme el día 27 de febrero de 2020, la Mora en las cesantías se empezará a contar a partir del día 46; así, el día 12 de septiembre de 2018 se cumplieron los 45 días HABLES con que contaba la administración para efectuar el pago de las prestaciones reconocidas, por lo que el día 13 de septiembre de 2018 (Día 46), empezó la administración a incurrir en mora de que trata la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, y solo hasta el día 02 de marzo de 2021, según obra en el desprendible de pago del Banco BBVA, cesó la cuenta de la sanción aludida observándose un total de trescientos (300) días de mora.

El acto administrativo impugnado debió entonces reconocer los hechos que fueron debidamente probados, y proceder con el reconocimiento y pago de la sanción moratoria pretendida con sujeción a lo dispuesto por las normas invocadas. Con el anterior estudio del caso, es factible afirmar entonces que el Acto Administrativo demandado no es legal por cuanto infringió las normas en que debió fundarse y su consecuencia no puede ser otra que la declarativa de su nulidad y posterior restablecimiento del derecho.

Conforme lo expuesto en esta oportunidad, y reiterando los hechos, razones y pruebas debidamente arrojados al proceso; de la manera más atenta solicito a este despacho acoja las pretensiones de esta parte y tenga por NO probadas las excepciones propuestas por la demandada.”

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

Éste Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un empleado público, y por el órgano que omitió proferir el acto administrativo que se demanda, de conformidad con lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el inciso 1º del artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 138, 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con la fijación del litigio realizada en audiencia del 07 de febrero de 2023, el despacho deberá establecer, *sí, ¿la demandante en su calidad de docente, tiene derecho a que las Entidades demandadas les reconozcan y paguen la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de sus cesantías según sus competencias, o si por el contrario, el acto administrativo acusado que negó esta pretensión se encuentra ajustados a derecho?*

3. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Los actos administrativos contenidos en el oficio **No. TOL2021ER034875 de 22 de octubre de 2021**, visto a folios 26 y 27 del documento 003 del cuaderno principal del expediente electrónico reconocimiento, por medio del cual las demandadas niegan el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

4. FONDO DEL ASUNTO.

El fondo del presente asunto radica en establecer si el demandante, en su condición de docente, tiene derecho a que las Entidades demandadas le reconozcan y paguen la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de sus cesantías y en caso afirmativo, a partir de qué momento se genera dicha sanción moratoria.

5. TESIS PLANTEADAS.

5.1. TESIS DE LA PARTE DEMANDANTE.

Afirmó que la demandante, en su condición de docente, le asiste derecho a obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 como consecuencia del pago tardío de sus cesantías parciales.

5.2. TESIS DE LA PARTE DEMANDADA

5.2.1. NACIÓN – MINEDUCACIÓN - FOMAG

Asegura que con la expedición de la ley 1955 de 2019, a partir del año 2020 corresponde a la entidad territorial certificada asumir el pago de la sanción moratoria causada por pago tardío de cesantías, por lo que con cargo al FOMAG no se puede asumir tal pago.

5.2.2 DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Señala que de acuerdo con lo establecido en la ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2002, le corresponde únicamente al FOMAG el pago de las sanciones moratorias, debido a que el ente territorial únicamente cumple con una labor delegada y era la de expedir las resoluciones de reconocimiento del derecho, por lo que a la luz de la norma y la jurisprudencia era deber del FOMAG pagar estas sanciones por mora.

6. TESIS DEL DESPACHO.

Conforme al material probatorio allegado al plenario, la tesis que sostendrá el Despacho se circunscribe a afirmar que en el presente asunto es viable acceder a lo pretensión de declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado, por cuanto el pago de las **cesantías definitivas del régimen anualizado** se realizó por fuera del término establecido para tal fin, según los lineamientos jurisprudenciales contenidos en la sentencia de unificación de fecha 18 de julio de 2018, con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, proferida dentro del Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), que dispuso que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

6.1. FUNDAMENTOS DE LA TESIS DEL DESPACHO.

a. Del régimen general correspondiente al reconocimiento y pago de cesantías y su aplicación al personal docente.

Con la expedición de La Ley 244 de 1995 se fijaron los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías a los servidores públicos, y se estableció que la mora en su pago daría lugar al pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo, bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (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 del servidor público, para cancelar esta prestación social.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. (Se destaca).

La anterior disposición normativa, fue modificada por la Ley 1071 de 2006, la cual, en sus artículos 4º y 5º señaló los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías y en el parágrafo del artículo 5º consagró la sanción en caso de mora en el pago, en los siguientes términos:

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

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”

De las disposiciones normativas citadas en precedencia se desprende, que por regla general cuando la solicitud de cesantías reúna los requisitos establecidos, el acto administrativo de reconocimiento, deberá ser expedido por la Entidad territorial certificada encargada de su reconocimiento dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud y la Entidad pagadora tendrá un plazo de máximo cuarenta y cinco (45) días hábiles para proceder con el pago de los dineros reconocidos.

En cuanto al campo de aplicación de la norma en comento, se estableció en su artículo 2º que la misma le resulta aplicable a “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 de Ahorro.

Sin embargo, la Corte Constitucional al estudiar la aplicación de la norma al personal docente estableció, que “aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación se asimila a la de éstos, por cuanto (i) el estatuto docente (artículo 2º) los define como ‘empleados oficiales de régimen especial’; (ii) la Ley General de Educación (artículo 2º 105, parágrafo 2º, de la Ley 115 de 1994) los denomina servidores públicos de régimen especial; y (iii) los docentes oficiales podrían considerarse empleados públicos, por hacer parte de la rama ejecutiva y porque su misión se cumple dentro de las secretarías de educación territoriales”¹.

Por su parte, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, señala:

“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

¹ Sentencias de la Corte Constitucional C- 741 de 2012 y SU- 336 de 2017.

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, facúltase 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 párrafo.

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

A su vez, el artículo 336 de la misma norma dispone que, dicha Ley, regirá a partir de su publicación, es decir, hacia el futuro. Lo anterior sin duda, como aplicación de los principios más elementales que rigen la aplicación de la ley y a un Estado de Derecho, como lo es Colombia, en el que priman el principio de legalidad, tipicidad e irretroactividad de las normas que se expidan, lo que significa entre otras cosas, que estas no deben tener efectos hacia atrás en el tiempo; sus efectos solo operan después de la fecha de su promulgación, lo que brinda seguridad jurídica.

En este ámbito y teniendo en cuenta que la Ley 1955 de 2019 entró a regir el **25 de mayo de 2019**, y que las solicitudes de reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías del docente demandante fue radicada el **20 de febrero de 2020**, es que en el presente caso se debe aplicar la mencionada Ley.

Ahora bien, frente al particular, el Honorable Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de fecha 18 de julio de 2018 con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, proferida dentro del Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15), dispuso 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, bajo las siguientes consideraciones:

“77. De acuerdo con lo señalado, la Sala de Sección concluye en primer lugar, que conforme a la soberanía que reside en el pueblo y del cual emana el poder público, cuya manifestación se materializó a través de la Constitución Política², no puede existir ninguna categoría jurídica de empleado público que no se origine en la norma superior.

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

² «Artículo 3. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.»

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

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

81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales³, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.

82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995⁴ y 1071 de 2006⁵, 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.”

De lo anterior se colige, que al personal docente le resulta aplicable la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, que consagra la sanción por la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías de los servidores públicos, por lo cual, deberá determinarse a partir de qué momento se hace exigible la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 5º de dicha disposición normativa.

Del procedimiento establecido para el reconocimiento de cesantías docente y su aplicación.

Con la expedición de la Ley 962 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, se estableció que las prestaciones sociales del personal docente a cargo del Fondo Nacional

³ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

⁴ «por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.»

⁵ «por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.»

de Prestaciones Sociales del Magisterio serían reconocidas mediante la aprobación del proyecto de acto administrativo elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada a la cual se encuentre vinculado el docente, al señalar:

“ARTÍCULO 56. RACIONALIZACIÓN DE TRÁMITES EN MATERIA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las prestaciones sociales 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 se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.”*

El trámite en mención fue reglamentado mediante el Decreto 2831 de 16 de agosto de 2005, bajo el siguiente tenor literal:

«Artículo 2º. Radicación de solicitudes. Las solicitudes de reconocimiento de prestaciones sociales, deberán ser radicadas en la secretaría de educación, o la dependencia o entidad que haga sus veces, de la respectiva entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante o causahabiente, de acuerdo con el formulario adoptado para el efecto por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. [...]

Artículo 3º. *Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.*

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

2. *Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.*
3. *Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.*
4. **Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación,** *junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.*

5. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.
6. **Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme.**

Parágrafo 1º. Igual trámite se surtirá para resolver los recursos que sean interpuestos contra las decisiones adoptadas de conformidad con el procedimiento aquí establecido y aquellas que modifiquen decisiones que con anterioridad se hayan adoptado respecto del reconocimiento de prestaciones a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 2º. Sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, fiscal y penal a que pueda haber lugar, las resoluciones que se expidan por parte de la autoridad territorial, que reconozcan prestaciones sociales que deba pagar el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin la previa aprobación de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos de tal Fondo, carecerán de efectos legales y no prestarán mérito ejecutivo.

Artículo 4º. Trámite de solicitudes. El proyecto de acto administrativo de reconocimiento de prestaciones que elabore la secretaría de educación, o la entidad que haga sus veces, de la entidad territorial certificada a cuya planta docente pertenezca o haya pertenecido el solicitante, será remitido a la sociedad fiduciaria que se encargue del manejo de los recursos del Fondo para su aprobación.

Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo del proyecto de resolución, la sociedad fiduciaria deberá impartir su aprobación o indicar de manera precisa las razones de su decisión de no hacerlo, e informar de ello a la respectiva secretaría de educación.

Artículo 5º. Reconocimiento. Aprobado el proyecto de resolución por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, **deberá ser suscrito por el secretario de educación del ente territorial certificado y notificado en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.**

De lo anterior se desprende, que existe un régimen especial para el reconocimiento y pago de las cesantías al personal docente, el cual, consagra un trámite específico y unos términos especiales, tanto para la expedición del acto administrativo de reconocimiento como para el pago de la mentada prestación social, los cuales, resultan ser superiores a los establecidos en el régimen general de cesantías de los servidores públicos.

Frente a la aplicación del régimen especial de cesantías docente, el H. Consejo de Estado al unificar su jurisprudencia señaló que el Decreto 2831 de 2005 deberá ser inaplicable ya

que establece un nuevo término para el pago de las cesantías que resulta ser regresivo, por lo que de conformidad con la doctrina constitucional, deben prevalecer las leyes expedidas por el Congreso de la República en ejercicio de las funciones previstas en el artículo 150 de la Constitución Política, frente a las disposiciones de inferior rango jerárquico como los decretos reglamentarios expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, de tal manera que se ha de entender que prevalece en su aplicación, la Ley 1071 de 2006⁶.

Posteriormente, se dicta el Decreto 1272 de 2018, el cual dispuso en lo pertinente lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.23. 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.

(Decreto 1272 de 2018, artículo 2).

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.24. 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 desaprobación 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.

(Decreto 1272 de 2018, artículo 2).

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. 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 desaprobación 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 desaprobación 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.

⁶ Sentencia de Unificación del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección B del 18 de julio de 2018; C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15)

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.

(Decreto 1272 de 2018, artículo 2).

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. 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.

(Decreto 1272 de 2018, artículo 2).

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.

(Decreto 1272 de 2018, artículo 2).

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de las acciones legales o judiciales correspondientes que se deban adelantar en contra de quien dé lugar a la configuración de la sanción moratoria, con el fin de que el Fondo recupere las sumas pagadas por el incumplimiento de los términos previstos en la Ley 1071 de 2006.

Así mismo, la sociedad fiduciaria deberá interponer las acciones legales correspondientes en contra de las entidades territoriales certificadas en educación por el incumplimiento de los términos indicados en la Ley 1071 de 2006 y reintegrar las sumas de dinero canceladas con ocasión del pago de la sanción moratoria que le sea atribuible”.

No obstante, debemos tener presente que en virtud de la expedición de la **Ley 1955 de 2019**, se derogó en forma expresa el **artículo 56 de la Ley 962 de 2005**, el cual fue reglamentado precisamente por el **Decreto 2831 de 2005** y además, se consagró un término ágil y expedito, distinto a los momentos de revisión especificados en el **Decreto 1272 de 2018**, acabado de reseñar.

Entonces, la Ley 1955 de 2019 dispuso:

“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.

(...)”.

De esta manera, según lo acotado por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-041 de 2020 “este trámite fue modificado por la Ley 1955 de 2019, eliminando la doble revisión del proyecto de acto administrativo de reconocimiento y pago de las cesantías y de la resolución en firme por parte de la FIDUPREVISORA S.A., paso que generaba una carga administrativa adicional y afectaba la eficiencia operativa de la fiduciaria. Así, con la entrada en vigor de dicha Ley, el reconocimiento del auxilio de cesantías es responsabilidad de la Secretaría de Educación territorial certificada, mientras el pago es competencia del FOMAG.” (Subrayas fuera de texto)

Momento a partir del cual se hace exigible la sanción por mora prevista en la Ley 1071 de 2006.

La Ley 1071 de 2006, aplicable al personal docente, dispone en el párrafo del artículo 5º, que la mora en el pago de las cesantías, genera una sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo, así:

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

***PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas,** para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.”* (Se destaca)

En lo que atañe al momento a partir del cual se causa la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales o definitivas del personal docente, el H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de fecha 18 de julio de 2018, elaboró el siguiente cuadro ilustrativo, en el cual, se aprecia con total claridad, las diferentes hipótesis que se pueden llegar a configurar, así:

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 entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ⁷	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

Así las cosas, deberán analizarse en cada caso, las circunstancias fácticas en que transcurrió el trámite de la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales o definitivas, para así determinar, a partir de qué momento se causa la sanción moratoria.

7. CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso

1. El **20 de febrero de 2020**, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías **definitivas** en su condición de docente adscrita a la planta de personal del Departamento del Tolima.
2. Mediante Resolución **No. 00933 del 27 de febrero de 2020** se reconoció la suma de \$38.821.094 por concepto de liquidación parcial de cesantías, de los cuales se descontó la suma de \$31.640.473, siendo pagada finalmente la suma de \$7.180.621.
3. El día **02 de marzo de 2021** se reclamaron, a través de entidad financiera respectiva, los recursos correspondientes al valor de las cesantías reconocidas.
4. El **05 de octubre de 2021** la demandante, actuando a través de apoderado judicial, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a que hace alusión la Ley 1071 de 2006.

⁷ 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.

- **Del reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad que incurrió en la mora.**

De los fundamentos fácticos expuestos en precedencia se desprende que la señora **LUCIA LABRADOR DE HARKER** presentó la solicitud de reconocimiento de cesantías el **20 de febrero de 2020**, teniendo plazo las entidades demandadas para emitir respuesta hasta el **12 de marzo de 2020**, y el acto de reconocimiento (Resolución 00933) se expidió el **27 de febrero de 2020**, esto es, dentro del término.

Así las cosas, se configura en el presente asunto la **sexta** de las hipótesis señaladas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación que se citó en precedencia, según la cual, cuando exista acto administrativo en tiempo, esto es, que sea proferido dentro de los 15 días de presentada la solicitud, pero el cual no se haya notificado o este haya sido notificado fuera del término, deberán contabilizarse los 12 días de notificación más los 10 días de ejecutoria del acto administrativo, posteriormente deberán contabilizarse 45 días correspondientes al término señalado para el pago de la prestación en la Ley 1071 de 2006 y en consecuencia, la sanción moratoria corre 67 días hábiles después de expedirse la correspondiente Resolución.

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ⁸	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto

Ahora bien, no desconoce el Despacho que luego de proferirse la resolución en cita, se produce la suspensión de términos en actuaciones administrativas, por cuenta del arribo a nuestro país de la pandemia provocada por el SARS COVID 2. Entonces, el representante legal del Departamento del Tolima expide el Decreto 296 del 17 de marzo de 2020, que a partir de dicha fecha decretó tal suspensión, la cual se extendió hasta la expedición del Decreto 443 del 06 de abril de 2020.

De esta manera, el Despacho no computará dicho término en lo que atañe a la causación de la mora, por cuanto se entiende que entre el **17 de marzo y el 6 de abril de 2020**, la entidad territorial se vio imposibilitada para realizar actuación administrativa alguna, incluyendo por supuesto la notificación de la resolución que reconoció las cesantías.

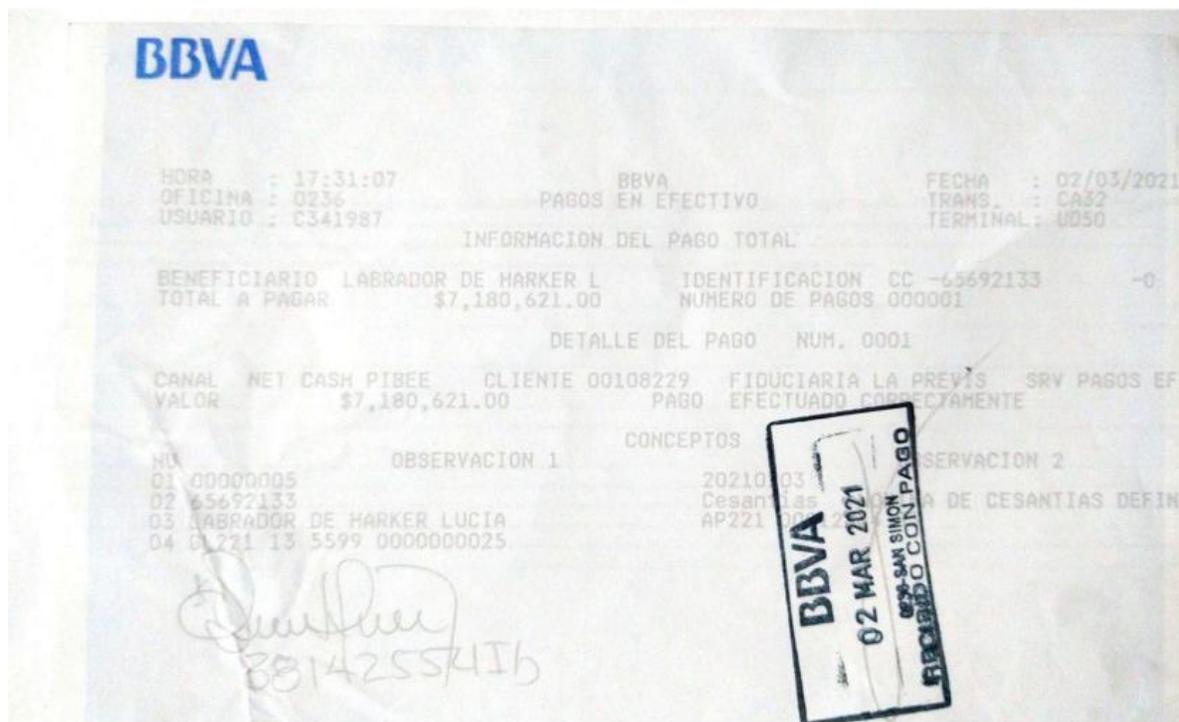
Así las cosas, advierte el Despacho que como la resolución de reconocimiento de cesantía se expidió el **27 de febrero de 2020**, es claro que los **67 días** para efectuar el pago de la cesantía vencían el **1° de julio de 2020**.

⁸ 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.

RADICADO N.º: 73001-33-33-004-2022-00150-00
MEDIO DE CONTROL: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
DEMANDANTE: LUCIA LABRADOR DE HARKER
DEMANDADO: Nación - Mineducación – FOMAG y otro
Sentencia de Primera Instancia

En lo que atañe al pago de la prestación, debe señalar esta operadora judicial que no se acredita en debida forma la fecha del pago, porque para probarlo únicamente se allega la constancia de reclamación de la prestación en entidad bancaria y esa NO puede ser bajo ningún aspecto, la data que se tenga en cuenta para estos efectos.

El siguiente es el recibo de pago aportado como prueba al expediente:



Como se nota, el 02 de marzo de 2021 es la data de reclamo de la prestación en caja de la entidad bancaria. Sin embargo, revisado con detenimiento el recibo allegado, también se puede evidenciar que existe otra data, la de abono en cuenta de la nómina de cesantías definitivas, que se vislumbra de manera parcial y que consta en el formato **año/mes/día**, correspondiendo a **2021/0-/03**.

Debemos concordar entonces en que la fecha que allí se consigna debe ser necesariamente anterior a la fecha en la cual se reclama finalmente la prestación, por lo que el mes correspondería al de enero o febrero de 2021. De esta manera, la data del pago se sitúa en el **día 03 del mes de enero o febrero del año 2021**.

En este punto el Despacho destaca que el certificado del comité de conciliación aportado por la demandada Nación – Ministerio de Educación Fomag- con miras a la celebración de la audiencia inicial en el presente asunto, además de señalar que no se contaba con ánimo conciliatorio por parte de la entidad, reseña que la fecha de pago corresponde al **04 de febrero de 2021**.

Lo anterior en todo caso no es óbice para anticipar que la sanción moratoria efectivamente se causó, por cuanto el vencimiento de términos para el reconocimiento y pago culminó el **1° de julio de 2020**, de allí que efectuándose el pago hasta el año 2021, menester es

concluir que efectivamente aquel se realiza de manera extemporánea, dando lugar a la mora en cuestión.

En consecuencia, es necesario establecer la entidad a la cual es atribuible la mora en comento. Para establecerlo, lo primero que se advierte es que la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima afirma que **envió el acto de reconocimiento de la cesantía a la Fiduprevisora el 15 de diciembre de 2020** (oficio sin número visto en el documento que se registra en el índice 15 del expediente electrónico). A su turno, la Hoja de Revisión del trámite, cuyo diligenciamiento realiza la fiduciaria, revela que el recibo del acto administrativo por parte de ésta, se surte el **21 de enero de 2021 y que la revisión se realiza el 27 de enero de 2021**, dando como resultado la aprobación del trámite.

Si la fiduciaria declara que recibe el acto administrativo para revisión y pago hasta el 21 de enero de 2021, data que no ha sido cuestionada, entiende el despacho que el conjunto documental permite concluir que el abono en cuenta no pudo surtirse antes de la revisión, es decir, no se pudo realizar en enero de 2021 pero sí, en el mes de febrero de dicho año. De conformidad con lo anterior, el despacho encuentra que la fecha de abono en cuenta obedece al **03 de febrero de 2021**, lo cual guarda plena concordancia con lo declarado por la demandada en el certificado del comité de conciliación.

Efectuado el cómputo de los 45 días con los que cuenta la fiduciaria para realizar el pago, se encuentra que aún tomando como fecha de referencia la data que suministra el Departamento del Tolima, el pago se realiza dentro del estricto margen temporal que otorga la norma.

La mora entonces debe ser asumida por parte del Departamento del Tolima, pues a pesar de que expidió en término el acto administrativo, esto es, el **27 de febrero de 2020**, la demora en el trámite de notificación y remisión a la fiduciaria condujo a que el pago sólo se verificara el **03 de febrero de 2021**. El periodo de mora corresponde a un total de **216 días**, que transcurrieron entre el **02 de julio de 2020 y el 02 de febrero de 2021** - día anterior a aquel en el que se puso a disposición el valor de la cesantía cancelada a favor de la señora Lucía Labrador de Harker-.

Así las cosas, en el *sub lite*, los plazos descritos transcurrieron así para la señora **LUCIA LABRADOR DE HARKER**

CONCEPTO	TÉRMINOS LEGALES	TÉRMINOS CASO CONCRETO
Fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales	20/02/2020	Fecha de reconocimiento: 27/02/2020
Fecha Expedición Resolución reconocimiento de Cesantías	27/02/2020	

Suspensión Términos	17/03/2020 al 06/04/2020	Fecha de pago: 03/02/2021
Vencimiento del término de notificación y ejecutoría de la Resolución	22/04/2020	Período de mora: 02/07/2020 al 02/02/2021
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	01/07//2020	

Para el despacho queda claro que la mora surgida dentro del trámite de solicitud de cesantías de la demandante, lo fue con ocasión de la tardanza por parte de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, por haber excedido los términos contemplados en la Ley para notificar y ejecutoriar la resolución, así como también, el término para realizar el envío de la resolución a la fiduciaria, con el fin de que se produjera el pago.

La mora reconocida en la presente decisión corresponde al periodo comprendido entre el día siguiente a la fecha en que se debió pagar el dinero correspondiente al reconocimiento de las cesantías solicitadas y la primera fecha en que la entidad pagadora – FIDUPREVISORA, programó el pago de los dineros reconocidos, sin ser viable la posibilidad de alegar otro día más de sanción, teniendo en cuenta que la tardanza en el cobro de los dineros solo es atribuible única y exclusivamente a los docentes.

Mírese en este aspecto que el efecto liberador del pago se produce, no con la notificación al accionante del pago, sino con la consignación a órdenes del acreedor de los dineros correspondientes, en la entidad bancaria designada por el docente, por lo que, para el Despacho, la fecha de consignación corresponde inexorable y concluyentemente a la fecha de pago y a la de finalización del cómputo de la sanción que nos ocupa (artículos 1628 y ss del Código Civil).

Ahora bien, Por tratarse de cesantías definitivas, se deberá tener en cuenta, para efectos de calcular la sanción moratoria, la asignación básica vigente al momento del retiro del servicio, esto es, la asignación correspondiente al año **2019**.

De la indexación solicitada

Aunado a lo anterior, es del caso indicar que el despacho venía denegando el reconocimiento a la **indexación solicitada**, por cuanto la sanción moratoria no se trata de un derecho laboral en estricto sentido sino de una penalidad contra el empleador dada su negligencia en el pago de los auxilios de cesantías parciales o definitivos por lo que según lo ha indicado nuestro órgano de cierre, *“no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo”*⁹.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES. siete (07) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 08001-23-31-000-2010-00317-01(0880-13)

No obstante, en reciente jurisprudencia, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo¹⁰, aclaró la expresión contenida en la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, en el apartado 191 que indicó: *“Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA...”*. Así, afirmó el Alto Tribunal que la interpretación que mejor se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: *Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187- y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación, sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.*

En consecuencia, y acogiendo dicha posición, el despacho reconocerá la indexación solicitada, desde el momento en que cesa la causación de la sanción moratoria y hasta el momento de ejecutoria de la presente providencia.

8. PRESCRIPCIÓN

Frente a la prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, el H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE- SUJ004 del 25 de agosto de 2016, señaló en torno al particular, que resulta aplicable el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, al señalar:

i) *Prescripción de los salarios moratorios*
Como se señaló en forma previa, los salarios moratorios, que están a cargo del empleador que incumpla su obligación de consignar las cesantías en el término que la ley concede, no son accesorios a la prestación “cesantías”.

Si bien es cierto se causan en torno a ellas, no dependen directamente de su reconocimiento, ni hacen parte de él; pues su causación es excepcional, está sujeta y deviene del incumplimiento u omisión del deber legal consagrado a cargo del empleador, están concebidas a título de sanción, por la inobservancia de la fecha en que se debe efectuar la consignación de esa prestación.

Como hacen parte del derecho sancionador y a pesar de que las disposiciones que introdujeron esa sanción en el ordenamiento jurídico, no consagran un término de prescripción, no puede considerarse un derecho imprescriptible, pues bien es sabido que una de las características del derecho sancionador es que no pueden existir sanciones imprescriptibles.

Siendo así como quiera que las Subsecciones A y B han aplicado la prescripción trienal en asuntos relativos a sanción moratoria, se considera que no hay controversia alguna sobre ese particular; no obstante, sí es del caso precisar que la norma que se ha de invocar para ese efecto, es la consagrada en el Código de Procedimiento Laboral, artículo 151, que es del siguiente tenor literal:

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, veintiséis de agosto de dos mil diecinueve (2019), radicación número: 68001-23-33-000-2016-004069-01 (1728-2018)

“Artículo 151. -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 patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

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 moratoria, 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.” (Negrillas del despacho)

De conformidad entonces con lo dispuesto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, la prescripción será de tres años, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible y el simple reclamo escrito de trabajador, recibido por el empleador, interrumpe la prescripción por un lapso igual.

Así las cosas, trayendo los fundamentos legales y jurisprudenciales expuestos en precedencia al campo de lo acontecido en el *sub judice*, se tiene que la sanción moratoria empezó a correr el día **02 de julio de 2020** y el demandante presentó solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria el día **05 de octubre de 2021**, interrumpiendo así la prescripción trienal de derechos y como la demanda fue presentada el día **06 de junio de 2022**, se tiene que en el presente asunto no hay lugar a declarar la prescripción de suma alguna.

9. 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. A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de primera instancia al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, incluyendo en la liquidación el valor de \$1.568.000 equivalente al 4% de lo pedido, por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio **No. TOL2021ER034875 de 22 de octubre de 2021**, por medio del cual las demandadas, NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, negaron el pago de la sanción moratoria a la señora **LUCIA LABRADOR DE HARKER**, prevista en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo, a título de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, **desde el 02 de julio de 2020 hasta el 02 de febrero de 2021** (216 días), la cual se liquidará con base en la asignación básica devengada por la demandante, señora **LUCIA LABRADOR DE HARKER** para la anualidad de **2019**, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Reconocer la indexación solicitada sobre la suma total causada por sanción moratoria, la cual en consecuencia se ajustará desde el día siguiente al que esta cesó y hasta la ejecutoria de la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR que no ha operado la prescripción de la sanción moratoria.

QUINTO: Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en artículo 192 del CPACA.

SEXTO: CONDENAR en costas al **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA**, por las razones expuestas con antelación, reconociéndose como agencias en derecho en favor de la parte accionante, la suma de \$1.568.000.00. Por Secretaría, liquídense.

SÉPTIMO: Ejecutoriada ésta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previas constancias de rigor y anotaciones en el Sistema Informático Justicia SAMAI, así como la comunicación a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA