



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, doce (12) de abril de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2019-00189-00**
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: SANDRA LORENA MARÍN MARTÍNEZ.
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL
- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y MUNICIPIO DE IBAGUÉ.
Tema: Sanción mora docente.

SENTENCIA

Procede el Despacho a dictar sentencia anticipada dentro del presente medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por la señora SANDRA LORENA MARÍN MARTÍNEZ en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el MUNICIPIO DE IBAGUÉ, radicado con el N°. 73-001-33-33-004-**2019-00189-00**, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, previo agotamiento de las etapas descritas en la misma.

1. Pretensiones

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

1. Declarar **LA EXISTENCIA** del acto administrativo ficto o presunto configurado el **13 de diciembre de 2013**, frente a la petición radicada el **13 de septiembre de 2017** con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria en el pago de las cesantías, toda vez que la misma no fue contestada por parte de la entidad demandada Ministerio de Educación Nacional- Fonpremag.
2. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado el **13 de diciembre de 2017**, con **radicado 2017PQR23309 DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2017**, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la **SANCIÓN MORA** a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
3. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 1071 de 2006 y Ley 244 de 1995 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía parcial o definitiva ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Sentencia de Primera Instancia

Se dé por pagado 45 días de la sanción moratoria generada teniendo en cuenta los hechos expuestos y se pague el periodo comprendido entre el 27 de enero de 2017 hasta el 9 de marzo de 2017 para un total de 38 días.

4. *Solicitar respetuosamente al señor, se oficie a la entidad demandada a fin de que con destino a este proceso, allegue certificación del periodo y valor pagado, que permita a este despacho verificar el periodo pendiente por reconocimiento y pago.*

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del 31 de enero de 2017, día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles causados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta el día anterior a la fecha en que se hizo efectivo el pago de la misma, es decir, el 23 de abril de 2017. Se dé por pagado 45 días de la sanción moratoria generada, teniendo en cuenta los hechos expuestos y se pague el periodo comprendido entre el 27 de enero de 2017 hasta el 09 de marzo de 2017, para un total de 38 días.*
2. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que dé cumplimiento en lo que corresponda al fallo, en los términos del artículo 192 y 195 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A.*
3. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la SANCIÓN MORATORIA reconocida en la sentencia.*
4. *Condenar en costas a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*

2. Fundamentos Fácticos.

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

1. *Que, por laborar como docente en los servicios educativos estatales en el MUNICIPIO DE IBAGUÉ, la demandante el 09 de febrero de 2016, solicitó a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, el día 18 de octubre de 2016 el reconocimiento y pago del ajuste a la cesantía a que tenía derecho.*

2. Que por medio de la **Resolución No. 1053-00000360 DE 10 FEBRERO DE 2017**, le fue reconocida la cesantía solicitada.
3. Que esa cesantía fue pagada el día **24 de abril de 2017**, por intermedio de entidad bancaria.
4. Que al observarse con detenimiento, el representando solicitó la cesantía el **18 de octubre de 2016**, fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para efectuar el pago. Dicho término venció el **30 de enero de 2017**, sin embargo, la cancelación de la cesantía peticionada se llevó a cabo el día **24 de abril de 2017**, transcurriendo así **83 días** de mora desde el **31 de enero de 2017**, momento en el cual debía haberse verificado el pago de la mencionada prestación y hasta el **23 de abril de 2017**.
5. Que el día **13 de septiembre de 2017**, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria correspondiente ante la entidad demandada.
6. Que la entidad efectuó un **PAGO PARCIAL**, por concepto de sanción moratoria correspondiente al periodo comprendido entre el **10 de marzo de 2017 y 24 de abril de 2017**, para un total de **45 días** pagados. Lo anterior de acuerdo a información otorgada por la Fiduprevisora S.A., Regional Tolima, respecto al periodo pagado; previa consulta, teniendo en consideración que el pago parcial fue efectuado de manera oficiosa y sin resolución de reconocimiento tal, y como quedó plasmado en el recibo que constata el pago.
7. Que el periodo pendiente de reconocimiento y pago va desde el **27 de enero de 2017**, hasta el **9 de marzo de 2017**, para un total de **38 días**, por cuanto dicho periodo no fue incluido en el pago parcial efectuado.
8. Que, luego de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria indicada a la entidad que aquí se demanda, resolvió a través de la configuración del acto ficto o presunto negativo la petición presentada el día **13 de septiembre de 2017**. Dicha circunstancia conllevó a que, de conformidad con el procedimiento administrativo, se solicitara a la Procuraduría General de la Nación la fijación de audiencia de conciliación prejudicial a efectos de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda. Efectuada la diligencia, habiendo sido declarada fallida y habilitado entonces para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, se procede a adelantar el presente Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

3. Contestación de la Demanda.

3.1. Municipio de Ibagué

El municipio de Ibagué a través de apoderado se opuso a todas y cada una de las pretensiones e indicó, que de conformidad con el artículo de la Ley 91 de 1989 el reconocimiento y pago de las cesantías es competencia exclusiva del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Así las cosas, las competencias de las Secretarías frente a los trámites de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que paga el Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio son taxativas, limitadas y en nada pueden implicar la manifestación de su propia voluntad como entidad territorial, por cuanto, las mismas obedecen a la necesidad de nacionalización de los trámites, de donde se colige que las Secretarías de Educación son meros intermediarios.

Formuló como excepciones las que denominó "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA FRENTE AL MUNICIPIO DE IBAGUÉ- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA A CARGO DEL MUNICIPIO*".

4. Actuación Procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 24 de abril de 2019, correspondió por reparto a este Juzgado, quien mediante auto de fecha 08 de mayo 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, el Municipio de Ibagué contestó la demanda.

Luego mediante memorial allegado la parte demandante aclaró la demanda en los siguientes términos:

"(...)

*La señora **SANDRA LORENA MARIN MARTINEZ** elevó solicitud de pago de cesantías el día **18 DE OCTUBRE DE 2016** fecha a partir de la cual la entidad contaba con setenta (70) días hábiles para efectuar el pago, venciendo dicho termino el **30 DE ENERO DE 2017**, sin embargo, la cancelación de la cesantía petitionada se llevó a cabo el día **24 DE ABRIL DE 2017** transcurriendo **84** días de mora.*

*Por lo precedentemente expuesto, se concluye que, por concepto de sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías la entidad accionada adeuda el equivalente a **84** días de salario diario, es decir **\$8.520,962**. Empero, como la accionada efectuó un pago parcial por valor de **\$ 5.473.207**, dicha suma deberá ser descontada al momento de proferir sentencia.*

Sentencia de Primera Instancia

*En este orden de ideas, es necesario aclarar que la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías equivale a la suma de **\$8.520.962** teniendo en cuenta que la base para la liquidación de la sanción por mora el salario devengado por mi mandante para la época de su causación, era el del año **2017** definido para el escalafón **GRADO 2CE** así: **\$3.043.201**, que dividido por **30** y multiplicado por el número de días de mora (**84**), arroja como resultado la suma de **\$8.520.962**, quedando claramente descubierto un mayor valor a pagar por la suma de **\$5.473.207**:*

REGIMEN	BASE DE LIQUIDACION MORATORIA (Asignación Básica)	ESCALAFON	AÑO	SALARIO VIGENTE	DIAS DE MORA	VALOR DE LA SANCION	PAGO PARCIAL	SALDO PENDIENTE DE PAGO
Parciales	Vigente al momento de la mora	2CE	2017	\$3.043.201	84	\$8.520.962	5.473.207	\$3.047.755

(...)"

Mediante providencia del 23 de noviembre de 2020 el despacho resolvió la excepción previa propuesta por el municipio de Ibagué, ordenando diferir al fondo del asunto el estudio de la misma.

Ahora bien, en auto adiado del 08 de febrero de 2021, el Despacho por considerar que, en el presente medio de control, se daban los presupuestos para dictar sentencia anticipada, conforme lo señalado en el artículo 41 de la Ley 2080 de 2021, procedió a incorporar las pruebas documentales, que en su momento fueron allegadas por las partes y a establecer el problema jurídico dentro del presente asunto.

Seguidamente, vencido el término de ejecutoria de la citada providencia, a través de auto adiado del 11 de marzo de 2021, se procedió a correr traslado para que las partes presentaran por escrito dentro de los diez (10) días siguientes los correspondientes alegatos de conclusión, conforme las previsiones del inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A.

5. Alegatos de las Partes.

5.1. MUNICIPIO DE IBAGUÉ

Señala que que lo pretendido por la demandante, no resulta ser del resorte de la entidad territorial, dado que atendiendo lo preceptuado en las disposiciones legales que regulan el reconocimiento y pago de prestaciones sociales para el personal docente, esto es, Ley 91 de 1989, Ley 962 de 2005, reglamentada por el Decreto 2831 de 2005, Ley 244 de 1995, de manera expresa señalan el ente competente para ello, es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuenta adscrita al Ministerio de Educación

Añade que no hay duda que es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el encargado de pagar las prestaciones sociales de los docentes. Luego entonces y en virtud de lo preceptuado en el artículo 5 de la ley 1071 de 2006, la

entidad pública (FNPSM) pagadora de la prestación, cuenta con un plazo máximo de 45 días hábiles, contados a partir de la firmeza del acto administrativo que reconoce y ordena el pago de las cesantías, para cancelarlas, so pena de incurrir en mora en un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

5.2. FOMAG:

Señaló que, la Ley 91 de 1989 en su artículo tercero creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual reza textualmente:

“Artículo 3º.-Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional”.

Resalta que, el correspondiente contrato de Fiducia Mercantil fue suscrito por el Gobierno Nacional junto con la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., la cual actúa como vocera y administradora de los recursos de FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO o fidecomiso.

5.3. PARTE DEMANDANTE

Reiteró los argumentos de la demanda, y solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda y se nieguen las excepciones de las demandadas teniendo en cuenta la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado.

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 una empleada pública, y por el órgano que profirió los actos administrativos que se demandan, 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 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Se deberá establecer, si la demandante en calidad de docente, tiene derecho a que las Entidades demandadas, en la medida de sus competencias, le reconozcan y paguen la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de sus cesantías y durante qué periodo, o si por el contrario, el acto administrativo acusado que negó esta pretensión se encuentra ajustado a derecho.

3. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

El **Acto administrativo presunto negativo** producto del silencio de la Entidad frente a la petición presentada el día **13 de septiembre de 2017**, por medio del cual se debe entender que se le negó a la demandante el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías, debiendo advertir desde ya, que la respuesta al anterior interrogante es negativa.

4. FONDO DEL ASUNTO.

El fondo del presente asunto radica en establecer si la 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 del ajuste a 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 el 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

5.3.1. MUNICIPIO DE IBAGUÉ.

Adujo que, de conformidad con el artículo de la Ley 91 de 1989 el reconocimiento y pago de las cesantías es competencia exclusiva del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

5.3.2. FOMAG.

Que, en caso de accederse a las pretensiones, se apliquen los parámetros que sobre el particular estableció el H. Consejo de Estado mediante sentencia de unificación

FUNDAMENTOS DEL DESPACHO.

Conforme al epílogo probatorio allegado al plenario, la tesis que sostendrá el Despacho se circunscribe a afirmar que en el presente asunto si bien es viable acceder a lo pretensión de declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado, por cuanto el pago de las cesantías parciales 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, en lo que atañe al restablecimiento del derecho se ha de tener en cuenta el pago parcial que se indica se realizó a la demandante por valor de \$5.473.207.

6. FUNDAMENTOS DE LA TESIS DEL DESPACHO.

6.1. 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 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 2°. 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 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° 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:

1. 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.
2. 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 peticionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. **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.
4. 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.
5. **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 1°. 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 2°. *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 4°. *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 5°. *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 inaplicado 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 2006¹.

¹ 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)

Al efecto 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** que hoy se inaplica. No obstante, aquel estuvo vigente y gobernó la situación administrativa que se estudia, que se consolidó con anterioridad a la derogatoria que se indicó.

Conforme entonces a lo anteriormente expuesto, para efectos del reconocimiento de las cesantías parciales y definitivas al personal docente, deberán aplicarse los términos señalados en la Ley 1071 de 2006, dada su naturaleza de servidores públicos.

6.2. 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 encargada de su reconocimiento y pago 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

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 en comento 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”*².

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:

² Sentencias de la Corte Constitucional C- 741 de 2012 y SU- 336 de 2017.

Sentencia de Primera Instancia

“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 Política³, no puede existir ninguna categoría jurídica de empleado público que no se origine en la norma superior.

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

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

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

*81. Con fundamento en lo expuesto, para la Sección Segunda los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales⁴, 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 1995⁵ y 1071 de 2006⁶, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los

³ «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.»

⁴ Definición utilizada en el Decreto Ley 3135 de 1968, para significar a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

⁵ «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.»

⁶ «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.»

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.

6.3. 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 parágrafo 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

Sentencia de Primera Instancia

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 **18 de octubre de 2016** la demandante solicitó el reconocimiento y pago de cesantías **parciales** en su condición de docente adscrito a la planta de personal del Municipio de Ibagué (fol. 21- cuaderno principal expediente digitalizado).
2. En data 27 de octubre de 2016 se solicita a la accionante que realice correcciones a las inconsistencias detectadas en el contrato aportado (fol. 102 cuaderno principal expediente digitalizado)
3. Ante el requerimiento efectuado, la hoy demandante aporta la correspondiente documentación el día 28 de noviembre de 2016 (fol. 103 cuaderno principal expediente digitalizado)
4. Mediante Resolución No. **1053-00000360** del **10 de febrero de 2017**, notificada el 20 del mismo mes y año, se reconocieron a la demandante cesantías parciales en cuantía de \$16.245.909.00 (Fls. 21-24- cuaderno principal expediente digitalizado).

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.

Sentencia de Primera Instancia

5. El día **24 de abril de 2017** se dejó a disposición de la demandante el valor de las cesantías reconocidas (Fol. 25- cuaderno principal expediente digitalizado).
6. El **13 de septiembre de 2017** la demandante, actuando a través de apoderado judicial, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria a que hace alusión la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006 (fol. 24-26), petición que transcurridos más de tres (3) meses desde su presentación, no fue resuelta por el Municipio de Ibagué- Secretaría de Educación, dando origen a un acto administrativo ficto o presunto negativo, cuya nulidad se pretende por esta vía.
7. El día **03 de agosto de 2018**, la demandante a través de entidad bancaria retiró el equivalente a **\$5.473.207**, que le fueron consignados por parte de la accionada FOMAG, como pago de sanción moratoria, de manera oficiosa sin expedir acto administrativo alguno para tal fin.

De la configuración del silencio administrativo negativo

De lo expuesto precedentemente, está claro que la demandante presentó ante la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué, el día **13 de septiembre de 2017** (fol. 27-29- cuaderno principal expediente digitalizado), derecho de petición dirigido al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el que reclamó el reconocimiento y pago de sanción moratoria generada por no pago oportuno de las cesantías parciales que le fueran reconocidas, sin que se evidencie en el cartulario, respuesta alguna de la entidad a tal solicitud.

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Administración contaba con el término de 15 días para dar respuesta a la petición formulada, sin embargo, no lo hizo así.

Según lo dispuesto en el artículo 83 *ibídem*, transcurrido el término de tres meses contados a partir de la presentación de una petición, sin haberse obtenido respuesta, se entenderá que la misma es negativa.

Por lo anterior, habiendo transcurrido más de tres (3) meses sin que la administración hubiera dado respuesta a la petición del actor, se configura la existencia del acto administrativo ficto negativo.

Definido lo anterior, procede el Despacho a determinar si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción moratoria solicitada.

Así las cosas, de los fundamentos fácticos expuestos en precedencia se desprende, que la Resolución de reconocimiento de cesantías fue proferida por las Entidades demandadas y notificada a la demandante, cuando habían transcurrido más de un mes desde la fecha de presentación de la solicitud, por lo cual, se configura en el presente asunto la segunda de las hipótesis señalada por el H. Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de fecha 18 de julio de 2018 previamente referida, según

Sentencia de Primera Instancia

la cual, cuando exista acto administrativo extemporáneo, esto es, que sea proferido después de 15 días de presentada la solicitud, el término de notificación no se tiene en cuenta para el cómputo del término de pago y deberán contabilizarse 10 días de ejecutoria del acto administrativo después de cumplidos los 15 días previstos para la expedición del acto, 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 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento.

Sin embargo, en el presente asunto se ha de tener en cuenta lo previsto en el artículo 17 de la ley 1437 de 2011 que dispone:

“ARTÍCULO 17. PETICIONES INCOMPLETAS Y DESISTIMIENTO TÁCITO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> *En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes.*

A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos, se reactivará el término para resolver la petición.

Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud o de la actuación cuando no satisfaga el requerimiento, salvo que antes de vencer el plazo concedido solicite prórroga hasta por un término igual.

Vencidos los términos establecidos en este artículo, sin que el peticionario haya cumplido el requerimiento, la autoridad decretará el desistimiento y el archivo del expediente, mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente, contra el cual únicamente procede recurso de reposición, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales”. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Así las cosas, siendo radicada la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción moratoria el día 18 de octubre de 2016, se requiere que se complemente la documentación para que se corrijan inconsistencias detectadas en el contrato aportado, en data 27 de octubre de 2016. La demandante aporta lo solicitado solamente hasta el 28 de noviembre de 2016. De esta forma, desde el 29 de noviembre de 2016 se reactivan los términos para decidir.

Así las cosas, en el *sub lite*, los plazos descritos transcurrieron así:

CONCEPTO	TERMINOS LEGALES	TERMINOS CASO CONCRETO
Fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías parciales	18/10/2016	Fecha de reconocimiento: 10/02/2017
Vencimiento inicial del término para el		

Sentencia de Primera Instancia

reconocimiento - 15 días (Art. 4 L. 1071/2006)	09/11/2016	Fecha de pago: 24/04/2017 Período de mora: 28/02/2017 al 23/04/2017
Solicitud corrección	27/10/2016	
Aporta documentos	28/11/2016	
Reactiva cómputo de términos	29/11/2016	
Vencimiento término de 15 días	09/12/2016	
Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (Arts. 76 y 87 CPACA)	23/12/2016	
Vencimiento del término para el pago - 45 días (Art. 5 L. 1071/2006)	27/02/2017	

De lo anterior se desprende que se causó un **período de mora** desde el **28 de febrero de 2017 hasta el 23 de abril de 2017**, día anterior a aquél en que la Fiduprevisora realizó el pago o puso a disposición de la demandante el valor de las cesantías parciales, generándose un retardo de **55 días**.

Por tratarse de cesantías parciales, se deberá tener en cuenta, para efectos de calcular la sanción moratoria, la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora sin que varíe por la prolongación en el tiempo, esto es, la asignación correspondiente al año **2017**.

De esta manera, comoquiera que la entidad accionada FOMAG, giró a favor de la demandante suma de dinero equivalente a **\$5.473.207**, por concepto de sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías parciales, dicha suma de dinero deberá ser descontada al momento de liquidarse el valor total de la sanción mora a reconocer, si es que existiera excedente que pagar.

Ahora bien, no desconoce el despacho que se ha expedido la **Ley 1955 de 2019** que en su artículo 57 prohíbe la imposición por vía administrativa y/o judicial de indemnizaciones económicas con cargo a los recursos del Fondo y que señala que *la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

Ciertamente, la norma en comento dispone:

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

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de

Sentencia de Primera Instancia

Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

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

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

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, 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 parágrafo.*

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

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.

Por lo anterior se ha de tener claridad en que la norma produce sus efectos hacia el futuro y no se aplica a casos como este, en el que las situaciones jurídicas ya fueron consolidadas bajo el amparo de otras disposiciones normativas.

Sentencia de Primera Instancia

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”⁸.

No obstante, en reciente jurisprudencia, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo⁹, 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.

Por otra parte, atendiendo reciente pronunciamiento efectuado por el H. Consejo de Estado, en el presente asunto se declarará probada de oficio la **falta de legitimación en la causa por pasiva del MUNICIPIO DE IBAGUÉ**, por cuanto, la Entidad encargada de realizar el pago de las cesantías es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Frente al particular, el máximo Tribunal dispuso:

“Además, se precisa que la sanción se impondrá con cargo al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por todo el tiempo de la mora, pues es la autoridad encargada del pago de la prestación. En reciente pronunciamiento de la Sala¹⁰, en torno a esa responsabilidad se señaló lo siguiente:

En el presente caso se observa que, tal como lo señaló el a quo no es procedente la vinculación del Departamento de Santander y del Municipio de Floridablanca, toda vez que conforme lo expuesto en precedencia, la

⁸ 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)

⁹ 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)

¹⁰ Sección segunda, subsección A, auto del 26 de abril de 2018, radicación 68001 23 33 000 2015 00739 01, número interno: 0743-2016, M.P. William Hernández Gómez.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00189-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: SANDRA LORENA MARÍN MARTÍNEZ
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y MUNICIPIO DE IBAGUÉ.

Sentencia de Primera Instancia

obligación de reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante, le corresponde al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y no a las entidades territoriales.

Estas últimas únicamente tienen a su cargo elaborar el proyecto de resolución de reconocimiento para que sea aprobado o improbadado por la entidad fiduciaria y es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el obligado a efectuar o materializar el pago que de la suscripción del acto emane.

*Así pues, el Despacho rectifica la posición asumida mediante providencia de 11 de diciembre de 2017,¹¹ y reitera la interpretación pacífica de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹², consistente en que en los procesos judiciales de nulidad y restablecimiento del derecho promovidos ante esta jurisdicción contra el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los que se discuta el reconocimiento de prestaciones sociales, **no es procedente la vinculación de las entidades territoriales.***

*Esto, ya que **las consecuencias económicas que se deriven de los actos administrativos proferidos en virtud de la desconcentración administrativa dada en la secretarías de educación territoriales de los entes certificados, radican única y exclusivamente en la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**¹³. (Resaltado Original).*

Siguiendo esa línea, la Sala declarará probada, de oficio, la excepción de falta de legitimación del municipio de Ibagué¹⁴.

¹¹ Cita propia del texto transcrito: «Dentro del proceso con radicación 66-001-23-33-000-2014-00114-01, número interno: 2587-2015»

¹² Cita propia del texto transcrito: «En las sentencias del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo (i) de la **Subsección “A”**: Consejero ponente Dr. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO del 2 de julio de 2015, Expediente: 25000-23-25-000-2012-00262-01(0836-13) Actor: Abel Rodríguez Céspedes, Demandado: Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional De Prestaciones Sociales del Magisterio. Consejero ponente Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ del 12 de julio de 2017 Expediente: 08001-23-33-000-2012-00400-01(1874-14) Actor: Víctor Manuel Solano Ospina Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla. (ii) de la Subsección “B” con ponencia del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE del 5 de diciembre de 2013 Expediente: 25000-23-25-000-2009-00467-01(2769-12) Actor: Hugo Guerrero Cáceres, Demandado: Ministerio de Educación Nacional. Otra del mismo Ponente del 10 de julio de 2014, Expediente: 05001233100020050421801 (2713-2013) Actor: Gustavo de Jesús García Rúa. Adicionalmente y más recientes, dos con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, del 8 de septiembre de 2016 Expediente: 15001-23-33-000-2013-00082-01(1530-14) Actor: Julio Bonilla Briceño Demandado: Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y del 15 de noviembre de 2017. Expediente: 41001-23-33-000-2015-00686-01(4155-16) Actor: Adriana Murcia Villaneda, Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Municipio de Neiva - Departamento del Huila».

¹³ Sección segunda, subsección A, auto del 26 de abril de 2018, radicación 68001 23 33 000 2015 00739 01, número interno: 0743-2016, M.P. William Hernández Gómez.

¹⁴ Sentencia del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda de fecha 21 de Marzo De 2019; CP. Rafael Francisco Suarez Vargas; Rad. 73001-23-33-000-2014-00609-01(3768-15).

8. PRESCRIPCIÓN

Frente a la prescripción de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las 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 y 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:

“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 **28 de febrero 2017** y la demandante presentó solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria el día **13 de septiembre de 2017**¹⁵, interrumpiendo así la prescripción trienal de derechos y como la demanda fue presentada el día **24 de abril de 2019**¹⁶, 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.

En el asunto objeto de estudio, como se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, el despacho se abstendrá de imponer condena en costas.

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 probada la excepción de “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*”, propuesta por el Municipio de Ibagué.

SEGUNDO: INAPLICAR por ilegal el Decreto 2831 de 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: Declarar la existencia y nulidad del acto administrativo presunto, originado en el silencio de la Entidad frente a la petición presentada por la demandante, señora SANDRA LORENA MARÍN MARTÍNEZ, el día 13 de septiembre de 2017, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, condenar a la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**, al reconocimiento y pago de un día de salario por cada día de retardo, a título de la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006, desde el **28 de febrero 2017 hasta el 23 de abril de 2017**, la cual se liquidará con base en la asignación básica devengada por la accionante SANDRA LORENA MARÍN MARTÍNEZ, para la anualidad de **2017**, correspondiente a un total de 55 días. Al respecto la entidad

¹⁵ Ver folios 27 y ss

¹⁶ Ver folio 01

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00189-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: SANDRA LORENA MARÍN MARTÍNEZ
DEMANDADO: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y MUNICIPIO DE IBAGUÉ.

Sentencia de Primera Instancia

deberá tener en cuenta el pago efectuado por la suma de **\$5.473.207.00**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

SÉPTIMO: Dese cumplimiento a ésta sentencia en los términos previstos en artículo 192 del CPACA.

OCTAVO: ABSTENERSE DE CONDENAR en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA**